



Fondazione
Italiana
del Notariato

Processo civile e delega di funzioni

*Atti del Convegno
Roma, 17-18 giugno 2015*

a cura di Enrico Astuni ed Ernesto Fabiani



Processo civile e
delega di funzioni

Le ricerche



Direttore responsabile

Ennio Bulgarelli

Comitato Scientifico

Giulia Clarizio
Giuseppe Conte
Andrea Fusaro
Piergaetano Marchetti
Giampiero Monteleone
Mario Notari
Pietro Sirena
Irene Stolzi

Comitato editoriale

Fulvia Paola De Sanctis
Luca Giovine
Emanuela Paolucci

Progetto grafico

Mind adv

Proprietario ed editore

Il Sole 24 Ore S.p.A.

Presidente

Giorgio Squinzi

Sede legale e Amministrazione

Via Monte Rosa, 91
20149 Milano

Redazione

Via Monte Rosa, 91
20149 Milano

GRUPPO **24** ORE

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/ fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, Società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali, Via Monte Rosa, n. 91 - 20149 Milano. Informazioni: www.clearedi.org.

Periodico trimestrale registrato presso il Tribunale di Milano, n. 598 del 23.09.1998.

Servizi clienti periodici: via Tiburtina Valeria (s.s. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli (Aq) Telefono 02.30.300.600; fax 02 - 06.3022.5400.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato. Le opinioni espresse negli scritti firmati impegnano solo gli Autori, non riflettendo necessariamente quelle della rivista. Questo numero è stato chiuso in redazione il 20 maggio 2016.

PAGINA INTRODUTTIVA

Il volume che oggi pubblichiamo raccoglie gli atti del seminario “Processo civile e delega di funzioni” tenutosi a Roma il 17 e il 18 giugno 2015. Si tratta di una prima concretizzazione di una collaborazione tra la Scuola Superiore della Magistratura e la Fondazione italiana del Notariato per la realizzazione di un progetto comune di formazione tra magistrati e notai. Un connubio, ci auguriamo, destinato a permanere saldo e durevole. Tale percorso di collaborazione tra i due enti si è già concretizzato in un secondo incontro romano (il 24 e 25 febbraio 2016) avente per oggetto “le operazioni sul capitale”, ed è in cantiere un terzo seminario che si terrà nel 2017.

Il tema del rapporto tra notariato e giustizia civile non è nuovo e costituisce un nodo di grande importanza sia nella prospettiva storico-giuridica, sia in quella del diritto attuale (vigente e “vivente”, cioè del diritto applicato nella prassi).

La premessa necessaria, anche se quasi scontata, è che la funzione del notaio è stata sin dalle origini rivolta a rivestire i rapporti giuridici di una forma certa e sicura, che di per sé costituisce l’argine più saldo ai rischi inerenti la litigiosità umana e ai conflitti di interesse potenzialmente presenti in ogni negozio giuridico. Dunque, fisiologicamente, l’attività notarile, caratterizzata dalla stessa terzietà del giudice, è in larga misura rivolta ad evitare il ricorso alla giustizia civile, mentre, in caso di controversia, l’atto notarile rappresenta una base testuale fidefacente sufficientemente affidabile per consentire al giudice di individuare agevolmente i punti di fatto e di diritto sui quali la controversia è basata.

A conferma del fatto che nel corso dei secoli le interazioni dirette tra notariato e giurisdizione sono state estremamente rilevanti si possono citare numerosi esempi - risalenti ad epoche tra loro lontane, dal medioevo all’età moderna e relative ad ambiti diversi - di funzioni giurisdizionali esercitate dai notai¹.

Del resto non è certo casuale che le funzioni notarili siano state approfonditamente studiate da eminenti processualisti come Francesco Carnelutti, Salvatore Satta, Andrea Proto Pisani². Proprio perché il rapporto tra attività notarile e funzione giurisdizionale si atteggia talora come rapporto di collaborazione talora come rapporto di reciproca esclusione ma perciò stesso di omogeneità.

Delle possibili aree di intervento del notaio per migliorare il funzionamento della giustizia civile il seminario di cui pubblichiamo gli atti ha affrontato il settore della delega di funzioni giurisdizionali: nel caso di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare; nel caso delle procedure concorsuali; nei giudizi di scioglimento delle comunioni.

Quali conclusioni provvisorie possiamo trarre da questi due giorni di lavori?

L’analisi storico giuridica segnala in modo convincente che la funzione giurisdizionale costituzionale, quale potere di attuare in forma ultima il diritto oggettivo nel difetto di collaborazione fra le parti, può essere affidata al notaio in via eccezionale e temporanea, come è avvenuto con la L. 399/1998, che ha legittimato la nomina del notaio a giudice onorario aggregato delle sezioni stralcio dei tribunali. Ma si tratta di scelte eccezionali e contingenti che, pur ribadendo la omogeneità della funzione notarile

¹ Per la posizione di terzietà del notaio e la sua assimilabilità al giudice nella prospettiva storica e del diritto vigente cfr., *Hinc Publica Fides. Il Notaio e l’amministrazione della giustizia*, a cura di V. Piergiovanni, Milano, 2006, che raccoglie gli atti del convegno internazionale di studi storici tenutosi a Genova 8 e 9 ottobre 2004. Per una sintetica ricapitolazione dei temi del Convegno anche come “segno” dell’esistenza di un problema (il rapporto notaio - giustizia civile) verso il quale si percepisce il disagio

di una non compiuta sistemazione cfr. M.PALAZZO, «In margine ad un convegno genovese sui rapporti tra notariato e giustizia civile», in *Riv. not.*, 2005, p. 255 e ss.

² F. CARNELUTTI, «Diritto o arte notarile», in *Vita not.*, 1954, p. 209; S. SATTA, «Poesia e verità nella vita del notaio», in *Riv. not.*, 1955, p. 5 e ss.; A. PROTO PISANI, «Possibile contributo del Notariato al risanamento della giustizia civile», in *atti del XXXVII Congresso nazionale del Notariato*, Roma, 1999 p. 25 e ss.

rispetto a quella del giudice a causa della comune terzietà, nulla aggiungono alla funzione notarile storicamente e congruamente intesa.

Altro è a dirsi per le funzioni oggi assolute dai magistrati (e quindi soggettivamente giurisdizionali) che però fuoriescono dalla giurisdizione contenziosa in senso stretto. La giustizia civile, intesa come attività posta in essere da giudici autonomi e indipendenti, soggetti soltanto alla legge, rappresenta una risorsa scarsa che evidenzia un arretrato impressionante con 2.250.000 procedimenti arretrati in primo grado e 380.000 in appello. Insomma la giustizia civile è in crisi profonda, come emerge ogni anno dalla relazione svolta dal Primo Presidente della Corte di Cassazione in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario.

Una volta chiarito che una serie di funzioni non giurisdizionali in senso stretto vennero affidate al momento della creazione dello Stato unitario alla magistratura in funzione di garanzia, mancando una categoria professionale caratterizzata dalla terzietà, cultura e capacità organizzativa che ha oggi il notariato italiano, è agevole comprendere che esistono una serie di funzioni che ben potrebbero essere devolute ai notai. Trattandosi di funzioni soggettivamente giudiziarie ma oggettivamente amministrative segnatamente di amministrazione di interessi privati oppure di funzioni giurisdizionali che il giudice potrebbe legittimamente delegare ad un notaio, facendo leva sul disposto dell'articolo 68, comma 2 c.p.c. Intendo riferirmi non solo alle vendite all'asta ma altresì alle autorizzazioni di volontaria giurisdizione e all'assunzione delle prove.

Assai significativa è la vicenda della omologazione degli atti societari³. Come è noto quando il regime dell'autorizzazione governativa - ereditato dal modello francese del codice di commercio del 1807 e passato nel codice di commercio piemontese del 1842 e in quello italiano del 1865 - non rispondeva più alle esigenze delle società di capitali di un'economia che di capitali fortemente abbisognava, si pensò di affidare il controllo dell'atto costitutivo di una società per azioni al notaio. Il progetto del Senato del 1865 nel quadro dei lavori per il codice di commercio del 1882 era in questo senso, ma
4 alla fine prevalse l'idea di affidare l'omologa al tribunale civile. Una scelta che ebbe poi vita lunga, per oltre un secolo.

Dopo centoventi e passa anni è prevalsa la tesi soccombente (seppure autorevolmente sostenuta): con la legge n. 340 del 2000 ed il vigente articolo 2230 c.c. tale controllo è oggi affidato ai notai.

A oltre quindici anni dalla soppressione dell'omologa e dell'affidamento ai notai della verifica dell'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per l'iscrizione nel Registro delle imprese degli atti societari, il bilancio appare sostanzialmente positivo: oltre ad aver liberato i tribunali da una considerevole massa di lavoro e ad aver notevolmente abbreviato i tempi di iscrizione, anche grazie al ruolo degli "orientamenti" interpretativi prodotti da numerosi consigli notarili (Milano, Campania, Triveneto, Firenze, Roma), il Notariato italiano ha svolto un efficiente controllo di legalità, contribuendo, al tempo stesso, a individuare spazi di legittimità per prassi statutarie e deliberative che la mutevole realtà economica richiede⁴.

Il Governo italiano con il D.L. 12 settembre 2014, n.132, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n.162 ha tentato di avviare nuove forme di "degiurisdizionalizzazione".

Quali effetti potranno avere le nuove norme è un giudizio affidato alla storia di domani. Resta tuttavia il fatto che in una fase storica come l'attuale, caratterizzata appunto dalla necessità di degiurisdizionalizzare settori nei quali non si avverte più storicamente necessaria la presenza del

³ Su tale vicenda cfr. A. PADOA SCHIOPPA, «Omologazione della SpA nell'Italia post-unitaria: il ruolo del notaio»; P. MARCHETTI, «Il ruolo del notaio nella costituzione della SpA: la questione dell'omologa (1875 - 2003)», entrambi i contributi possono leggersi in questa rivista, 2014, 2, p. 48 e ss.

⁴ Sulla natura delle massime notarili cfr. P. MARCHETTI,

Dove vanno le massime milanesi del Notariato in materia societaria. Invito a una riflessione, in *Scritti in onore di G. Laurini*, II, Napoli, 2015, p. 122 e ss.; M. NOTARI, *Massime notarili in materia societaria*, V ed., Milano, 2014, p. XVII e ss.; M. SILVA e M. ZACCARIA, *Orientamenti notarili societari*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, aggiornamento, Torino, 2015, p. 425 e ss.

giudice, ben potrebbero essere restituite o devolute alla competenza notarile almeno alcune delle funzioni oggi svolte dal giudice. Il tutto nella prospettiva di raggiungere un assetto che non sia solo moderno e avanzato, ma anche il più equo, efficiente, solidale.

Il ritorno all'attribuzione ai notai di certe funzioni non pare derivare in definitiva né da una scelta di scuola né dalla salvaguardia di interessi corporativi: parrebbe avere piuttosto i caratteri di una necessità storica imposta dalla consapevolezza che il sistema "anteriore", caratterizzato da uno Stato al centro della gestione non solo delle attività economiche, sanitarie e previdenziali, ma anche di quelle della giustizia civile, deve cedere il passo ad un diritto "nuovo", caratterizzato dalla circostanza che, in modo più o meno accentuato, lo Stato, per scelta o per necessità, tende a ritirarsi da tali attività e tuttavia intende e deve lasciare qualche forma di garanzia e di terzietà a tutela della permanente presenza, in questi delicati settori di rilevanti interessi pubblici o collettivi che non possono essere abbandonati alla autocomposizione o alla legge del più forte.

Se è utile che interessi meritevoli di tutela non se ne trovino improvvisamente privi, perché lo Stato costituzionale contemporaneo, come pare nelle attuali linee di tendenza, si ritira per attuare forme di "privatizzazione", occorre ribadire che, nel passato e nella storia recente del Paese, il Notariato ha saputo svolgere la funzione di attuare interessi privati in posizione di terzietà, autonomia e indipendenza ma sempre in sintonia con le regole dell'ordinamento giuridico e i valori profondi della complessa società contemporanea. Assicurando soluzioni e equilibrate imparziali ai contrapposti interessi; assicurando, con efficienza fedeltà al sistema dei principi costituzionali, certezza giuridica e tutela delle finalità pubbliche.

La Fondazione italiana del Notariato offre agli studiosi e agli operatori questo ampio materiale di riflessione con legittima soddisfazione, sia per aver realizzato una proficua collaborazione con l'ente di formazione dei magistrati, sia per la rilevanza dei contributi che si sono concretizzati nelle relazioni che pubblichiamo, ma soprattutto per il combinarsi di entrambe queste ragioni.

Infine, mi sia consentito di rivolgere un sentito ringraziamento a tutti coloro che hanno contribuito alla realizzazione del seminario e alla elaborazione dei materiali raccolti in questo volume. Un ringraziamento particolare ai due curatori, il Consigliere Enrico Astuni e il Professor Ernesto Fabiani nonché ai Consiglieri Cosimo D'Arrigo e Giuseppe Meliadori, responsabili del seminario per la Scuola Superiore della Magistratura. 5

Massimo Palazzo

Notaio in Pontassieve

Presidente della Fondazione italiana del Notariato

Consigliere nazionale del Notariato

Processo civile e delega di funzioni

PARTE PRIMA - Relazioni

ERNESTO FABIANI

Dalla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla delega di giurisdizione in genere **9**

GUIDO FEDERICO

L'intervento del notaio nelle procedure concorsuali: tra vendita secondo il codice di rito, procedure competitive e altri atti dispositivi **29**

ANNALISA LORENZETTO PESERICO

Verifica dell'appartenenza dei beni nelle procedure esecutive. La provenienza successoria **44**

FRANCO DE STEFANO

Controlli sull'attività del delegato: tra poteri officiosi del giudice e mezzi di impugnazione. La stabilità dei risultati della vendita giudiziale **52**

ALBERTO CARDINO

Il processo di scioglimento della comunione affidato a notaio **64**

PASQUALE LICCARDO

Il *Common* ovvero della nuova moneta concorsuale **76**

ANDREA PROTO PISANI

Le prospettive del contributo del Notariato alla difficile opera di risanamento della giustizia civile **97**

PARTE SECONDA - Seminari

VALERIO COLANDREA

Il bene immobile nella fase della vendita e del trasferimento: rassegna sistematica di questioni **105**

PIERVINCENZO D'ADAMO e STEFANO FAZZARRI

Le funzioni del notaio nella fase di liquidazione dell'attivo **116**

Processo civile
e delega di funzioni

PARTE PRIMA
Relazioni

Dalla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla delega di giurisdizione in genere*

di *Ernesto Fabiani*

Ordinario di Diritto processuale civile, Università del Sannio di Benevento

L'istituto della delega di giurisdizione prima della legge n. 302/98

La delega di giurisdizione era ammessa nel diritto romano, ma nell'ambito di un contesto giurisdizionale così differente da quello attuale da non consentire di trarre indicazioni particolarmente rilevanti ai nostri fini.

Ben più significativo, ai nostri fini, si rivela un sia pur rapido esame condotto con riferimento al codice del 1865, soprattutto se operato nella prospettiva del raffronto con il successivo, e vigente, codice del 1940.

Il codice del 1865 recava, infatti, un divieto espresso in tema di delega di giurisdizione, stante il disposto di cui all'art. 68 in forza del quale: «nessuna autorità giudiziaria può delegare ad un'altra la propria giurisdizione, salvo i casi stabiliti dalla legge».

Con l'avvento del codice del 1940 non solo venne meno detto divieto ma, sempre all'art. 68, nell'ambito di una norma “di chiusura” dedicata agli “altri ausiliari” del giudice, al secondo comma si prevede che: «il giudice può commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge».

Detta previsione è assai significativa ai nostri fini in quanto tradizionalmente dalla stessa, per lo più facendo leva sulla differente terminologia utilizzata dal legislatore nel primo comma (con riferimento agli ausiliari del giudice, ove non solo il giudice, ma anche il cancelliere o l'ufficiale giudiziario possono «farsi assistere») rispetto al secondo comma (con riferimento al notaio, ove non solo la cerchia dei soggetti è ristretta al solo giudice, ma si utilizza la ben più pregnante espressione «può commettere»), se ne fa discendere l'importante conclusione che il notaio non è un mero ausiliare del giudice ma bensì un sostituto di quest'ultimo.

Il che significa, se non mi inganno, che è pacifico, in forza della suddetta previsione normativa, che il giudice possa farsi sostituire dal notaio nel compimento di determinati atti, salvo a stabilire, e qui la cosa si fa indubbiamente più complessa, quali siano questi atti, e dunque quale sia il perimetro applicativo di una disposizione estremamente generica quale quella di cui all'art. 68, comma 2, c.p.c., nonché, conseguentemente, anche il modo in cui si atteggino i rapporti fra questa disposizione e l'istituto della delega di giurisdizione, cui, peraltro, non a caso, fa testuale riferimento anche l'art. 1 della legge notarile¹.

* Relazione introduttiva al convegno “Processo civile e delega di funzioni” organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura e dalla Fondazione Italiana del Notariato e tenutosi a Roma il 17 e 18 giugno 2015.

La relazione è dedicata, con sincero affetto, a Salvatore Tondo.

Per ulteriori e più dettagliati riferimenti bibliografici sulle tematiche affrontate nel testo rinvio al mio contributo su *La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare* (Padova, 2007).

¹ In forza del quale: «... Ai notai è concessa anche la facoltà di: ... 4) procedere, in seguito a delegazione della autorità giudiziaria:

a) all'apposizione e rimozione dei sigilli nei casi previsti dalle leggi civili e commerciali;
b) agli inventari in materia civile e commerciale, ai termini dell'articolo [866 del codice di procedura civile], salvo che il pretore, sulla istanza e nell'interesse della parte, non creda di delegare il cancelliere;
c) agl'incanti e alle divisioni giudiziali ed a tutte le

In via di prima approssimazione, ed in estrema sintesi, con riferimento a questo istituto possiamo affermare che:

1) ha sinora ricevuto ben poca attenzione dalla dottrina, oltre che evidentemente anche dalla giurisprudenza;

2) è definibile, quanto meno in via, per l'appunto, di prima approssimazione, più in negativo che in positivo, nel senso che, senza procedere preventivamente ad una approfondita indagine: per un verso, si può solo escludere con certezza che possa essere inteso come delega del potere di decidere la controversia, in quanto si ritiene, pacificamente, che «il regime attuale nel diritto degli Stati è retto dal criterio della non delegabilità della competenza nell'ambito di uno stesso ordine di giudici in base al criterio della precostituzione del giudice» (Franchi); per altro verso, si può agevolmente constatare come lo stesso trova riscontro, in positivo, in una serie di previsioni specifiche (per lo più riferite, come vedremo da qui a breve, alla delega da parte di un giudice ad altro giudice) e in una previsione di carattere generale, relativa alla delega da parte di un giudice ad un "non giudice" (ma pur sempre pubblico ufficiale: il notaio), qual è, per l'appunto, l'art. 68 c.p.c.

Ciò consente, evidentemente, già di cogliere il ruolo centrale, nell'ambito della tematica che ci occupa, dell'art. 68, comma 2, c.p.c. (anche in ragione della inversione di tendenza di cui questa norma costituisce espressione rispetto all'art. 68 del previgente codice del 1865²) cui si affiancano, come anticipato, una serie di altre previsioni normative per lo più caratterizzate, sul piano soggettivo, dal rivolgersi ad altro giudice e, sul piano oggettivo, dal concretarsi nel compimento di uno o più atti del procedimento (delega, dunque, da parte di un giudice ad un altro giudice al compimento di uno o più atti del processo che fa capo al giudice delegante).

È quanto accade, in particolare, con riferimento ad una pluralità di norme in materia di prova.

È il caso, più in dettaglio:

1) degli articoli 203 (assunzione fuori della circoscrizione del tribunale) e 204 (rogatorie alle autorità estere e ai consoli italiani) c.p.c., che trovano peraltro riscontro, in via diretta o per il tramite di previsioni analoghe, anche in altri processi (quali, segnatamente, il processo amministrativo e quello contabile);

2) dell'art. 259 (modo dell'ispezione) c.p.c., che si rivela interessante non solo per il rinvio al suddetto art. 203, per l'ipotesi in cui il giudice istruttore non possa procedere personalmente all'ispezione da eseguirsi fuori della circoscrizione del tribunale (e deleghi, per l'appunto, il giudice istruttore del luogo), ma anche perché nella realtà quotidiana accade spesso che l'ispezione venga direttamente affidata al solo consulente tecnico e la dottrina, pur evidenziando come in tal caso l'ispezione perda in realtà la sua natura (in quanto viene meno la percezione diretta dei fatti da parte del giudice) e pur qualificandola in differenti modi ("accertamento tecnico", "consulenza tecnica con funzione istruttoria", etc.), ricostruisce detta ipotesi, per quanto qui rileva, in termini di «delega di attribuzioni», che in caso, però, non avviene più in favore di un altro giudice ma di un professionista che, peraltro, a differenza del notaio (art. 68 c.p.c.) non riveste la qualità di pubblico ufficiale.

La delega di giurisdizione intesa come delega da parte di un giudice ad altro giudice al compimento di uno o più atti del procedimento che fa capo al primo non trova riscontro, peraltro, solo in materia di prove.

Significativa, a tal proposito, con riferimento al processo di espropriazione forzata, la previsione di cui all'art. 578 c.p.c., in forza del quale «se una parte dei beni pignorati è situata nella circoscrizione di altro tribunale, con l'ordinanza che dispone la vendita il giudice dell'esecuzione può stabilire che l'incanto avvenga, per quella parte, davanti al tribunale del luogo in cui è situata».

operazioni all'uopo necessarie».

² Da un divieto espresso al venir meno di questo divieto accompagnato da una previsione di carattere generale

che, seppur in modo estremamente generico, ammette la possibilità per il giudice di farsi sostituire dal notaio nel compimento di determinati atti.

Anche in tal caso ci troviamo di fronte alla delega da parte di un giudice ad altro giudice al compimento di determinati atti, indubbiamente giurisdizionali essendo ormai pacifica, da tempo, la natura giurisdizionale (e non amministrativa) anche del processo di espropriazione forzata.

Esiste, al contempo, anche un'ulteriore ipotesi peculiare di delega di giurisdizione qualificata da taluna dottrina come delega all'adozione di decisioni accessorie.

Il riferimento è alla previsione di cui all'art. 385 c.p.c., la quale, in ipotesi di Cassazione con rinvio ad altro giudice, consente alla Corte di Cassazione di rimettere al giudice di rinvio la pronuncia sulle spese del giudizio.

Un'ulteriore disposizione di interesse la troviamo in materia di divisione (ove, in forza del disposto di cui all'art. 790 c.p.c., il notaio può essere delegato a dirigere le operazioni di divisione) ed altre previsioni, di dubbia riconducibilità all'istituto della delega di giurisdizione, in materia fallimentare, ma su dette ipotesi non mi soffermo in quanto saranno fatte oggetto di trattazione nell'ambito delle relazioni che seguiranno questa mia relazione introduttiva.

In definitiva, alla luce di questa rapida carrellata di ipotesi, possiamo affermare che già prima della legge n. 302/98, e dunque della delega al notaio in sede di espropriazione forzata, esistevano nel nostro ordinamento una serie di previsioni disparate ed eterogenee (talvolta "specifiche", quali la delega al compimento di uno o più atti istruttori, la delega al compimento di taluni atti del processo di espropriazione forzata, la delega di decisioni accessorie; talaltra "generiche", come il più volte richiamato art. 68, comma 2, c.p.c.) riconducibili nell'ambito di un istituto, dai confini poco definiti, quale la delega di giurisdizione.

Giova peraltro evidenziare, prima di concludere sul punto ed al fine meglio delimitare - nei limiti di quanto possibile in questa sede -, i confini del suddetto istituto, che il semplice compimento di una determinata attività da parte del notaio su "delega" da parte del giudice non vale di per sé ad integrare una ipotesi di delega di giurisdizione, necessitando, evidentemente, anche il profilo oggettivo che abbiamo visto essere proprio di questo istituto, e cioè il compimento di una attività giurisdizionale che fa capo al giudice delegante.

Basti a tal fine considerare, a titolo esemplificativo, la peculiare ipotesi di cui all'art. 39 (ipoteche) del Testo unico bancario, ove si prevede che il notaio possa essere delegato dal presidente del Tribunale a compiere un'attività coincidente appieno con il contenuto tipico dell'attività notarile (ossia la stipulazione di un atto pubblico, nella specie di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio, nell'ipotesi in cui la banca non provveda entro 90 giorni dalla richiesta alla suddivisione del finanziamento in quote - e correlativo frazionamento dell'ipoteca a garanzia -).

In tal caso, evidentemente, per i suddetti motivi non ricorrono gli estremi della delega di giurisdizione.

L'istituto della delega di giurisdizione dopo la legge n. 302/98 (evoluzione dell'istituto)

Premessa

In questo contesto, e sulla base delle suddette premesse di fondo, un'attenzione del tutto particolare va riservata alla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, non solo in ragione del ricorso particolarmente significativo che il legislatore fa, in questa ipotesi, alla delega al compimento di determinati atti del processo (nella specie di espropriazione forzata) ad un soggetto diverso dal giudice e della rilevanza pratica di questo istituto ma anche, ed anzi direi soprattutto, in ragione della evoluzione normativa che questo ha subito nel corso del tempo.

Come avremo modo di vedere di qui a breve, infatti, detta evoluzione ci fornisce indicazioni particolarmente significative anche sotto il profilo, di carattere più generale, attinente al possibile

ricorso nel nostro ordinamento, nel rispetto del dettato costituzionale, all'istituto della delega di giurisdizione anche in settori differenti dal processo di espropriazione forzata.

La delega di giurisdizione nella proposta di Andrea Proto Pisani

La legge n. 302/98 affonda le sue radici, com'è noto, nella proposta di Andrea Proto Pisani il quale prende le mosse da una nozione di degiurisdizionalizzazione della espropriazione forzata intesa non quale privatizzazione/delega a privati di una fondamentale funzione dello Stato, ma, piuttosto, soltanto come «spostamento del momento del controllo giudiziale, secondo una tecnica ampiamente sperimentata nell'ambito dei procedimenti speciali» (Costantino).

Non sottrazione, giova ribadirlo, al giudice di competenze (privatizzazione, per l'appunto) ma spostamento del momento del controllo giudiziale.

Sulla base di questa fondamentale premessa di fondo, Andrea Proto Pisani elaborò una proposta che poggiava, fondamentalmente:

a) sul piano oggettivo, sulla natura non strettamente giurisdizionale delle operazioni concernenti gli incanti³ e sul distinguo di fondo fra giurisdizione in senso stretto⁴ e giurisdizione in senso ampio⁵;

b) sul piano soggettivo, sul notaio quale possibile destinatario della delega, stante:

1) la natura di «ausiliario qualificato» del giudice di questo soggetto, cui il primo può «commettere», ai sensi del comma 2 dell'art. 68 c.p.c., «il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge»;
2) il disposto dell'art. 1, n. 4 lett. c, della legge notarile, secondo cui ai notai è concessa anche la facoltà di procedere, «in seguito a delegazione dell'autorità giudiziaria, agli incanti e alle divisioni giudiziali ed a tutte le operazioni all'uopo necessarie».

12 Quanto al possibile oggetto della delega, su tali basi, si immaginavano due possibilità: un oggetto più ristretto, circoscritto alla sola esecuzione delle operazioni immediate di vendita con incanto (e non senza incanto⁶), ed uno più ampio, esteso anche alle fasi della: 1) acquisizione della documentazione di cui all'art. 567, secondo comma, c.p.c.; 2) determinazione - con l'ausilio di un perito - del valore dell'immobile; 3) determinazione di gran parte se non tutto il contenuto del bando di cui all'art. 576 c.p.c.

Il dibattito in materia fu agevolato dal Convegno di Roma del 22-23 maggio 1993, organizzato dal Consiglio nazionale del Notariato, a fronte del quale emersero in dottrina due impostazioni contrapposte sulla legittimità/opportunità o meno di procedere alla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata (tanto *de iure condito* che *de iure condendo*); e, con riferimento alla prospettiva tendente a ritenere legittimo/opportuno procedere alla suddetta delega, differenti

³ Che «non costituiscono attività di *ius dicere* ... non attengono cioè a quel nucleo ristretto in cui da sempre è stata individuata quella attività giurisdizionale riservata necessariamente ai giudici», ma costituiscono, piuttosto, «attività di mera "amministrazione giudiziaria" e ... come tali ben possono essere delegate dal giudice a propri ausiliari senza che in modo alcuno ne risulti diminuita la loro natura giurisdizionale in senso lato (in quanto pur sempre inserite in un contesto procedimentale diretto a fare conseguire all'avente diritto il bene della vita assicuratosi dalla legge sostanziale)» (Proto Pisani).

⁴ Attività di *ius dicere*, ossia di «concretizzazione delle norma generale ed astratta riguardo al concreto diritto azionato», «quel nucleo ristretto in cui da sempre è stata individuata quella attività giurisdizionale riservata necessariamente ai

giudici» (Proto Pisani).

⁵ Attività «*dato sensu* giurisdizionale» in quanto pur sempre inserita «in un contesto procedimentale diretto a far conseguire all'avente diritto il bene della vita assicuratosi dalla legge sostanziale» (Proto Pisani).

⁶ «Il motivo per cui non è stata esaminata la delega al notaio delle operazioni di vendita c.d. senza incanto ex art. 570 e ss. deriva unicamente dalla circostanza che parte essenziale di tale procedimento è il potere conferito al giudice dall'art. 573, comma 2, ove la gara non possa aver luogo per la mancanza di adesione degli offerenti, di "disporre la vendita a favore del maggiore offerente oppure ordinare l'incanto": potere evidentemente non delegabile al notaio» (Proto Pisani).

posizioni in ordine alla possibile estensione della stessa, nonché al modo in cui avrebbero dovuto atteggiarsi i “rapporti” fra giudice delegante e notaio delegato: tanto, *sub specie* di legittimità/opportunità di attribuire a quest’ultimo il potere di risolvere autonomamente le difficoltà incontrate nel corso dello svolgimento delle operazioni di vendita, quanto sotto il profilo della possibilità per le parti di provocare un controllo sull’operato del delegato a mezzo di una possibile “impugnativa” dei suoi atti dinanzi al giudice.

Quanto alla giurisprudenza, alcuni tribunali (quali, in particolare, quelli di Prato, Lucca e Livorno) iniziarono sistematicamente a delegare al notaio il compimento delle operazioni di vendita con incanto in sede di espropriazione immobiliare.

Conseguentemente, l’istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata trovò una sua applicazione nella prassi, giova rimarcarlo, ancor prima dell’intervento del legislatore di cui alla legge n. 302/98.

In assenza, dunque, di una specifica previsione normativa, ed in forza, invece, della previsione di carattere generale di cui all’art. 68, comma 2, c.p.c.

La delega di giurisdizione nella legge n. 302/1998

Con la legge n. 302/98, com’è noto, viene introdotta, e positivamente disciplinata, nel nostro ordinamento la possibilità per il giudice dell’esecuzione di delegare ad un notaio il compimento delle operazioni di vendita con incanto di beni mobili iscritti in pubblici registri (art. 534-*bis* c.p.c.) e di beni immobili (art. 591-*bis* c.p.c.), introducendo al contempo fra le disposizioni di attuazione del codice di rito civile talune norme volte a disciplinare, tanto con riferimento all’espropriazione mobiliare che immobiliare, la determinazione/liquidazione dei compensi del notaio delegato (rispettivamente artt. 169-*bis* e 179-*bis* c.p.c.) e l’elenco dei notai che provvedono al compimento delle operazioni di vendita (rispettivamente artt. 169-*ter* e 179-*ter* c.p.c.); nonché, in tema di espropriazione immobiliare (art. 179-*quater*), la distribuzione degli incarichi fra gli stessi.

Anche i “rapporti” notaio/giudice, uno dei profili maggiormente discussi in dottrina a fronte della proposta di Andrea Proto Pisani, vengono positivamente disciplinati dal legislatore, tanto sotto il profilo della risoluzione delle “difficoltà” insorte nel corso delle operazioni di vendita - stante la previsione della possibilità per il notaio di rivolgersi al giudice -, quanto sotto il profilo del regime di impugnazione degli atti del notaio delegato - stante l’introduzione di un apposito rimedio qualificato in termini di “reclamo” (artt. 534-*ter* e 591-*ter* c.p.c.) -.

Per l’effetto, l’istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata viene recepito in sede legislativa con una portata ancor più ampia rispetto a quanto aveva immaginato Andrea Proto Pisani.

Si assiste, infatti, ad un ampliamento: per un verso, delle attività delegabili al notaio (valga per tutte l’attribuzione a quest’ultimo anche dell’attività di predisposizione del progetto di distribuzione); per altro verso, dei poteri conferiti al notaio, cui si attribuisce, con una previsione particolarmente significativa (che ha indotto taluna dottrina a ritenere che, per l’effetto, il notaio esercitasse poteri giurisdizionali) anche il potere di risolvere le difficoltà insorte nel corso delle operazioni di vendita con incanto⁷.

L’introduzione, nel nostro ordinamento, di questo nuovo istituto aprì inevitabilmente una serie di problematiche.

⁷ Mentre invece Proto Pisani, anche nella prospettiva della delega più ampia, riservava la «risoluzione di qualsiasi incidente si dovesse verificare nel corso delle operazioni

delegate» al giudice, con obbligo, dunque, del notaio, in questo caso, di «sospendere le operazioni e trasmettere gli atti al giudice dell’esecuzione».

Più in dettaglio, si aprirono:

- 1) una problematica di fondo legata all'inquadramento della funzione svolta dal notaio in sede di espropriazione forzata (in relazione alla quale si contendevano il campo una pluralità di tesi: quella del notaio ausiliario del giudice, quella del notaio ausiliario *sui generis* e quella del notaio sostituto del giudice⁸);
- 2) una serie di problematiche specifiche la cui soluzione era inevitabilmente influenzata a monte, quanto meno in parte, dal modo in cui veniva risolta la suddetta problematica di carattere generale (è il caso, più in dettaglio, della natura giuridica del verbale d'incanto, della sussistenza o meno di un obbligo di accettare l'incarico da parte del notaio delegato che non abbia preventivamente manifestato la propria disponibilità a svolgere detta attività iscrivendosi nell'apposito elenco, della possibilità o meno per il notaio di ricorrere alla figura del coadiutore anche per lo svolgimento delle attività delegate, della astensione/ricusazione del notaio delegato, della responsabilità del notaio delegato, etc.).

La delega di giurisdizione nella riforma di cui alle leggi nn. 80 e n. 263 del 2005

Con la riforma di cui alle leggi nn. 80 e 263 del 2005, l'istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata subisce una serie di modifiche particolarmente significative, tanto sotto il profilo soggettivo (ampliamento della cerchia dei soggetti delegabili: non più solo il notaio ma anche l'avvocato ed il commercialista) che sotto quello oggettivo (ampliamento delle attività suscettibili di essere delegate al professionista e dei poteri di quest'ultimo).

In questa sede ci interessano le modificazioni di ordine oggettivo, e segnatamente l'attribuzione al professionista delegato:

- 1) dei poteri di cui agli artt. 572 e 573 c.p.c., nell'ambito della estensione oggettiva delle attività delegabili dalla sola vendita con incanto anche alla vendita senza incanto;
- 2) del potere di fissazione del nuovo incanto e del termine per la presentazione di nuove offerte d'acquisto ai sensi dell'art. 591 c.p.c.;
- 3) del potere di restituzione delle cauzioni e di altre somme versate dagli offerenti non risultati aggiudicatari (artt. 580 e 584);
- 4) di più ampi poteri in tema di formazione ed approvazione del progetto di distribuzione (artt. 596 e 598).

In estrema sintesi su detti interventi possiamo rilevare quanto segue.

Quanto al primo intervento (poteri di cui agli artt. 572 e 573 c.p.c.), la sancita delegabilità al professionista dell'intero nuovo "subprocedimento" di cui si compone la vendita forzata fa sì che divenga delegabile a quest'ultimo anche l'effettuazione di talune delicate valutazioni (quali, in particolare, quelle sottese alle determinazioni da adottarsi ai sensi degli artt. 572 e 573 c.p.c.) che in passato, nel ragionare sulla delegabilità ai notai delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, si erano ritenute non delegabili in quanto espressione di una "discrezionalità forte"⁹.

Quanto al secondo intervento (poteri di cui all'art. 591 c.p.c.), in ipotesi di diserzione dell'incanto il professionista delegato può scegliere fra l'assegnazione e la fissazione di un nuovo esperimento di vendita, ai sensi di quanto previsto dall'art. 591-*bis* nn. 7 e 8 c.p.c., essendo invece riservata al solo

⁸ O meglio ancora dell'ufficio giudiziario nel suo complesso - ivi compreso il giudice -, che continua a svolgere peraltro, nell'espletamento di questa attività, la propria funzione notarile, in cui sarebbe insita, per una pluralità di motivi, una funzione latamente processuale.

⁹ Andrea Proto Pisani, nel formulare la sua proposta, sottolineava, in particolare, come «il motivo per cui non

è stata esaminata la delega al notaio delle operazioni di vendita c.d. senza incanto ex art. 570 e ss. deriva unicamente dalla circostanza che parte essenziale di tale procedimento è il potere conferito al giudice dall'art. 573, comma 2, ove la gara non possa aver luogo per la mancanza di adesione degli offerenti, di "disporre la vendita a favore del maggiore offerente *oppure* ordinare l'incanto": potere

giudice dell'esecuzione - anche dopo la riforma del 2005 - la possibilità di disporre l'amministrazione giudiziaria, ai sensi di quanto prescritto dall'art. 591 c.p.c.

Secondo l'impostazione preferibile, il delegato può, non solo «disporre un nuovo incanto a parità di condizioni, senza ridurre il prezzo base, né modificare le altre condizioni o le forme di pubblicità della vendita», ma anche «ribassare il prezzo e/o modificare le condizioni di vendita, riaprendo così la sequenza degli esperimenti di vendita senza incanto e con incanto delineata dall'art. 569 terzo comma, visto che la norma in questione lo autorizza a prevedere “il termine per la presentazione di nuove offerte d'acquisto” (*id est* senza incanto, nel linguaggio del codice)» (Astuni).

Anche in tal caso, dunque, ci troviamo di fronte all'attribuzione al delegato di poteri il cui esercizio presuppone inevitabilmente scelte discrezionali.

Quanto al terzo intervento (poteri di cui agli artt. 580 e 584 c.p.c.), per quanto ciò non sia pacifico in dottrina, vengono attribuiti al delegato anche significativi e delicati poteri in tema di «restituzione delle cauzioni», quali, più in dettaglio:

1) quello, di cui all'art. 580 c.p.c., di procedere alla restituzione della cauzione solo nella misura dei nove decimi dell'intero (trattenendo la restante parte «come somma rinveniente a tutti gli effetti dall'esecuzione»), qualora l'offerente ometta di partecipare all'incanto, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, «senza documentato e giustificato motivo»;

2) quello, di cui all'art. 584 c.p.c., di pronunciare la perdita della cauzione («il cui importo è trattenuto come rinveniente a tutti gli effetti dall'esecuzione») a carico degli offerenti in aumento che non abbiano partecipato alla gara (indetta ai sensi di quanto disposto dal comma 3 del medesimo art. 584 c.p.c.) «salvo che ricorra un documentato e giustificato motivo».

Ci troviamo di fronte all'attribuzione al delegato di poteri ancor più significativi dei precedenti, trattandosi di vere e proprie decisioni su questioni insorte nell'ambito della procedura, anche se, giova evidenziarlo, la pur innegabile delicatezza della scelta del legislatore di attribuire al delegato poteri così delicati è pur sempre stemperata: per un verso, dalla preventiva possibilità da parte del delegato di rivolgersi al giudice ex art. 591-ter c.p.c.; e, per altro verso, dalla successiva possibilità per le parti di provocare sempre un controllo sull'operato del delegato da parte del giudice utilizzando il reclamo di cui all'art. 591-ter c.p.c.

15

Quanto, infine, al quarto intervento (poteri di cui agli artt. 596 e 598 c.p.c.), il legislatore, seppur in un modo particolarmente confuso - che ha dato luogo inevitabilmente a contrapposti indirizzi dottrinali -, ha attribuito al professionista delegato il compito (non solo di predisporre ma anche) di approvare il progetto di distribuzione.

Il nuovo testo degli artt. 596 e 598 c.p.c. attribuisce in modo inequivocabile al professionista delegato il nuovo potere di approvazione del progetto di distribuzione ed altrettanto è da ritenersi con riferimento al *potere* attribuito al professionista dal nuovo testo dell'art. 596 c.p.c. di fissare l'udienza per l'audizione dei creditori e del debitore, previa formazione e deposito in cancelleria del progetto di distribuzione contenente la graduazione dei creditori che vi partecipano affinché possa essere consultato dai creditori stessi e dal debitore¹⁰.

Ci troviamo, dunque, di fronte, anche in tal caso, all'attribuzione al delegato di significativi poteri

evidentemente non delegabile al notaio».

¹⁰ In forza della suddetta riforma, il professionista delegato potrà procedere, quanto meno ove a ciò espressamente delegato dal giudice, a (non solo predisporre ma anche) approvare il progetto di distribuzione ai sensi di quanto previsto dai nuovi artt. 596 e 598 c.p.c. E dunque, più analiticamente:

a) se non può provvedere ai sensi dell'art. 510, primo comma (ossia, nell'ipotesi in cui vi è un solo creditore

pignorante, disporre, sentito il debitore, il pagamento in favore del creditore di quanto gli spetta), fissa l'udienza per l'audizione dei creditori e del debitore, che si terrà dinanzi al medesimo professionista (e non al giudice), ove, ai sensi di quanto previsto dall'art. 598 c.p.c., dovrà:

a1) se il progetto è approvato, anche per effetto della mancata comparizione di cui all'art. 597 c.p.c., o si raggiunge l'accordo tra le parti, darne atto nel processo verbale ed ordinare il pagamento delle singole quote;

“decisori” in relazione peraltro, non più ad una mera eventualità procedimentale, ma bensì ad un momento essenziale ed imprescindibile dell'*iter* procedimentale di cui si compone il processo di espropriazione forzata.

Dette modificazioni, sinteticamente riferite, unitamente a quella di ordine soggettivo solo segnalata in precedenza, hanno determinato un mutamento della natura dell'istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata.

Ciò, fondamentalmente, in quanto:

a) avuto riguardo al *profilo soggettivo* (soggetti delegabili), la (nuova) previsione di cui all'art. 591-*bis* c.p.c. non può che costituire l'innovativo fondamento dell'attribuzione *in toto* di una nuova funzione (attività) per le figure professionali degli “avvocati” e dei “commercialisti”, stante l'assenza con riferimento a questi ultimi di previsioni quali i richiamati artt. 68 (comma 2) c.p.c. e l L.N. (indubbiamente riferibili alla sola figura professionale del notaio); in altri termini, non è neanche immaginabile per questi professionisti, a differenza del notaio, che il legislatore si sia limitato ad “avvalersi” di una funzione che l'ordinamento già gli riconosceva anziché attribuire agli stessi una nuova funzione;

b) avuto riguardo al *profilo oggettivo* (attività delegabili): la (nuova) previsione di cui all'art. 591-*bis* c.p.c. non può che costituire l'innovativo fondamento della attribuzione (anche) al notaio di nuove attività (non più di mera giurisdizione in senso ampio ma) di giurisdizione in senso stretto, che chiaramente fuoriescono, in quanto tali, dalla funzione processuale insita nella funzione notarile.

L'istituto in esame non può *più* essere semplicemente qualificato in termini di attribuzione di una attività (“sostitutiva”, e non di mero ausilio, rispetto a quella del giudice) di mera giurisdizione in senso ampio ad un soggetto (il notaio) portatore, in forza della normativa esistente, di una funzione (quella notarile) comprensiva (anche) di questo “tipo” di attività giurisdizionale, *ma piuttosto* di attribuzione di una attività (pur sempre “sostitutiva”, e non di mero ausilio, rispetto a quella del giudice) di giurisdizione in senso stretto (e non solo in senso ampio) anche a soggetti (avvocati e commercialisti) che, in forza

16

della normativa esistente, non sono affatto depositari della funzione giurisdizionale di cui si discute (e dunque, né dell'attività di giurisdizione in senso ampio né di quella in senso stretto) o a soggetti (i notai) che lo sono solo in parte (ossia l'attività di giurisdizione in senso ampio).
Se la delega di cui alla legge n. 302/98 era un istituto che aveva ad oggetto solo un momento della fase liquidativa del processo di espropriazione forzata, ossia quello della vendita con incanto, da espletarsi da parte del notaio delegato sulla base di un provvedimento del giudice che ne aveva predeterminato le “modalità di svolgimento”, la delega di cui alla riforma del 2005 è un istituto che ha ad oggetto un'intera fase del processo di espropriazione forzata comprensiva anche di poteri - e sottese delicate valutazioni - prima riservati al giudice (e non, dunque, solo delle mere operazioni di vendita in senso stretto svolte dal delegato secondo quanto preventivamente stabilito dal giudice) che si traducono, a seconda dei casi, nell'attribuzione al delegato del potere (non di dare mera attuazione alle decisioni assunte a monte dal giudice o, al più, di risolvere le difficoltà insorte nel corso dello svolgimento delle operazioni di vendita in senso stretto ma) di assumere lui stesso delle decisioni in ordine:

- allo stesso *modus procedendi* del subprocedimento di vendita delegatogli (è quanto accade nelle ipotesi di cui agli artt. 572 e 573 c.p.c., ove si attribuisce al professionista anche il potere di disporre la vendita

a2) se insorgono controversie, ai sensi dell'art. 512 c.p.c., tra creditori concorrenti o tra creditore e debitore circa la sussistenza o l'ammontare di uno o più crediti o circa la sussistenza di diritti di prelazione rimettere la procedura al giudice cui è riservata, secondo le nuove modalità di cui al citato art. 512 c.p.c., la risoluzione di queste controversie.
b) potrà avvalersi eventualmente, in sede di approvazione del progetto, della possibilità di distinguere la graduazione dei creditori dalla liquidazione delle quote ai sensi di

quanto disposto dall'art. 179 disp. att. c.p.c., in forza del quale il giudice dell'esecuzione (ed ora anche il professionista delegato, per effetto della segnalata modifica di cui agli artt. 596 e 598 c.p.c.) «quando lo ritiene opportuno ... può limitare il progetto di distribuzione della somma ricavata di cui all'art. 596 alla sola graduazione dei creditori partecipanti all'esecuzione, salva la liquidazione delle quote spettanti a ciascuno di essi dopo che sia approvata la graduazione».

a favore del maggiore offerente oppure lo svolgimento dell'incanto);

- a talune "questioni" che, per effetto della riforma, costituiscono ormai parte integrante di questo subprocedimento (è quanto accade nelle ipotesi di cui agli artt. 580 e 584 c.p.c., ove si attribuisce al professionista - rispettivamente - il potere di disporre la restituzione della cauzione nella misura ridotta dei nove decimi dell'intero e quello di disporre la perdita integrale della cauzione);

- alla distribuzione della somma ricavata (è quanto accade nelle ipotesi di cui agli artt. 596 e 598 c.p.c., ove si attribuisce al professionista il potere, oltre che di fissare l'udienza per l'audizione dei creditori e del debitore, anche di approvare il progetto di distribuzione ed ordinare il pagamento delle singole quote).

Lo stesso potere di risolvere le difficoltà di cui all'art. 591-*bis* c.p.c. assume, conseguentemente, una nuova connotazione nel rinnovato contesto normativo.

Da ciò il chiaro trapasso dalla delega di attività solo latamente giurisdizionali alla delega (anche) di attività riconducibili nell'ambito del cd. *ius dicere*, e quindi della cd. giurisdizione in senso stretto, nonché, dunque, anche il chiaro mutamento della natura dell'istituto in esame, in relazione al quale, per l'effetto, non può più trovare riscontro (non solo la ricostruzione più sopra riferita ma) nessuna delle ricostruzioni a suo tempo elaborate dalla dottrina.

Non si vede, infatti, come potrebbe ancor oggi:

a) qualificarsi in termini di mero "ausiliario" del giudice, se del caso "*sui generis*", un soggetto che esercita una funzione, oltre che dotata di un carattere sostitutivo (e non meramente ausiliario) rispetto a quella del giudice, altresì riconducibile nell'ambito della cd. giurisdizione in senso stretto;

b) pur correttamente qualificandosi il notaio (ed ora anche avvocati e commercialisti) in termini di "sostituto" (e non di mero "ausiliario"), farsi discendere dall'inquadramento del "rapporto" tra il delegante (giudice) ed il delegato (notaio) nell'ambito della «delegazione intersoggettiva ad efficacia esterna di diritto pubblico» e dal conseguente operare del «principio comune nell'ambito del diritto pubblico» secondo cui «in caso di delegazione la forma degli atti deve corrispondere a quella propria del delegato e non già del delegante» (Manna) la fondamentale conseguenza secondo cui «tutta l'attività che il notaio dispiega in adempimento della delega ricevuta avviene secondo le forme legislativamente previste per l'esercizio della funzione notarile» (Luiso-Miccoli), posto che, ad oggi, l'istituto della delega delle operazioni di vendita non è più circoscritto:

- sul piano soggettivo, a soggetti (quali i notai) che rivestono, a prescindere dalla delega, la qualifica di pubblici ufficiali, ma anche a soggetti (quali avvocati e commercialisti) che non sono tali ed in relazione ai quali non si vede dunque: per un verso, come potrebbe trovare riscontro, in via di inquadramento generale, la riconduzione nell'ambito della figura della delega o delegazione amministrativa, la quale sembrerebbe imprescindibilmente presupporre a monte la preesistenza di «soggetti od organi pubblici»; per altro verso, quale potrebbe essere la "forma" propria del delegato, non essendo dato ravvisare una "forma" propria degli atti dell'avvocato o del commercialista;

- sul piano oggettivo, alla mera attività di giurisdizione in senso ampio, con conseguente carattere innovativo anche rispetto alla figura del notaio, che si vede ora attribuite attività non solo *lato sensu* giurisdizionali, riconducibili nell'ambito della funzione notarile (in cui è insita una funzione latamente processuale), ma anche di giurisdizione in senso stretto.

Il mutamento della natura dell'istituto della delega delle operazioni di vendita si coglie, in altri termini, oltre che sotto il profilo soggettivo dei "soggetti delegabili" anche sotto quello oggettivo, non meno rilevante, delle "attività delegabili". Né si può ancor oggi far riferimento, ai fini della ricostruzione di questo nuovo istituto, alla previsione di cui all'art. 68, comma 2, c.p.c., stante il testuale riferimento dalla stessa operata al solo notaio.

Se così è, occorre, dunque, concludere che ci troviamo di fronte ad una nuova e più significativa ipotesi di delega di giurisdizione, rispetto a quelle già presenti in precedenza nel codice di rito civile, che finisce per involgere, a ben vedere, anche profili inerenti il ricorso alla magistratura onoraria.

Una volta, infatti, che, nel ricorrere alla delega di giurisdizione, non se ne circoscrive l'oggetto alla sola

giurisdizione in senso ampio ma si sconfina nella giurisdizione in senso stretto, il confine con il ricorso ai giudici onorari si assottiglia, soprattutto ove si consideri come con detta espressione si indicano, tendenzialmente, in via residuale tutte le figure di giudice non togato (ancorché non appartenente, dunque, all'ordinamento giudiziario).

Siamo di fronte ad una ipotesi di «delegazione di giurisdizione» differente dalle ipotesi da cui abbiamo preso le mosse in quanto in tal caso ci si spinge fino alla “delega” anche dello stesso diritto-dovere di decidere, del quale, però, il delegante non si spoglia completamente e definitivamente stante la possibilità: per lo stesso delegato di reinvestire della decisione il delegante (a fronte delle “difficoltà” incontrate); per le parti di provocare un controllo del delegante sulla decisione “provvisoria” adottata dal delegato e, dunque, anche una decisione “definitiva” del delegante.

Trattasi di una peculiare ipotesi di «delegazione di giurisdizione» in quanto:

- pur essendo predeterminata dal legislatore la “competenza” del professionista delegato, questa è subordinata ad una delega del giudice togato, il solo effettivamente competente, in senso proprio, su una determinata “controversia esecutiva”;

- pur essendo predeterminata dal legislatore la cerchia dei professionisti delegabili, il concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali è comunque subordinato alla suddetta delega.

Al contempo, a ben vedere, ci troviamo di fronte all'attribuzione di funzioni giurisdizionali da parte del legislatore a soggetti diversi dal giudice togato e, dunque, ad un giudice “laico” o “onorario”. Dette espressioni, infatti, sono comunemente utilizzate per qualificare, per esclusione, tutte quelle fattispecie che non siano riconducibili nell'ambito della contrapposta figura del giudice togato (o professionale che dir si voglia).

Si consideri, in particolare, come l'appartenenza all'ordinamento giudiziario non costituisce requisito imprescindibile della onorarietà del giudice.

Anche in tal caso, peraltro, ci troviamo di fronte ad un'ipotesi peculiare in quanto detta attribuzione:

- 18 1) non avviene “direttamente” ad opera dello stesso legislatore ma in modo “indiretto”, ossia attraverso il ricorso alla possibile delega delle funzioni giurisdizionali da parte del giudice togato, che ne è portatore, ad un soggetto predeterminato dal legislatore solo “nel genere”;
- 2) non ha ad oggetto l'intero processo ma solo una fase dello stesso.

La delegazione di giurisdizione è effettuata da parte di un magistrato togato in favore di un magistrato non togato (laico o onorario) appositamente creato dal legislatore onde consentire tale possibilità.

Ci troviamo di fronte ad una figura che, nella fondamentale premessa secondo cui «la giurisdizione, intesa in senso atecnico e onnicomprensivo come attività posta in essere da giudici professionali selezionati attraverso concorso ai sensi del comma 1 dell'art. 106 Cost., è una risorsa scarsa» (Proto Pisani), si muove pur sempre nella ormai nota prospettiva tendente a far fronte alla profonda crisi in cui versa il processo civile (anche *sub specie* di processo esecutivo), intraprendendo però una strada nuova rispetto a quelle percorse in passato. Pur non creandosi, infatti, una nuova figura di magistratura onoraria sul modello dei giudici di pace o, se si vuole, dei giudici onorari aggregati (Goa) o dei giudici onorari di tribunale (Got), si attribuiscono comunque ad un giudice non togato attività (non solo di giurisdizione in senso ampio ma anche) di giurisdizione in senso stretto.

Trattasi di iniziativa legislativa che si inserisce «nel solco che tende a ridefinire la giurisdizione civile in senso soggettivo, come giurisdizione aperta, alla quale cioè possono collaborare soggetti professionalmente adeguati, anche se non inseriti organicamente nella magistratura, senza che ciò debba comportare una riduzione della giurisdizione in senso oggettivo» (Raiti). Non a caso Borrè, propugnando *de iure condendo* una soluzione ancor più estesa delle due immaginate da Andrea Proto Pisani, qualificava questo fenomeno non in termini di «degiurisdizionalizzazione», e dunque di «sottrazione di tale fase del processo all'area della giurisdizione», ma, all'inverso, di «ingresso del professionista, *in parte qua*, nell'area della giurisdizione», evidenziando come: «la peculiarità dell'ipotesi sta nel fatto che l'investitura del notaio è resa operativa per ogni singolo processo mediante un atto di delega e riguarda soltanto una parte del processo medesimo, ma ciò non esclude la possibilità di

leggere il fenomeno come *momento partecipativo alla giurisdizione* e quindi come *espressione della tendenza a superare, anche in forme nuove, la concezione della giurisdizione come sistema professionale chiuso ... di partecipazione al processo di un diverso ceto professionale, secondo prospettive di apertura della giurisdizione più agili del tradizionale modello della magistratura onoraria*» (Borrè).

In definitiva, una nuova figura giuridica che coniuga tratti propri della delegazione di giurisdizione con tratti propri del ricorso alla magistratura non togata.

Le problematiche di legittimità costituzionale sollevate dal nuovo istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata di cui alle leggi 80 e 263 del 2005

Tre, fondamentalmente, le problematiche di legittimità costituzionale sollevate dal nuovo istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, legate alla possibile violazione:

- 1) del divieto di istituzione dei giudici speciali di cui all'art. 102 Cost.;
- 2) del principio secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice precostituito per legge di cui all'art. 25 Cost.;
- 3) del principio della terzietà ed imparzialità del giudice, ormai espressamente sancito dal "nuovo" testo dell'art. 111 Cost.

Quanto al divieto di istituzione dei giudici speciali di cui all'art. 102 Cost., la dottrina che si è occupata di questo divieto ha avuto modo di sottolineare come:

- «è principio pacifico che per poter affermare l'esistenza di una giurisdizione speciale occorre una espressa disposizione di legge che per una particolare materia o per una data classe di persone, sottragga alla giurisdizione ordinaria la normale competenza a decidere con effetto di giudicato, attribuendola ad altro organo giurisdizionale» (Vasetti) e, dunque, «la creazione *ex novo* di giudici speciali la cui sfera di attribuzioni sia ricavata sottraendo controversie dall'ambito della giurisdizione ordinaria (a cui sarebbero appartenute o in cui già rientravano in precedenza)» (Servello);
- «caratteristica della giurisdizione speciale sia la esclusività, ossia la devoluzione di determinate controversie ad organi speciali (comunque denominati) che la legge investe di potestà giurisdizionale in via esclusiva, possessandone in modo assoluto il magistrato ordinario» (Vasetti).

Consequentemente è di tutta evidenza come nel caso di specie non ricorra una violazione del divieto di cui all'art. 102 Cost.

Anche prescindendo, infatti, dall'inquadramento del fenomeno giuridico in esame nell'ambito della cd. delegazione di giurisdizione - intesa nei termini in precedenza precisati -, non ricorre comunque la sottrazione in modo assoluto al magistrato ordinario della potestà giurisdizionale in ordine ad una particolare materia (o per una classe di persone) e la corrispondente attribuzione della stessa in modo *esclusivo* ad un giudice, per l'appunto, speciale.

Quanto al principio secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice precostituito per legge di cui all'art. 25 Cost., assai più controverso è l'ambito di applicazione, anche alla luce dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale (con vicende alterne) che lo ha interessato.

L'aderire ad una interpretazione più o meno restrittiva non è irrilevante ai nostri fini, ma va comunque escluso che, nel caso di specie, possa ricorrere una violazione di questo principio.

Anche qualora dovesse accogliersi, infatti, l'interpretazione più rigorosa, fatta propria dalla prevalente dottrina (ma non anche dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale), rimane comunque decisiva una argomentazione già a suo tempo mirabilmente esplicitata da Borrè, il quale, nel domandarsi (nella prospettiva della possibile introduzione di un istituto quale quello della delega delle operazioni di vendita) «se il riconoscimento di una valenza processuale alla funzione del notaio e la attribuibilità volta per volta di tale potere, in modo sostanzialmente discrezionale, non rechino offesa

al principio costituzionale della precostituzione del giudice», poneva in rilievo come, alla suddetta domanda dovesse darsi «risposta negativa, non perché ... l'attività delegata al notaio decampa dal *ius dicere* (anche alla giurisdizione esecutiva applicandosi certamente la garanzia di cui all'art. 25 Cost.), ma perché, attraverso la competenza a ricevere e ad istruire l'opposizione ex art. 617 c.p.c., che è in definitiva il modo attraverso cui il processo si piega su di sé medesimo e svolge una funzione di controllo (con forme cognitive ma in strettissima incidentalità rispetto all'esecuzione pendente), il giudice dell'esecuzione conserva, seppure virtualmente, il dominio sulla procedura, sicché può concludersi che per effetto della delega il cittadino è affidato ad una combinazione organizzatoria che ricomprende (e non già esclude) il suo giudice naturale, dal quale perciò non può dirsi distolto».

Quanto, infine, al principio della terzietà ed imparzialità del giudice, ormai espressamente sancito dal "nuovo" testo dell'art. 111 Cost., a differenza di quanto ritenuto con riferimento alle due precedenti questioni di legittimità costituzionale esaminate, emerge una chiara esigenza di tenere conto delle innegabili differenze fra le diverse figure di professionisti delegabili, inopportunamente accomunate dal legislatore nella previsione di cui all'art. 591-bis c.p.c.

Se, infatti, il notaio è istituzionalmente terzo rispetto alle parti, non altrettanto può dirsi con riferimento ad avvocati e commercialisti, invece caratterizzati per il loro istituzionale essere parte.

Per cui, se i paventati dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo *de quo* potrebbero essere superati con riferimento alla figura del notaio, non altrettanto potrebbe ritenersi con riferimento alle figure degli avvocati e dei commercialisti, in relazione ai quali l'assenza di qualsivoglia limitazione di ordine territoriale alla delegabilità delle operazioni di vendita pone più che fondati dubbi di legittimità costituzionale ex art. 111 Cost.

Ciò, a prescindere dalla ritenuta attribuzione a queste due figure professionali di funzioni (non solo di giurisdizione in senso ampio ma anche) di giurisdizione in senso stretto, posto che la terzietà ed imparzialità del giudice costituiscono un imprescindibile requisito anche della mera giurisdizione in

20 senso ampio.

E ciò, si badi, giova rimarcarlo con forza, anche a fronte della progressiva svalutazione nel corso del tempo di tali profili da parte del legislatore in sede di ricorso alla magistratura onoraria. Siamo passati, infatti, dalla previsione di limitazioni territoriali estese all'intero distretto di Corte d'appello a limitazioni territoriali più circoscritte (circondario di tribunale), fino al comparire, da ultimo, di disegni di legge, come quello relativo alla "Istituzione e funzionamento delle Camere arbitrali dell'avvocatura", ove, nell'attribuire a dette camere arbitrali non solo la giurisdizione arbitrale ma anche "porzioni" di giurisdizione contenziosa (e più specificamente il procedimento d'ingiunzione), ci si accontenta di una mera "autodichiarazione" dell'avvocato in ordine all'insussistenza di «cause di incompatibilità, relazioni con le parti ..., assenza di qualunque interesse personale o economico, diretto o indiretto, relativo all'oggetto della controversia».

Le potenzialità dell'istituto della delega di giurisdizione, nel rispetto del dettato costituzionale, fra "degiurisdizionalizzazione" e giurisdizione aperta

La delega di giurisdizione fra limiti costituzionali e rimovata nozione di giurisdizione

Proprio il guardare alla legittimità costituzionale del nuovo istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata apre un fondamentale quesito di carattere più generale evidentemente attinente alla possibilità, e relativa delimitazione di confini, del ricorso all'istituto della delega di giurisdizione anche al di fuori del processo di espropriazione forzata, quale possibile strumento per far fronte alla grave crisi in cui versa ormai da lungo tempo la giustizia civile.

Ciò in quanto, evidentemente, detto quesito di carattere generale sottende anzitutto un problema di

legittimità costituzionale: entro quali limiti è possibile procedere alla delega di funzioni giurisdizionali nel nostro ordinamento nel rispetto del dettato costituzionale?

Ecco, dunque, come importanti indicazioni possono trarsi già da quanto sinora evidenziato con riferimento agli artt. 25, 102 e 111 Cost. nel vagliare, sotto detti profili, la legittimità costituzionale del nuovo istituto della delega di giurisdizione in sede di espropriazione forzata di cui alla riforma del 2005.

Ulteriori indicazioni possono trarsi, a ben vedere, anche:

- 1) dagli studi sulla nozione di giurisdizione;
- 2) dai recenti interventi della Corte Costituzionale e della Cassazione su specifiche tematiche (quali, segnatamente, l'arbitrato rituale) dai quali discendono importanti conseguenze, di carattere più generale, sulla nozione stessa di giurisdizione.

Quanto al primo profilo, basti in questa sede evidenziare come, i più recenti studi sulla nozione di giurisdizione, nel riprendere gli studi classici a seguito della attribuzione di attività cd. paragiurisdizionali di decisione su veri e propri diritti alle cd. Autorità amministrative indipendenti, hanno evidenziato «l'assoluta relatività del concetto di giurisdizione», giungendo ad individuare «il minimo comune denominatore della giurisdizione» nel «fatto che questa attua in modo ultimo il diritto oggettivo (essendo pacifico che le decisioni giurisdizionali non possono essere travolte da successivi provvedimenti amministrativi), e che i giudici, ovvero i soggetti che esercitano l'attuazione ultima dei diritti, devono essere indipendenti dagli altri poteri e terzi rispetto alla materia controversa» (Scarselli).

Quanto al secondo profilo, basti in questa sede evidenziare come negli ultimi anni si è assistito ad un indebolimento del concetto stesso di giurisdizione tradizionalmente inteso quale funzione irrinunciabile dello Stato ed attributo della sovranità.

Oggi si ritiene che la giurisdizione non sia più un attributo imprescindibile della sovranità, ma che sia piuttosto sentita come un servizio che lo Stato è tenuto a fornire ai cittadini, in quanto partecipi della collettività, che alimenta, con il pagamento delle imposte, la provvista necessaria per provvedervi e che per ciò stesso ha titolo per pretendere che la prestazione sia offerta nella maniera migliore possibile (Verde).

La soluzione delle controversie è un servizio che lo Stato organizza senza che ciò costituisca un monopolio necessario; il monopolio può e deve essere assicurato in ambiti particolari (settore penale o dei diritti che siano non solo e non tanto indisponibili, ma tali che lo Stato non possa rinunciare ad esercitare il controllo sul loro concreto esercizio); fuori da queste ipotesi, conta soltanto che il giudice privato rispetti, nel corso del procedimento, i principi fondamentali in tema di diritto d'azione e difesa (Verde)

A detto risultato si è approdati, oltre che per effetto del massiccio ricorso ai giudici onorari - che ha anche indotto taluna dottrina a ritenere che il modello formale previsto dalla Costituzione non trova più riscontro nella realtà (Verde) -, proprio in forza della evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Cassazione in materia di arbitrato rituale.

Quanto alla Corte Costituzionale, questa, intervenendo di recente, e dunque dopo le modifiche del codice di rito che hanno interessato l'arbitrato rituale, ha fondamentalmente ritenuto, nell'ambito di una più ampia ricostruzione tendente ad evidenziare «l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica», che, ferma restando l'impossibilità di mascherare, dietro l'arbitrato, la creazione di un giudice speciale, gli arbitri svolgono funzioni sostanzialmente equivalenti a quelle dei giudici (Corte Cost. 19 luglio 2013, n. 223). Così superando, evidentemente, la precedente impostazione che, per escludere il contrasto dell'arbitrato rituale con il monopolio della giurisdizione statale tradizionalmente intesa, tendeva fondamentalmente a far leva sulla emanazione da parte degli arbitri di un atto prodromico (lodo) che si collegava ad un atto del giudice statale (il decreto di esecutorietà) per diventare sentenza arbitrale.

Al contempo, come pure evidenziato di recente dalla dottrina, «soprattutto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale si è andato affermando l'orientamento secondo cui può essere riconosciuto

l'esercizio di funzioni giudicanti anche da parte di soggetti estranei all'organizzazione della giurisdizione statale e istituzionalmente adibiti allo svolgimento di funzioni di diversa natura. Soggetti che, nonostante questa loro condizione, possono essere investiti della funzione di *ius dicere*, anche solo in via eccezionale, purché posti in posizione *super partes*» (Punzi). E ben può trattarsi non solo di soggetti non appartenenti all'ordine giudiziario ma anche di «soggetti che hanno e conservano la qualità di soggetti privati» (Punzi), come gli arbitri¹¹, la cui attività, in tanto può definirsi «oggettivamente giurisdizionale», in quanto si accetti a monte il fondamentale presupposto secondo cui la giurisdizione non è più emanazione della sovranità (Picardi).

Quanto alla Corte di Cassazione, l'indirizzo giurisprudenziale in materia di arbitrato rituale che le fa capo è fondamentalmente contraddistinto da una evoluzione nel senso di sganciare l'istituto arbitrale dalla ritenuta appartenenza al diritto privato, e dalla conseguente natura negoziale del lodo (che fa capo alla sentenza epocale della sentenza delle S.U. 3 agosto, 2000, n. 527), in favore di una assimilazione dell'attività svolta dall'arbitro a quella (giurisdizionale) svolta dal giudice, agevolato anche dalle riforme dell'arbitrato rituale (e soprattutto di quella del 1994 nella parte in cui modifica l'art. 823 stabilendo che il lodo «ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione»).

Detto indirizzo giurisprudenziale ha trovato di recente la sua più significativa espressione in una pronuncia delle S.U. (ord. 25 ottobre 2013, n. 24153) con la quale la Suprema corte ha ritenuto che «il monopolio della giurisdizione statale, non va inteso in senso assoluto, ma nel quadro del divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali» e «che, come regola, la funzione giurisdizionale sui diritti si esercita davanti ai giudici ordinari, essendo tuttavia consentito alle parti, nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, di derogare a tale regola “agendo a tutela dei propri diritti” davanti a giudici privati, riconosciuti tali dalla legge, in presenza di determinate garanzie. L'autonomia delle parti si manifesta qui, non già (come è ovviamente possibile, e come avviene nell'arbitrato “contrattuale”) come atto di disposizione del diritto, ma come atto incidente sull'esercizio del potere di azione che a quel diritto è connesso».

22

In questa stessa sede la Suprema corte ha avuto modo di evidenziare, al contempo, come: «la normativa, in parte introdotta con la L. n. 25 del 1994 ed in parte con il D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, pare contenere sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale, e per soddisfare quelle indicazioni ... sui limiti entro i quali la scelta di un giudice diverso da quello statale può essere, dall'ordinamento, affidata alla autonomia dei privati. In base alla riforma del 1994, la proposizione dei mezzi di impugnazione non è (più: art. 827, comma 2, c.p.c.) condizionata dall'emanazione del decreto di esecutività del lodo. È dunque quest'ultimo, e non la “sentenza arbitrale” (“in due pezzi”), oggetto dell'impugnazione prevista dalla legge processuale avanti agli organi della giurisdizione ordinaria. ... Il lodo rimane autonomamente impugnabile, con l'azione di nullità, indipendentemente dall'*exequatur*, in virtù della stessa efficacia della sentenza pronunciata dall'Autorità giudiziaria, fin dal momento in cui interviene l'ultima sottoscrizione (art. 824-*bis* c.p.c.). Il deposito del lodo, peraltro, si ricollega, oltre che alla sua esecutività (ed attitudine all'iscrizione ipotecaria, in virtù dell'art. 2819 c.c.) anche alla sua trascrivibilità, e conseguente efficacia anche verso i terzi. ... Il mutamento è di grande rilievo» e «tale da escludere, in radice, l'eventualità di una duplice natura del lodo stesso, negoziale, in un primo tempo, giurisdizionale dopo la dichiarazione di esecutività. L'assimilazione *in toto*, alla domanda giudiziale, attribuita all'atto introduttivo dell'arbitrato, quanto alla prescrizione e alla trascrizione delle domande giudiziali, postulano l'equiparazione alla domanda giudiziale (esercizio dell'azione giudiziaria) dell'atto di promovimento del processo arbitrale, e l'attribuzione al lodo dell'attitudine non di efficacia negoziale, ma dell'efficacia e della autorità di cosa giudicata. Quanto alla trascrizione», la relativa disciplina - nel caso dell'art. 2652 c.c. -, «si muove, non solo sul piano degli effetti sostanziali della domanda giudiziale, ma anche su quello degli

¹¹ Ai sensi di quanto disposto, infatti, dall'art. 813, comma 2, c.p.c. «agli arbitri non compete la qualifica di pubblico

effetti del giudicato sui rapporti dipendenti, e verso i terzi. L'attribuzione al lodo di questa efficacia, non limitata alle parti, ma estesa ai terzi, non può che postulare la sua equiparazione a una sentenza dei giudici dello Stato, e, in ogni caso, ad una pronuncia giurisdizionale».

I conseguenti ampi spazi di operatività di una delega di giurisdizione “forte” nell’ambito di una prospettiva di “degiurisdizionalizzazione” differente da quella di recente imboccata dal legislatore con il D.l. 132/2014 (convertito in L. 162/2014)

In definitiva, una volta venuta meno la nozione di giurisdizione intesa quale attributo imprescindibile della sovranità e funzione irrinunciabile dello Stato (in favore di quella volta a coglierne l'essenza sul piano funzionale - e non più strutturale - in termini di servizio che lo Stato è tenuto a fornire ai cittadini) ed una volta individuato il minimo comune denominatore della giurisdizione nel fatto che questa attua in modo ultimo il diritto oggettivo (con le relative ricadute anche sotto il profilo della possibile violazione dal divieto di istituzione di giudici speciali di cui all'art. 102 Cost.), emergono, con assoluta evidenza, gli ampi confini entro i quali, senza incorrere in alcuna violazione del dettato costituzionale, sarebbe possibile ricorrere all'istituto della delega di giurisdizione nel nostro ordinamento anche *sub specie* di delega (non più, per così dire, “debole”, ossia circoscritta alla sola giurisdizione in senso ampio, sul modello, per intendersi, di cui alla L. 302/98 ma) “forte” (ossia estesa anche alla giurisdizione in senso stretto, così come a mio avviso ha già fatto il legislatore della riforma del 2005).

Siamo evidentemente di fronte ad una prospettiva di degiurisdizionalizzazione differente da quella di recente imboccata dal legislatore del D.l. n. 132/2014 (convertito, con modificazioni, in legge n. 162/2014).

Come già evidenziato, infatti, «*degiurisdizionalizzazione della espropriazione forzata non significa affatto privatizzazione*, ossia delega a privati di una fondamentale funzione dello Stato», quanto piuttosto «soltanto spostamento del momento del controllo giudiziale, secondo una tecnica ampiamente sperimentata nell'ambito dei procedimenti speciali» (Costantino).

Il concetto di degiurisdizionalizzazione sotteso al D.l. n. 132/2014 (convertito con modificazioni nella legge n. 162/2014) è, invece, proprio quello della privatizzazione della giustizia civile sganciata da qualsivoglia spostamento del momento del controllo giudiziale. In tal caso, infatti, si tratta di interventi volti a sottrarre *in toto*, nella sostanza, determinate controversie (già pendenti o ancora non instaurate) alla giurisdizione del giudice civile affidandole a “privati” (trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti, negoziazione assistita da uno o più avvocati, separazione e divorzio innanzi al sindaco, etc.). Siamo al contempo di fronte ad una prospettiva di degiurisdizionalizzazione che presenta un grosso pregio in quanto il giudice, in forza del ricorso all'istituto della delega, se, da un lato, viene sgravato dal compimento di determinati atti della procedura, dall'altro lato conserva la titolarità della relativa procedura e non perde il controllo sulla stessa¹².

La prospettiva è quella, in altri termini, non della sottrazione di determinate controversie al giudice ma di consentirne lo svolgimento, in alcuni momenti (più o meno significativi a seconda di casi), sotto il controllo del giudice.

ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio».

¹² In forza delle possibili iniziative del delegato stesso, che investa di sua iniziativa il giudice della decisione di

determinate questioni, ovvero delle parti, che provochino un controllo del giudice sull'operato del delegato attraverso l'impugnazione dei relativi atti.

... e del ricorso ad una “giurisdizione aperta” tendente a valorizzare modelli di magistratura onoraria più agili rispetto a quello tradizionale

Come già evidenziato, se si immagina di applicare l’istituto della delega di giurisdizione ad un soggetto diverso da un giudice per segmenti del procedimento (e non solo per singoli atti istruttori) che costituiscono espressione dell’esercizio di giurisdizione in senso stretto, il confine con il ricorso a giudici onorari o “laici” si assottiglia.

Si apre, evidentemente, una importante prospettiva ascrivibile a quella logica di fondo tendente a «ridefinire la giurisdizione in senso soggettivo come giurisdizione aperta, alla quale cioè possono collaborare soggetti professionalmente adeguati, anche se non inseriti organicamente nella magistratura, senza che ciò debba comportare una riduzione della giurisdizione in senso oggettivo» (Raiti).

In altri termini, «tendenza a superare, anche in forme nuove, la concezione della giurisdizione come sistema professionale chiuso ... di partecipazione al processo di un diverso ceto professionale, secondo prospettive di apertura della giurisdizione più agili del tradizionale modello della magistratura onoraria» (Borrè).

Lo stesso ricorso ai giudici onorari risponde ad una prospettiva di fondo cui bisogna guardare con favore, purché, come ho già avuto modo di evidenziare in precedenza, venga salvaguardata, oltre alla professionalità, anche la terzietà/imparzialità.

Due possibili applicazioni dell’istituto della delega di giurisdizione nel rispetto del dettato costituzionale

24

Premessa

Una volta delineati, in via generale, i confini (estremamente ampi) del possibile ricorso alla delega di giurisdizione, nel nostro ordinamento, nel rispetto del dettato costituzionale, vediamo quali possono essere delle possibili applicazioni in concreto di questo istituto, nell’ambito del processo di espropriazione forzata e al di fuori di quest’ultimo.

L’ampliamento della delega di giurisdizione in sede di espropriazione forzata

Una prima significativa applicazione dell’istituto della delega di giurisdizione si potrebbe avere già in sede di espropriazione forzata ove si potrebbe procedere ad un’ulteriore potenziamento dello stesso rispetto a quanto già fatto dal legislatore del 2005. Come?

Occorrerebbe in particolare procedere:

1) ad una anticipazione del momento processuale della delega, che dovrebbe avvenire con decreto non appena il giudice abbia acquisito la documentazione di cui all’articolo 567 c.p.c., a fronte della attuale possibilità di procedervi “solo” con l’ordinanza con la quale dispone la vendita di cui all’art. 569, comma 3, c.p.c.;

2) ad un ampliamento dei contenuti della delega e dunque delle attività da compiersi ad opera del professionista delegato anziché del giudice, cui dovrebbero essere riservati solo taluni snodi essenziali della procedura, e le sottese valutazioni, nonché il controllo sull’operato del professionista che potrebbe sempre essere provocato dalle parti attraverso il reclamo di cui all’art. 591-ter c.p.c.

Più in dettaglio, si dovrebbe:

a) prevedere l’obbligo del giudice, a fronte del deposito (o dell’acquisizione d’ufficio) della

documentazione di cui all'art. 567 c.p.c., di nominare immediatamente con decreto (non solo l'esperto¹³ ma anche) il professionista delegato che dovrebbe interfacciarsi con l'esperto, anche ai fini della determinazione del valore dell'immobile, predisporre l'ordinanza di vendita (analogamente a quanto fa con il decreto di trasferimento, che rimane atto del giudice), ovvero una relazione (al giudice) in ordine ai motivi che ostano alla possibilità di procedere alla vendita, nonché l'avviso di vendita (che in quanto fondamentalmente riprodotto dell'ordinanza di vendita potrebbe anche divenire atto del professionista delegato);

b) sciogliere ogni dubbio in ordine alla possibilità del professionista delegato di pronunciare la perdita (in tutto o in parte) della cauzione a causa della mancata partecipazione alla vendita senza documentato e giustificato motivo (attualmente prevista per le offerte all'incanto e dopo l'incanto rispettivamente dagli artt. 580 e 584 c.p.c., a fronte di una disposizione in sede di delega di dubbia interpretazione, quale quella di cui all'art. 591-*bis* n. 13 c.p.c.) e di approvare il progetto di distribuzione (così come testualmente già previsto dall'art. 598 seppur in contrasto con il disposto di cui all'art. 591-*bis* n. 12 c.p.c.);

c) attribuire al professionista delegato il potere di disporre l'amministrazione giudiziaria o una nuova vendita (per un prezzo inferiore) ex art. 591 c.p.c.;

d) consentire, se del caso, al professionista delegato, muovendosi in una logica che miri a circoscrivere al massimo le ipotesi in cui quest'ultimo deve arrestarsi nel suo operare in attesa di una pronuncia del giudice¹⁴, anche di dichiarare la decadenza dell'aggiudicatario e di pronunciare la relativa perdita della cauzione di cui all'art. 587 c.p.c.¹⁵, riservando al giudice la sola pronuncia della condanna al pagamento della differenza tra il prezzo da lui offerto e quello minore per il quale è avvenuta la vendita di cui all'art. 177 disp. att. c.p.c.¹⁶

L'intervento normativo appena più sopra delineato conseguirebbe non solo l'obiettivo, più evidente, di sgravare la magistratura di ulteriori incombenze rispetto alla situazione attuale, ma anche quello, meno evidente, di assicurare un maggior controllo sui tempi della procedura, soprattutto facendo leva sulla revoca del professionista che non rispetti (ovviamente per causa a lui non imputabile) i termini "intermedi" assegnategli dal giudice e non solo quello "finale" per il compimento delle operazioni delegate nel suo complesso; termini che, per l'effetto, diverrebbero tutti, nella sostanza, "perentori" e non meramente "ordinatori" (a differenza di quanto accade, evidentemente, nell'ipotesi in cui la procedura sia gestita in prima persona dal giudice).

L'impatto sul processo di espropriazione forzata immobiliare delle suddette modifiche dovrebbe rivelarsi particolarmente significativo, se non altro in termini di rapidità e durata.

Basti per tutti considerare, a tal proposito, come: il giudice, a fronte della richiesta di vendita, o se del caso dopo aver rapidamente acquisito la documentazione mancante, dovrebbe sempre nominare immediatamente l'esperto e il professionista delegato, il quale, per l'effetto, interfacciandosi anche con l'esperto, curerebbe nella sostanza anche la fase prodromica alla vendita (che culminerebbe con la predisposizione dell'ordinanza di vendita - pur sempre atto del giudice - previa verifica della

¹³ In relazione al quale, peraltro, si potrebbe anche prevedere, al fine di sgravare il giudice da un'ulteriore compito, che questo presti il proprio giuramento dinanzi al cancelliere.

¹⁴ Ipotesi che, evidentemente, determinano un significativo rallentamento della procedura esecutiva.

¹⁵ Poteri a tutt'oggi indubbiamente riservati, invece, al giudice.

¹⁶ Detto ampliamento dei contenuti della delega, conforme al dettato costituzionale in ragione di quanto in precedenza evidenziato, dovrebbe essere accompagnato dalla introduzione di una più compiuta disciplina, rispetto

a quella attuale (sul punto in parte lacunosa ed in parte totalmente assente), in ordine:

- 1) ai presupposti per la revoca della delega;
- 2) al relativo iter procedimentale;
- 3) all'iter procedimentale relativo alla conseguente irrogazione della "sanzione" (della cancellazione dall'albo per il triennio in corso e per quello successivo) e ai possibili rimedi latamente impugnatori esperibili dal professionista "sanzionato" (le cui sorti dovrebbero comunque essere mantenute distinte da quelle della procedura esecutiva da cui sono scaturiti, in modo tale che questa non subisca per l'effetto significativi rallentamenti).

insussistenza di condizioni che ostano alla vendita), dovendo, in ciò e nel prosieguo della sua attività (anche in tal caso ampliata nei suoi confini, nei termini in precedenza evidenziati), comunque rispettare i termini (anche “intermedi”) fissati dal giudice, pena la revoca della delega (e la conseguente cancellazione dall’elenco di cui all’art. 179-ter disp. att. c.p.c.).

Il ricorso alla delega di giurisdizione in sede di formazione della prova

Quanto al possibile ricorso all’istituto della delega di giurisdizione al di fuori del processo di espropriazione forzata, un’area di indubbio interesse è rappresentata dalla formazione della prova, sia nel corso del processo che prima del processo.

Per massimizzare il risultato, in termini di deflazione del contenzioso, occorrerebbe ricorrere congiuntamente agli istituti della delega di giurisdizione e della assunzione della prova prima del processo.

Lo scopo deflattivo del contenzioso civile è, infatti, in entrambi i casi di ogni evidenza, in quanto:

a) l’assunzione della prova prima del processo consente alle parti di conoscere preventivamente, rispetto a quest’ultimo, l’esito (in tutto o in parte) dell’istruttoria dell’eventuale futuro processo e ben può, dunque, indurre il soggetto obbligato ad adempiere spontaneamente o, comunque, agevolare l’individuazione di una soluzione transattiva della controversia;

b) la delega al notaio dell’attività di assunzione della prova (nella specie, testimoniale) sgrava il giudice dallo svolgimento di una attività processuale indubbiamente impegnativa e dispendiosa (ivi compresa la necessità di tenere a tal fine una o più udienze - in ragione del numero di testi da sentire, della mancata presentazione di uno o più di essi, etc. -).

26 Delle varie strade astrattamente percorribili ove ci si allontani dalla tradizionale figura di prova testimoniale (resa oralmente dinanzi al giudice), due sono quelle che maggiormente interessano in questa sede:

1) la delega in pendenza del processo;

2) la delega prima del processo nell’ambito di un procedimento finalizzato, per l’appunto, all’assunzione della prova prima del processo.

La prima via percorribile è quella della delega al notaio dell’attività di assunzione della prova in pendenza del processo, se del caso, per la prova testimoniale, previa predeterminazione da parte del giudice - in sede di delega - dei relativi capitoli, in modo tale che l’assunzione della prova avvenga comunque, oltre che nel contraddittorio delle parti, sotto il “controllo” del giudice¹⁷.

Si tratta di un’ipotesi chiaramente differente dalla testimonianza scritta attualmente ammessa nel nostro ordinamento. E si tratta di un’ipotesi che presenta evidenti vantaggi rispetto alla prassi in atto

¹⁷ Basti, a tal proposito, in questa sede evidenziare come:

1) analogamente a quanto a suo tempo accaduto per la delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, non mancherebbe un significativo referente normativo, atteso che l’art. 68, comma 2, c.p.c., nel contrapporre la figura del notaio a quella degli ausiliari del giudice (di cui al primo comma della medesima norma), consente al giudice di «commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge»; notaio che opererebbe, dunque, (anche in tal caso) in qualità di sostituto e non di mero ausiliario del giudice;

2) al contempo, non può certo dirsi estranea alla logica fatta

propria dal nostro codice la nozione di “prova delegata”, seppur allo stato circoscritta, alla sola persona del giudice ed alla sola necessità di procedere all’assunzione di mezzi di prova fuori della circoscrizione del tribunale competente a decidere la relativa controversia o all’estero; 3) al fine di salvaguardare al massimo, nei limiti del possibile, i benefici legati alla tradizionale modalità (orale) di assunzione della prova testimoniale, muovendosi al contempo in una prospettiva di “svecchiamento” delle tradizionali modalità di assunzione delle prove, si potrebbe immaginare di procedere alla videoregistrazione dell’attività di assunzione della prova (nella specie testimoniale).

presso taluni Tribunali di consentire l'assunzione della prova testimoniale in presenza e ad opera dei soli avvocati delle parti.

L'altra via percorribile è quella tendente a far leva sulla delega al notaio dell'attività di assunzione della prova testimoniale prima del processo, così realizzandosi una significativa combinazione dei due profili deflattivi in precedenza indicati, e cioè l'assunzione della prova prima del processo e la delega al notaio dell'assunzione della prova.

Anche in tal caso, come nel precedente, si tratterebbe di percorrere la via dell'assunzione della prova testimoniale nel contraddittorio delle parti e sotto il "controllo" del giudice, ma nell'ambito della differente prospettiva dell'assunzione della prova (non in pendenza del processo ma) prima del processo. Prospettiva, questa, che pur non andando ad incidere, per un verso, su quanto già evidenziato in ordine alla delega al notaio (anche) dell'attività di cui si discute (se del caso quale peculiare ipotesi di "prova delegata"), impone, per altro verso, di fare i conti con la variabile rappresentata dal fatto che, nel caso di specie, non v'è un processo pendente, ed anzi ci si muove proprio nella prospettiva di evitare che questo sia instaurato.

È questo il motivo per il quale, sulla falsariga della scelta già effettuata da altri ordinamenti, si imporrebbe l'introduzione di un autonomo "procedimento probatorio" che, per poter consentire all'assunzione della prova prima del processo di spiegare la funzione deflattiva del contenzioso civile che le è propria, non potrebbe che avere caratteristiche differenti dal nostro attuale procedimento di istruzione preventiva, quanto meno sotto il profilo dei presupposti richiesti dalla legge per poter accedere al suddetto procedimento¹⁸.

Una volta introdotto un "procedimento probatorio" di questo tipo diverrebbe agevole valorizzare anche in questo contesto "pre-processuale" (e non solo in quello precedentemente esaminato che presuppone, invece, la pendenza della lite) la prospettiva della delega al notaio all'assunzione della prova testimoniale, così coniugando, al contempo, i vantaggi connessi, sotto il profilo della deflazione del contenzioso civile, all'assunzione della prova prima del processo con quelli connessi alla delega al notaio (in forza della quale si eviterebbe di caricare il giudice dello svolgimento di questa dispendiosa attività anche in sede "pre-processuale").

Il possibile oggetto della delega di giurisdizione così come appena più sopra immaginata potrebbe, peraltro, avere un perimetro non necessariamente circoscritto alla sola prova testimoniale, potendo estendersi, a ben vedere, anche all'ispezione.

A prescindere, infatti, dal ruolo che il notaio potrebbe svolgere già *de iure condito* in punto di formazione della prova e di deflazione del contenzioso civile (a mezzo della verbalizzazione di fatti che constati personalmente e di dichiarazioni - se del caso a contenuto testimoniale - che gli vengano rese) così come già accade in altri ordinamenti (es. Spagna), *de iure condendo* andrebbe valorizzata al massimo detta possibilità consentendo al giudice di delegare ad un notaio, nell'ambito di un processo civile pendente o di un "procedimento probatorio" quale quello appena più sopra delineato (e dunque anche in assenza del c.d. *periculum in mora*), l'assunzione (oltre che della prova testimoniale anche) dell'ispezione,

27

¹⁸ Non a caso quando, nel nostro ordinamento, ci si è timidamente mossi nella direzione della formazione della prova prima del processo con l'introduzione della consulenza tecnica preventiva (art. 696-*bis* c.p.c.) si è espressamente previsto che questa può essere richiesta «anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696». E soprattutto quando, in altri ordinamenti, ci si è più significativamente mossi nella medesima direzione, si sono specificati in positivo i differenti presupposti cui è subordinata la possibilità di assumere la prova prima del processo. In Francia, con riferimento ad un procedimento tendente

a ricomprendere più mezzi di prova (ivi compresa la testimonianza), anche al fine di evitare la proliferazione delle prove prima del processo, si richiede un «un motivo legittimo di conservare o stabilire la prova di un fatto da cui potrebbe dipendere la soluzione di una controversia». E in Germania, con riferimento ad un procedimento avente una portata più circoscritta (avendo ad oggetto la sola consulenza tecnica preventiva), si richiede la presenza di un interesse giuridico che giustifichi l'assunzione anticipata del mezzo di prova; interesse giuridico che, ai sensi del novellato § 485, si presume «se l'accertamento può servire ad evitare una controversia».

se del caso con l'assistenza di un consulente tecnico, in conformità a quanto attualmente già previsto dall'art. 259 c.p.c. per il giudice istruttore.

Detta possibilità trova pieno riscontro nella funzione del notaio, in cui è pacificamente insita una funzione di constatazione di fatti, oltre che una funzione cd. antiprocessuale. E non sarebbe al contempo estranea ad una dimensione processuale che già ben conosce il diffuso ricorso alla consulenza tecnica per l'accertamento dei fatti controversi, ove il consulente finisce per operare *in sostituzione* del giudice al fine di consentire a quest'ultimo di conoscere dei fatti che non ha direttamente percepito.

Una provocazione finale: la possibile valorizzazione, *de iure condito*, dell'art. 68, secondo comma, c.p.c. in contesti differenti dal processo di espropriazione forzata

Chiudo con un interrogativo, volutamente un po' provocatorio.

Mi chiedo e vi chiedo se non possano sussistere significativi spazi per riempire di contenuto, già *de iure condito*, la previsione di carattere generale di cui all'art. 68, comma 2 c.p.c. in contesti differenti dal processo di espropriazione forzata analogamente a quanto già accaduto con riferimento a quest'ultimo prima della legge n. 302/98.

In fondo, a ben vedere:

1) abbiamo un fondamento normativo, seppur generico (quale quello di cui all'art. 68, comma 2);

2) non incontriamo limiti di costituzionalità se ci muoviamo nell'ambito dei confini in precedenza delineati.

Potrebbe, per intendersi, un giudice, già oggi, e dunque *de iure condito*, delegare legittimamente ad un notaio l'assunzione di una prova facendo leva sul disposto dell'art. 68, comma 2, c.p.c. così come fecero, a suo tempo, alcuni tribunali con la delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata?

28

Credo che la drammatica crisi in cui versa, ormai da decenni, il nostro processo civile imponga di interrogarsi seriamente sul punto e, in via più generale, sui possibili spazi operativi di un istituto poco esplorato come la delega di giurisdizione.

L'intervento del notaio nelle procedure concorsuali: tra vendita secondo il codice di rito, procedure competitive e altri atti dispositivi

di Guido Federico
Consigliere della Corte di Cassazione

Introduzione

La liquidazione dell'Attivo fallimentare, pur profondamente rivisitata dalla Riforma, ha mantenuto l'obiettivo di attuare la massima realizzazione dell'Attivo per consentire il miglior soddisfacimento dei creditori.

Sono assenti dal Fallimento, (e in certa misura anche dal Concordato preventivo e dalle altre procedure concorsuali) quegli elementi, più direttamente inerenti alla salvaguardia dei livelli occupazionali ed al c.d. *risanamento aziendale* che caratterizzano l'*Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*¹.

Accantonata l'abusata nozione di "Privatizzazione delle procedure concorsuali" che, come tutti gli slogan, non solo non rende la complessità dell'istituto, ma è anzi foriera di possibili equivoci e fraintendimenti, mi pare si possano individuare alcune linee guida, che caratterizzano la liquidazione dell'Attivo fallimentare, dopo la Riforma:

a) Il curatore ha la funzione di procedere in via diretta alla gestione ed alla liquidazione del patrimonio fallimentare, con assunzione diretta di responsabilità delle scelte strategiche e gestionali e degli esiti della liquidazione dell'Attivo.

Viene demandata al Comitato dei creditori, ottimisticamente qualificato come «espressione collettiva dell'interesse comune del ceto creditorio» (così la Relazione di accompagnamento), il compito di effettuare le valutazioni sulla convenienza economica delle operazioni liquidatorie.

29

Viene dunque attribuito al Comitato dei creditori :

- l'approvazione del programma di liquidazione (art. 104-ter comma 1);
- autorizzazione al curatore a riduzione di crediti, transazioni, rinuncia alle liti, ricognizione di crediti ed atti in genere di straordinaria amministrazione (art. 35 comma 1);
- autorizzazione a non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni (art. 104-ter comma 7);

b) La liquidazione dell'attivo diventa "liquidazione programmata":

A differenza della normativa antecedente, in cui non era prevista alcuna scansione temporale dell'attività di liquidazione ed il curatore era sostanzialmente libero di procedere alla liquidazione dei beni nei tempi ritenuti più opportuni, nel nuovo sistema è espressamente prevista all'art. 104-ter *L. fall.* la predisposizione da parte del curatore entro 60 gg. dall'inventario, di un programma di liquidazione che costituisce l'atto di pianificazione ed indirizzo di modalità e termini di realizzazione dell'attivo fallimentare².

È possibile derogare alle previsioni del piano e procedere alla liquidazione prima dell'approvazione dello stesso «solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori» (art. 104-ter comma 6).

Il Programma di liquidazione è dunque un atto di indirizzo generale, paradigma dell'attività liquidatoria che individua la strategia di approccio della crisi che il curatore intende perseguire, diretto ad ottimizzare tempi e risultati improntando la procedura a celerità ed efficienza gestionale.

¹ Così G. BOZZA, «Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero dei valori aziendali», in *Il fall.*, 2014, p. 849.

² F. FREZZA, *Il Programma di liquidazione*, in *Trattato diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore, A. Bassi, III, Padova,

Il Programma deve contenere precisi ed analitici impegni operativi ed è vincolante per il curatore, sì che il mancato rispetto senza giustificato motivo può essere fonte di responsabilità e causa di revoca dell'incarico.

Senza poter evidentemente approfondire l'argomento in questa sede, si può in sintesi affermare che il Programma dev'essere caratterizzato da analiticità e completezza, ma essere pure dotato di una certa flessibilità, come tutti gli atti che si proiettano in un certo lasso temporale³.

Con le Misure urgenti in materia fallimentare civile e processuale, di cui al D.l. 83/2015 conv. nella L. 132/2015, è stato inoltre introdotto l'obbligo per il curatore di indicare il termine entro il quale dovrà essere completata la liquidazione dell'attivo, termine che non potrà in ogni caso eccedere *i due anni*, salva la sussistenza di ragioni che, in relazione a determinati cespiti dell'attivo, non consentano il rispetto di tale termine e che devono essere specificamente indicate.

c) Assume una evidente *centralità*, in precedenza ignorata (quanto meno a livello legislativo, seppure non nelle "*best practices*" dei tribunali fallimentari⁴) *la res azienda*, tanto che si dà la prevalenza alla vendita unitaria del complesso aziendale o di suoi rami rispetto alla vendita atomistica dei singoli beni. Occorre al riguardo fare una precisazione, per eliminare ogni rischio di contraddizione con quanto indicato in premessa, sulle - immutate - finalità della procedura fallimentare.

La centralità della vendita unitaria dell'azienda non significa che il fallimento si ispiri ad una nuova prospettiva di recupero della capacità produttiva dell'azienda, o che in esso confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegino il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale.

La funzione del fallimento, preso atto delle nuove caratteristiche dell'azienda, il cui valore principale è sempre più frequentemente costituito da beni immateriali, va piuttosto considerata non più in termini liquidatori-sanzionatori, ma in modo da salvaguardare, ove possibile, l'unitarietà delle strutture aziendali.

30 E ciò in quanto la vendita unitaria, con una sorta di presunzione di miglior efficienza allocativa, appare normalmente idonea a massimizzare il valore dell'azienda e realizzare quindi il maggior soddisfacimento dei creditori.

La conservazione dei valori aziendali esprime dunque un concetto completamente diverso dal *risanamento* in quanto la conservazione attiene più specificamente al complesso aziendale mentre il risanamento concerne l'impresa⁵.

In particolare, il mantenimento del complesso aziendale è uno strumento conservativo che può essere finalizzato al risanamento ma anche ad altri scopi, tra cui quello liquidatorio, che è certamente privilegiato nel fallimento, mentre nel nuovo Concordato possono convivere entrambe le funzioni.

Ciò appare evidente nella recente novella legislativa D.l. 83/2012 (c.d. *Decreto Sviluppo*) conv. nella L. 134/2012, che ha introdotto il c.d. "Concordato con continuità", che si aggiunge alle precedenti forme di Concordato e si presta a svolgere una funzione di riorganizzazione dell'azienda, con possibilità di salvaguardia del valore di impresa, in via diretta da parte dello stesso imprenditore, o da altri.

Infine va senz'altro evidenziata una *deformalizzazione* e *flessibilità* della liquidazione, dettata dall'esigenza di adattare lo strumento (o meglio gli strumenti) liquidatori alle concrete esigenze della procedura e della realtà aziendale da allocare, sempre al fine della migliore e più celere realizzazione dell'attivo.

In questa prospettiva del tutto scontato appare il riferimento al notaio, quale figura istituzionale che, anche alla luce della peculiare esperienza che da oltre un ventennio è stata sperimentata nell'esecuzione

2011.

³ S. BONFATTI, *La liquidazione dell'attivo*, in S. BONFATTI - P.F. CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare*, in cui si evidenzia il carattere velleitario della pretesa di conseguire un programma analitico e dettagliato in soli 60 giorni.

⁴ Si rinvia *ex plurimis* a G.C. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973 e G. BOZZA, «La vendita dell'azienda nel Fallimento», in *Il fall.*, 1987, p. 283 e ss.

⁵ G. BOZZA, «Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero ...», *cit.*, p. 850.

individuale, può in concreto coniugare al meglio le esigenze di trasparenza che sono naturalmente connaturate alla procedura concorsuale, con altrettanto evidenti esigenze di efficienza e celerità⁶.

La nuova “vendita” fallimentare

La vendita competitiva

Norma di riferimento della nuova vendita fallimentare è l'art. 107 L.fall., sorta di “norma generale di chiusura”, che, con la nozione di Vendita competitiva, introduce la più evidente novità della nuova liquidazione fallimentare.

Com'è noto il D.lgs. 169/07 (c.d. *Correttivo*) ha previsto, con l'art. 107 comma 2, la possibilità per il curatore di prevedere nel programma di liquidazione che le vendite di beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate secondo le disposizioni del codice di rito *in quanto compatibili*, affiancando così tale modalità alla c.d. “Vendita competitiva”, che risulta il paradigma generale della vendita.

È peraltro sufficiente mettere a confronto il I e II comma della citata disposizione, per rilevare come il criterio ordinario, la regola della liquidazione venga individuato nel ricorso alle Procedure competitive. La “vendita competitiva” è inoltre espressamente richiamata dall'art. 105 L.fall. come ordinaria modalità per la vendita dell'azienda.

Anche dopo il Correttivo, dunque, la nozione di Procedure competitive mantiene carattere di centralità nella liquidazione fallimentare e costituisce l'elemento di maggiore difficoltà ricostruttiva, in quanto non si innesta su un paradigma già predisposto dal legislatore⁷.

A seguito delle già citate Misure urgenti ex D.l. 83/2015 conv. nella L. 132/2015, il modello competitivo diviene il paradigma liquidatorio anche del Concordato preventivo, prevalendo anche sul c.d. “concordato preconfezionato”, nel quale, cioè, il proponente abbia già individuato nella proposta un acquirente dell'azienda, di uno dei suoi rami ovvero di specifici beni.

L'apertura di un “procedimento competitivo” prevale, dunque, sulla proposta concordataria confermandosi in tal modo che la modalità competitiva della vendita e l'apertura al mercato costituisce un criterio inderogabile della liquidazione, che viene sottratto all'“area disponibile” dell'accordo concordatario e prevale sull'autonomia privata.

Le nuove disposizioni in materia di concordato preventivo, che introducono l'art. 163-*bis*, specificamente intitolato “*offerte concorrenti*”, e modificano l'art. 182, indicano chiaramente la prevalenza del modello competitivo sulle modalità liquidatorie individuate nella proposta concordataria.

Tali modalità assumono dunque valore meramente orientativo, vista l'introduzione di un procedimento competitivo, che, analogamente a quanto stabilito in materia fallimentare, individua quali requisiti essenziali della liquidazione dei beni (ma anche dell'affitto di azienda e degli atti di straordinaria amministrazione) la predisposizione di adeguate forme di pubblicità ex art. 490 c.p.c. e l'apertura al mercato con eventuale gara tra più offerenti⁸, quali pre-requisiti di legittimità di ogni vendita in ambito concordatario.

Sulla base di quanto desumibile dalle pur scarse disposizioni dell'art. 107 comma 2 può affermarsi

⁶ L. PANZANI - S. BONFATTI, *La Riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, p. 401 e ss.

⁷ P. LICCARDO - G. FEDERICO, *Commento all' art. 107*, in *Il Nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, Torino, 2007, p. 1781 e ss.

⁸ Nel caso del concordato preventivo il legislatore ha predisposto, rispetto alla disciplina fallimentare, un

più dettagliato “procedimento competitivo” secondo la formulazione dell'art. 163-*bis* L.fall.

Tale procedimento appare senz'altro riconducibile al modello della “vendita senza incanto”, che risulta, anche in conseguenza delle recenti modifiche in ambito di espropriazione individuale previste dal D.l. 162/14 convertito nella L. 132/2014 e con l'introduzione dell'art.

che il nuovo modello, che si impone, anche alla luce delle menzionate modifiche in materia di concordato preventivo, sempre di più come paradigma generale della liquidazione in ambito concorsuale, contraddice e supera l'equazione tra rigido formalismo e trasparenza, ed in questo senso appare diretta emanazione delle *best practices* delle esecuzioni individuali, che hanno dimostrato come efficienza e flessibilità possono ed anzi devono coesistere con la massima trasparenza. Viene così affermandosi un modello idoneo a relazionarsi adeguatamente al mercato, intercettandone le esigenze e recependone gli strumenti di maggiore efficacia, al fine della realizzazione del miglior prezzo di realizzo, sia in ambito fallimentare che di concordato preventivo, senza però alcun compromesso in termini di garanzie e trasparenza.

Ma il ricorso al nuovo modello appare altresì riconducibile e costituisce, a parere di chi scrive, la diretta conseguenza di due profonde innovazioni della nuova liquidazione dell'Attivo:

- Il ruolo propulsivo, di assoluto protagonista della fase liquidatoria, attribuito al curatore;
- L'assunzione della vendita dell'intero complesso aziendale, dei suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili "in blocco" quale prioritario parametro d'azione, assumendo la liquidazione parcellizzata dei singoli beni carattere del tutto residuale.

In tale prospettiva appare, evidentemente, del tutto anacronistica oltre che fonte di inutili complicazioni la rigida distinzione della struttura procedimentale della vendita sulla base alla differente natura dei beni, laddove il codice di rito non prevede (e non consente) invece la vendita del complesso aziendale. La nuova vendita competitiva risulta allora improntata ad un criterio di *semplificazione unitaria*, ma anche di flessibilità dei modelli di liquidazione al fine (come espressamente ribadito nella Relazione di accompagnamento) di intercettare il più efficiente modello relazionale con il mercato.

Il legislatore della Riforma non ha dunque delineato un determinato modello procedimentale, limitandosi a tracciare una sorta di cornice, volta ad individuare i tratti essenziali e le condizioni imprescindibili, più che una precisa struttura, della vendita, mantenendo quale principale criterio di riferimento quello di economicità e di realizzazione del maggior soddisfacimento dei creditori.

32

In via di prima approssimazione può dunque affermarsi che la nozione di procedure competitive implica l'assunzione di un modello decisionale di selezione dell'aggiudicatario che assume a suo connotato intrinseco *l'apertura alla competizione tra gli offerenti* quale essenziale strumento per coniugare la necessaria rapidità con la trasparenza e l'individuazione del miglior prezzo, che solo l'apertura al mercato e dunque il riscontro delle offerte concretamente prestate in relazione ad un determinato bene, può consentire⁹.

Questo mi pare il principale criterio ispiratore della Vendita fallimentare dopo la Riforma, criterio guida delle scelte gestionali degli organi della procedura.

Tale modello "aperto" risulta dunque caratterizzato da un nucleo essenziale di condizioni fondative ed imprescindibili:

- a) adeguatezza informativa: forme di pubblicità adeguate alla natura ed al valore dei beni;
- b) congruità dei valori di stima, garantita dalla nomina di operatori esperti;
- c) deformalizzazione del procedimento di vendita, per consentire la necessaria flessibilità, che sia però presidiato da regole certe e predeterminate;
- d) un sistema incrementale di offerte, quale strumento di selezione dell'aggiudicatario.

Nei limiti di tali condizioni, al curatore è attribuita un'ampia discrezionalità nel determinare il modello di vendita più adeguato, consentendo così di adattare la realizzazione delle attività della procedura alle esigenze del caso concreto.

163-bis L.fall., l'ordinario paradigma di vendita coattiva.

⁹ P. LICCARDO - G. FEDERICO, *op. cit.*, p. 1784.

Relazione tra gli organi della procedura

Prima di esaminare la natura dell'intervento del notaio nelle procedure concorsuali e segnatamente nell'attività liquidativa appare opportuno affrontare, su un piano generale, i rapporti tra gli organi della procedura nell'ambito alla liquidazione dell'attivo, anche alla luce delle modifiche apportate dal Correttivo.

La reiterata affermazione del curatore quale organo propulsivo della liquidazione fallimentare e l'attribuzione a tale organo della scelta in ordine alle modalità della vendita nonché la nuova disposizione dell'art. 104-ter L.fall., in forza della quale il G.D. non approva più il Programma di liquidazione (come nella normativa Ante Correttivo), limitandosi ad autorizzare gli atti ad esso conformi, impone un riesame delle Relazioni tra gli organi del fallimento nella liquidazione dell'Attivo.

Se la centralità del ruolo del curatore nella realizzazione del patrimonio fallimentare costituisce una precisa scelta legislativa ed un essenziale elemento di novità della Riforma, deve ritenersi che tale accresciuta autonomia non possa svolgersi senza un adeguato contrappeso sul piano del controllo giurisdizionale, onde l'interpretazione "riduttiva" che tende ad escludere ogni possibilità del G.D. di incidere sul Programma di liquidazione non appare condivisibile.

Seppure la lettera dell'art. 104-ter L.fall. sembra limitare alla sola conformità al programma l'ambito di controllo del G.D., tale norma non può che leggersi alla luce del generale potere di vigilanza che gli artt. 25, 31 e 36 L.fall. attribuiscono all'organo giurisdizionale, nonché alla luce dei principi della legge delega la quale, com'è noto, all'art. 1 comma 6 lett a, n. 10, prevede «la predisposizione da parte del curatore di una programma di liquidazione da sottoporre, previa approvazione del comitato dei creditori all'autorizzazione del G.D.».

Sul piano generale dell'equilibrio tra le funzioni dei diversi organi della procedura non può evidentemente immaginarsi l'attribuzione al G.D. di un mero compito di certificazione delle scelte effettuate dal curatore ed approvate dal comitato dei creditori.

Fermo dunque il generale potere del G.D. di vigilare e controllare la regolarità della procedura, l'autorizzazione ex art. 104-ter L.fall. introduce, o meglio esplicita uno specifico controllo sul momento attuativo, e tale controllo, sebbene successivo all'approvazione del programma, è "controllo pieno di legalità" ed ha ad oggetto sia la conformità dell'atto al programma, come specificamente previsto dall'art. 104-ter L.fall., che, in generale, la sua legittimità¹⁰.

Tale controllo costituisce dunque essenziale momento di completamento della generale approvazione del programma, spettante al comitato dei creditori.

Questa diversificazione appare funzionale al nuovo assetto degli organi della procedura.

Al Comitato dei creditori vengono riservate le scelte di merito sulle modalità gestionali, mentre all'organo giurisdizionale viene mantenuto l'essenziale controllo di legalità degli atti di gestione, che non può peraltro che essere analitico, ed avere ad oggetto i singoli atti di liquidazione.

A conferma di tale assunto devono evidenziarsi:

- a) la prassi adottata da moltissime sezioni fallimentari dei Tribunali di emanare indicazioni e disposizioni di carattere generale ai curatori sui criteri per la redazione del Programma di liquidazione e sulle diverse modalità di liquidazione dell'attivo.
- b) il mantenuto potere di revoca del curatore da parte del G.D.;
- c) il potere sostitutivo del G.D. al comitato dei creditori in caso di inerzia o impossibilità di funzionamento di tale organo ex art. 41 comma 4 L.fall.
- d) il potere generale di sospensione della vendita in capo al G.D. ex art. 108, comma 1, L.fall. «qualora ricorrano gravi e giustificati motivi».

¹⁰ Vedi al riguardo, F. FIMMANÒ, «La liquidazione dell'attivo fallimentare nel correttivo alla Riforma», in *Dic.*

fall., 2007, I, p. 851; D. FINARDI, «La nuova disciplina della liquidazione dell'attivo in particolare sulle novità del

In conclusione non mi pare che possa parlarsi di *degiurisdizionalizzazione* della liquidazione dell'attivo, ove con tale nozione si intenda una esclusiva attribuzione al curatore della responsabilità della realizzazione del patrimonio fallimentare.

Delega ai notai

Passando al ruolo dei soggetti esterni nella liquidazione si osserva che il presupposto normativo dell'intervento del notaio (come di altri professionisti) nelle procedure concorsuali viene comunemente individuato, a parte la previsione generale di cui all'art. 32 L.fall. - in forza della quale il curatore può delegare ad altri specifiche operazioni, previa autorizzazione del Comitato dei creditori - in due disposizioni della Liquidazione dell'attivo, gli artt. 104-*ter* comma 3 e l'art. 107 comma 1 L.fall., la prima inserita nella disciplina del Programma di liquidazione, l'altra in quella che regola la vendita fallimentare.

Le due disposizioni, a parte una certa imprecisione terminologica, sono - credo volutamente - caratterizzate da genericità ed indeterminatezza semantica sì da consentire, attribuendone la scelta agli organi della procedura, di modulare l'intervento del notaio (e degli altri professionisti) nella liquidazione dell'attivo con estrema varietà di modi e gradi di intensità.

La possibilità di esternalizzazione va dunque dal compimento di singoli atti, quali, tipicamente, la Relazione notarile ex art. 567 c.p.c., ovvero la stipula dell'atto di vendita all'esito di procedura competitiva gestita dal curatore, alla delega della stessa fase della vendita.

Alla vendita competitiva si affianca inoltre, come già rilevato, la vendita secondo il codice di rito di cui all'art. 107, comma 2, L.fall.

34 Considerata dunque l'ampiezza e eterogeneità delle forme che l'intervento del notaio può rivestire nella procedura fallimentare, non sembra possibile attribuire connotazione unitaria all'intervento suddetto.

L'ipotesi forse meno problematica è la vendita secondo il codice di rito ex art. 107, comma 2, L.fall.

In questo caso non mi pare sussistano dubbi circa la diretta applicabilità dell'art. 591-*bis* c.p.c. e devono quindi ritenersi del tutto valide le conclusioni della prevalente dottrina, che qualifica l'attività del notaio come "*sostitutiva*" di quella del giudice¹¹.

In questo caso, analogamente a quanto previsto nell'esecuzione individuale, il G.D. delegherà direttamente il notaio per l'espletamento della vendita e, non sussistendo, evidentemente, alcun problema di compatibilità dell'istituto della delega ex art. 591-*bis* c.p.c. con la sede concorsuale¹², l'intervento del notaio avrà la stessa natura e gli stessi caratteri che nell'esecuzione individuale: egli, dunque, redigerà l'avviso di vendita, curerà la pubblicità, fisserà le modalità della vendita e tutti gli altri adempimenti.

Diversa è invece la posizione del notaio in caso di "vendita competitiva".

Qui il criterio di riferimento non è più l'art. 591-*bis* c.p.c. e la disciplina del codice di rito (richiamata dall'art. 107 comma 2 L.fall.) e l'intervento del notaio trova il suo fondamento nella disciplina della legge fallimentare.

Anche in forza della legge fallimentare, come abbiamo visto, le attività di vendita possono essere

c.d. Correttivo 2007», in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 417.

¹¹ La proposta di delegare ai notai le vendite immobiliari venne avanzata, com'è noto, da A. PROTO PISANI nello studio «Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nell'esecuzione forzata immobiliare», in *Foro it.*, 1992, V, c. 444; Sulla funzione processuale del notaio, per tutti, cfr. E. FABIANI, «Funzione processuale del notaio ed

espropriazione forzata», in *Studi e materiali*, 2002, 2, p. 517 e ss.

¹² Per una lettura ante Riforma, ma con valutazioni di carattere generale tuttora attuali e rilevanti, cfr. E. FABIANI, «Delegabilità ai notai delle operazioni di vendita immobiliare con incanto in sede fallimentare», in *Studi e materiali*, 2004, 1, p. 230 e ss.

oggetto di delega, il cui contenuto e limiti non sono specificamente determinati.

Il notaio può essere delegato al compimento di singoli atti della vendita competitiva, come la redazione della relazione notarile o l'atto di vendita, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, vale a dire un negozio avente natura privatistica, all'esito di procedimento di selezione dell'acquirente mediante procedura competitiva.

In questo caso il ruolo del notaio è senz'altro riconducibile alla figura dell'ausiliario, ma, coerentemente con quanto già rilevato in ordine alle relazioni tra gli organi della procedura, non mi pare che la posizione di tale organo possa ricondursi a quella *dell'ausiliario del curatore* ex art. 32 L.fall., quanto piuttosto di *ausiliario del G.D.*, organo cui è, come abbiamo visto, demandato il controllo di legalità della liquidazione, che si estrinseca in forme specifiche, in relazione ai singoli atti, ed in forma generale, mediante le istruzioni, circolari etc. etc. emanate dalle Sezioni fallimentari dei diversi Tribunali, circa i criteri generali e le modalità della liquidazione.

Giova ribadire che esula dalla competenza del G.D. ogni valutazione sul "merito" e sulla "convenienza" delle scelte di liquidazione, ma spetta invece all'organo giurisdizionale un pieno controllo di legalità e quindi, in particolare, sull'osservanza, da parte del curatore, dei parametri di legittimità della vendita competitiva indicati nell'art. 107 comma 2 L.fall. come sopra evidenziato.

In ultima analisi, seppure in via immediata e diretta è il curatore ad esercitare l'attività gestionale e di liquidazione, deve ritenersi riconducibile al G.D., mediante l'attività di autorizzazione e controllo di legalità e di decisione dei reclami eventualmente proposti avverso gli atti posti in essere dal curatore, la riferibilità della liquidazione dell'attivo.

È dunque in via diretta all'autorità giurisdizionale che il notaio si rapporta.

Ciò premesso, deve rilevarsi che pure nell'ambito della vendita competitiva, può essere delegata al notaio l'intera fase della vendita.

Il che è certamente possibile, sulla base dell'ampia previsione dell'art. 104-ter L.fall. («il curatore può essere autorizzato dal G.D. ad affidare talune incombenze ...») e comunemente praticato, in alcuni Tribunali, soprattutto per la cessione di azienda e per la vendita di immobili. 35

Mi sembra interessante, in questa sede, richiamare la prassi del Tribunale di Bologna che prevede, valorizzando la previsione dell'art. 104-ter L.fall. che anticipa già alla fase della Programmazione il coinvolgimento del professionista, che la sezione del Programma che riguarda specificamente la vendita dei beni venga redatta, congiuntamente, da curatore e notaio, ottimizzando, già in questa fase, la specifica competenza del notaio al fine di effettuare un'programmazione precisa ed analitica su tempi e modalità della vendita, inserendo già nel Programma di liquidazione talune indicazioni sul contenuto dei successivi atti di vendita e clausole di particolare utilità per l'alienazione del bene.

Anche in questo caso il notaio svolge funzione di ausiliario del Giudice, esercitando, questa volta, un'attività che non è *integrativa* ma *sostitutiva* di quella del curatore fallimentare, che, secondo la previsione dell'art. 107 L.fall. è l'organo cui è demandato il compito di procedere alla gestione e liquidazione del patrimonio fallimentare.

Ulteriore spunto di riflessione è dato dalla prassi del Tribunale di Bologna che, anche nel caso di vendita competitiva, e quindi anche al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 107, comma 2 - vendita secondo il codice di rito - prevede che il trasferimento del bene sia attuato mediante un decreto di trasferimento, emesso dal G.D., per la cui redazione il G.D. delega un notaio.

Presupposto di tale prassi è la considerazione che la vendita competitiva non è un rigido schema procedimentale ma un "modello aperto", o, se si preferisce, una cornice, con l'unico limite del rispetto delle condizioni fondative di cui all'art. 107 L.fall.

Anche nell'ambito della c.d. vendita competitiva è dunque possibile, purchè ciò sia previsto nel Programma di liquidazione, l'applicazione della disciplina del codice di rito, con la possibilità, dunque, di utilizzare, quale atto di trasferimento del bene, un provvedimento del giudice anziché un atto negoziale.

Unico limite posto dall'art. 107 comma 2 L.fall. è quello della compatibilità, ferma, come sarà

infra meglio chiarito, l'identica natura di *vendita coattiva* della vendita in ambito fallimentare, indipendentemente dalle forme (anche di natura privatistica) utilizzate.

Non sussiste dunque una contrapposizione tra due distinti modelli: vendita secondo il codice di rito da un lato e vendita competitiva dall'altro, ma sono possibili, in sede fallimentare, forme di ibridazione, con il solo limite della condizioni (che attengono alle finalità e non alla struttura in senso stretto del procedimento di vendita) di cui all'art. 107 L.fall. ed il limite della compatibilità di cui all'art. 107 comma 2 L.fall.

La su menzionata opzione interpretativa risulta confermata dal D.l. 83/2015 conv. nella L. 132/2015 che ha ulteriormente avvicinato la c.d. vendita competitiva alla vendita secondo il codice di rito, prevedendo, da un lato, che le vendite e gli atti di liquidazione possono prevedere il versamento rateale del prezzo secondo le disposizioni degli artt. 569 comma 3, 574 e 587 c.p.c., e dall'altro l'applicabilità, in ogni caso, della pubblicità prevista dall'art 490 c.p.c.

Tale conclusione, inoltre, ben si coniuga con l'altro presupposto già evidenziato, secondo cui il G.D. esercita sempre un controllo di legalità ed è a lui riconducibile la liquidazione dell'attivo, e con la portata generale dell'art. 591-*bis* c.p.c., vero e proprio paradigma della c.d. vendita con delega, che caratterizza la vendita coattiva in generale e che ha certamente ispirato anche il legislatore fallimentare. Se si accetta questa impostazione si possono utilizzare nella vendita competitiva anche altre disposizioni processuali, le quali, seppure inserite nel codice di rito possono ritenersi proprie della vendita coattiva, come la decadenza dell'aggiudicatario e la perdita della cauzione ex art. 587 c.p.c., purché tali elementi siano dettagliatamente indicati nel Programma di liquidazione, principale criterio di riferimento dell'attività di liquidazione del curatore.

In particolare, la possibilità di disporre il trasferimento del bene mediante decreto emesso dal G.D. anche all'esito di "vendita competitiva", appare funzionale a quelle esigenze di efficienza e trasparenza che presidiano la liquidazione dell'attivo fallimentare.

- 36 Si evita infatti lo scollamento tra fase di trasferimento e fase di purgazione dei gravami e si concentra in un unico provvedimento, affidato ad un soggetto direttamente nominato dall'organo giurisdizionale e sotto il suo diretto controllo, e dotato di specifica competenza in materia, quale il notaio, il compito di redigere il decreto (che verrà poi emesso dal G.D.), applicando anche in campo concorsuale la c.d. "Delega frazionata" e realizzandosi così, anche in tale settore, la maggiore efficienza procedimentale.

Modelli della vendita competitiva

Sulla base delle pur scarse indicazioni legislative appare possibile tentare, alla luce delle considerazioni sopra effettuate, un'indicazione di massima dei modelli di liquidazione utilizzabili dalle procedure fallimentari, pur nella consapevolezza degli inevitabili rischi connessi alla schematizzazione¹³:

1. Vendita a procedure competitive rigide

La vendita senza incanto appare l'ordinario modello di relazione con il mercato, preferibile, in virtù del carattere già vincolante dell'offerta indipendentemente dalla (eventuale) gara, e che anche nelle esecuzioni individuali risulta, soprattutto dopo la recente riforma del D.l. 162/14 convertito nella L. 132/2014, senz'altro il principale sistema di vendita coattiva, apparendo residuale l'utilizzazione della vendita con incanto (esperibile, ex art. 572 comma 3 c.p.c., quando il giudice ritiene probabile che la

¹³ Al riguardo P. LICCARDO - G. FEDERICO, *op. cit.*, p. 1789 e ss.

vendita con il sistema dell'incanto possa aver luogo ad un prezzo superiore della metà rispetto al valore del bene determinato a norma dell'articolo 568).

Condizioni ordinarie di operatività di tale sistema di vendita, condivise da ogni modello di selezione caratterizzato da forte terzietà, saranno dunque:

- Adeguata pubblicità su quotidiani, siti istituzionali etc. etc.
- Divisione in lotti;
- Indicazione del prezzo base d'asta;
- Forma scritta per la formulazione dell'offerta;
- Asseverazione per il tramite di una caparra confirmatoria;
- Termine per il versamento del prezzo

2. Vendite a procedure competitive semplificate

In esse il modello di riferimento è senz'altro individuabile nella vendita mobiliare ad offerte private, prevista dalla vecchia legge fallimentare, in cui si riconosceva al G.D. un ampio margine di discrezionalità in ordine alla determinazione delle concrete modalità di espletamento della vendita.

In tale modello l'individuazione del contraente da parte del curatore dovrà dunque avvenire secondo il modello della gara tra offerenti (ossia della c.d. licitazione privata), individuati all'esito di una fase esplorativa caratterizzata da imprescindibili forme di pubblicità dei singoli beni.

In tali vendite, sebbene esigenze di snellezza giustifichino una procedura semplificata, sarà richiesta l'indicazione di elementi minimi quali:

- determinazione del prezzo base, modalità di corresponsione, aggiudicazione a mezzo gara con successione incrementale delle offerte, elementi questi implementabili in forza di ogni ulteriore condizione giustificata dalla proficua alienazione del bene quali l'asseverazione dell'offerta in forza di caparra confirmatoria.

37

3. Vendita a trattativa privata

La vendita a trattativa privata deve ritenersi tendenzialmente incompatibile con il sistema della vendita competitiva, (anche sul piano semantico il concetto di *competitivo* appare contrapposto a quello di *privato*) che pone quale elemento qualificante l'apertura al mercato e quindi (in via direttamente consequenziale) ex art. 107 L.fall. «... adeguate forme di pubblicità, massima informazione e partecipazione degli interessati».

L'assenza di trasparenza nel criterio di selezione del contraente, la mancanza di adeguate forme di pubblicità inducono pertanto ad escludere la vendita a trattativa privata dal perimetro delle c.d. *vendite competitive*.

Da ciò discende che il ricorso alla vendita a trattativa privata è del tutto residuale, dovrà essere specificamente giustificato da peculiari esigenze della procedura e dunque tendenzialmente ammesso nella sola ipotesi:

- di beni di scarso valore, in cui, in una valutazione benefici/costi appaiono prevalenti ragioni di economia e speditezza della procedura;
- in situazioni di eccezionale urgenza ex art. 104-ter L.fall. in cui l'esigenza di celerità possa giustificare la deroga all'ordinario sistema, quando cioè (ex art. 104-ter comma 7) dal ritardo possa derivare pregiudizio all'interesse dei creditori.

In ogni altra ipotesi, il chiaro disposto dell'art. 107 comma 1 L.fall. non sembra consentire deroghe, posto che i requisiti minimi ivi indicati non appaiono in alcun modo derogabili, e non è neppure

previsto, a differenza di quanto indicato al comma 2 alcun limite di compatibilità.

In termini Cass. n. 27667/2011 secondo cui l'art. 107 L.fall. pur attribuendo al curatore ampia discrezionalità circa le modalità di vendita dei beni nel fallimento, esige che la vendita avvenga previa adeguata pubblicità e tramite procedure competitive, sia che si tratti di vendita con incanto, ovvero per offerte private od in altre forme, ed esclude quindi che essa avvenga a trattativa privata diretta tra il curatore ed il terzo, senza che altri soggetti abbiano avuto la possibilità di partecipare con le proprie offerte.

Per ragioni analoghe, devono pure escludersi dal novero delle procedure competitive tutti quei sistemi che non contemplino una gara tra offerenti, quali le procedure ad offerte chiuse, in cui si procede alla scelta sulla base dell'offerta maggiore, senza ulteriore gara tra interessati, nonché tutte quelle procedure che prevedono la possibilità che all'inadempimento dell'aggiudicatario subentri automaticamente l'ultimo degli offerenti¹⁴.

Ulteriore conferma della esclusione della vendita a trattativa privata deriva dal già citato D.l. n. 83/2015 conv. nella L. 132/2015, che modificando l'art. 107 L.fall. ha ivi espressamente previsto l'obbligo per il curatore di effettuare "in ogni caso", al fine di garantire la massima informazione e partecipazione degli interessati, di effettuare la pubblicità di cui all'art. 490 c.p.c., almeno trenta giorni prima della procedura competitiva.

Natura giuridica della vendita fallimentare

Come si è detto, nella nuova vendita fallimentare la scelta del legislatore della Riforma è stata quella di stabilire talune esigenze indefettibili più che indicare un rigido schema procedimentale, lasciando alla discrezionalità degli organi della procedura la responsabilità di individuare le modalità in concreto più adatte in relazione alle particolari caratteristiche dei diversi procedimenti.

38

Ciò posto, la ricostruzione della natura giuridica e degli effetti sostanziali degli atti di liquidazione del novellato sistema deve prescindere dalla ampia varietà di forme che, come abbiamo visto, la vendita può rivestire, e non può che muovere dall'elemento di continuità con la disciplina progressa, connaturato alla stessa funzione esecutiva della liquidazione fallimentare.

Come evidenziato dalla migliore dottrina e dalla giurisprudenza formatasi già nella disciplina anteriore alla riforma, ogni vendita effettuata in sede concorsuale, indipendentemente dal dato formale che abbia struttura di provvedimento o di negozio è vendita giudiziaria, onde non si è mai dubitato della natura coattiva della vendita fallimentare, anche se effettuata a trattativa privata o nella c.d. vendita a offerte private.

Così, anche prima della Riforma, il consolidato orientamento giurisprudenziale affermava che la vendita fallimentare, ancorché utilizzi forme tipiche dell'autonomia privata, è pur sempre vendita giudiziale forzosa, che ha luogo *nell'ambito e per le finalità della procedura*, onde per gli aspetti connessi alla finalità della liquidazione concorsuale è soggetta alla disciplina della legge fallimentare¹⁵.

L'identità della funzione liquidatoria, il particolare regime di legittimazione dell'alienante, cioè la mancanza del consenso del fallito alla vendita, l'attuazione dell'interesse (di natura pubblicistica) di soddisfacimento dei creditori, il particolare regime di scelta e selezione dell'acquirente sono tutti elementi che inducono ricondurre anche la vendita competitiva ai trasferimenti coattivi.

¹⁴ In termini, P. LICCARDO - G. FEDERICO, *op. cit.*, p. 1790.

¹⁵ Cass., 17 aprile 2002, n. 13583, in *Il fall.*, 2003, p. 43 secondo cui il poter di revoca dell'autorizzazione a vendere al miglior offerente è applicabile anche alla procedure per

la vendita di beni mobili ad offerte private, poiché l'attività svolta dal G.D. corrisponde sostanzialmente a quella svolta dallo stesso G.D. o dal G.E., quando procede alla liquidazione delle attività con l'osservanza delle norme del codice di rito (Cass., 20 settembre 1993, n. 9624, in *Il fall.*,

Milita a favore di tale conclusione innanzitutto il mantenimento del potere autorizzatorio del giudice delegato, riflesso del controllo di legalità demandato a tale organo, che consente di qualificare tuttora la vendita fallimentare come emanazione di un potere di *iurisdictio* esecutiva, anche se la liquidazione sia attuata con libertà di forme.

In secondo luogo, il potere purgativo riconosciuto dall'art. 108 ult. comma al G.D. rende evidente che le forme negoziali della vendita non alterano il regime circolatorio realizzato dalle vendite coattive, di cui vengono riprodotti i profili autoritativi, ritenuti coesenziali alla garanzia di massima efficienza e trasparenza della liquidazione.

Non sembra dunque si possa dubitare della natura di trasferimenti coattivi delle vendite fallimentari, con conseguente tendenziale applicabilità degli artt. 2919 - 2924 e 2929 c.c., che della vendita forzata disciplinano gli effetti, pur se con qualche adattamento derivante dalla trasposizione in sede fallimentare alla luce del nuovo sistema di liquidazione dell'Attivo.

Occorre dunque distinguere tra elemento strutturale e funzionale dell'istituto:

- sotto il primo profilo la "vendita competitiva" è vendita negoziale, attuata in forme privatistiche;

- sotto il secondo - avuto riguardo agli effetti - va qualificata come vendita coattiva.

Dalla natura coattiva della vendita fallimentare discende anzitutto l'applicabilità dell'art. 2919 c.c.

L'acquisto del bene dal fallimento ha natura di acquisto a titolo derivativo e non originario, in quanto si traduce nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato o del fallito.

Si attua dunque una purificazione dell'acquirente/aggiudicatario al creditore pignorante nel senso dell'inopponibilità all'acquirente dei diritti acquistati dai terzi se non opponibili al pignorante (art. 2913 c.c.).

Altra norma rilevante è, com'è noto, l'art. 2922 c.c.

Nella vendita forzata non ha luogo la garanzia per vizi della cosa ed essa non può essere impugnata per causa di lesione, con la sola eccezione del c.d. *aliud pro alio*, configurabile sia quando la cosa appartenga ad un genere del tutto diverso da quello indicato nel Programma di liquidazione o manchi delle qualità necessarie per assolvere alla sua naturale funzione economico-sociale, sia quando risulti del tutto compromessa la destinazione della cosa all'uso che, avuto riguardo a quanto indicato nel Programma, abbia costituito elemento determinante per l'offerta di acquisto.

39

Sulla base di questo principio la S.C. ha affermato l'esistenza di *aliud pro alio* nel caso di un immobile qualificato come "terreno edificabile" mentre dopo la vendita era risultato che su di esso vi erano già due capannoni ed un alloggio ed il valore del bene era dunque notevolmente superiore al prezzo di aggiudicazione (Cass. 21249/10).

Tale errata descrizione dell'immobile nell'ordinanza di vendita, si è ritenuto integrare un vizio della vendita, qualificabile come *aliud pro alio*, in quanto incidente in modo decisivo sulla formazione del *consenso sull'oggetto della vendita* assimilabile ai vizi di cui agli artt. 1427 e 1429 c.c.

È stato pertanto ritenuta esperibile l'azione di annullamento ex art. 1441 c.c. dalla parte interessata (curatore fallimentare).

Secondo un diverso orientamento, recentemente affermato dal giudice di legittimità in materia di esecuzione individuale, per far valere il c.d. *aliud pro alio*, sarebbe invece esperibile, in via esclusiva, lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi¹⁶, che trova il suo equivalente in sede fallimentare nel reclamo ex art. 26 L.fall.

Vanno infine evidenziati i limiti di l'applicabilità dell'art. 2929 c.c. in ordine al rilievo giudiziale delle nullità.

1994, p. 269).

¹⁶ «Nella vendita forzata l'aggiudicatario del bene pignorato, in quanto parte del processo di esecuzione, ha l'onere di far valere l'ipotesi di "*aliud pro alio*" con il solo

rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, che va esperita - nel limite temporale massimo dell'esaurimento della fase satisfattiva dell'espropriazione, costituito dalla definitiva approvazione del progetto di distribuzione - comunque

In linea di principio la nullità dell'atto esecutivo non ha efficacia nei confronti dell'aggiudicatario, ai fini di garantire la stabilità dell'acquisto e rafforzare la tutela dell'aggiudicatario, salva l'ipotesi di collusione tra creditore procedente ed aggiudicatario.

È stato peraltro affermato che la fase della vendita prevede una serie di attività (pubblicità, pagamento del prezzo) la cui mancanza o irregolarità vizia lo stesso atto di trasferimento ed è opponibile all'aggiudicatario, con conseguente inapplicabilità della norma dell'art. 2929 c.c.¹⁷

Secondo il consolidato orientamento della S.C., infatti, nel processo d'espropriazione forzata (che s'articola in una pluralità di fasi, ciascuna delle quali si chiude con un atto esecutivo, rispetto al quale gli atti precedenti della medesima hanno funzione preparatoria), la fase della vendita (che inizia dopo l'ordinanza con cui si stabiliscono le modalità e la data della vendita forzata e si conclude con il provvedimento di trasferimento coattivo del bene che segue l'aggiudicazione) comprende atti preparatori oltre l'ordinanza stessa (quali le forme di pubblicità legale e quella aggiuntiva disposta dal giudice, l'assenso dei creditori ammessi al passivo con diritto di prelazione, le modalità previste dalla legge per il versamento del prezzo) la cui mancanza o irregolarità vizia di nullità lo stesso atto che si pretende di trasferimento, con conseguente inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 2929 c.c., secondo la quale la nullità degli atti esecutivi precedenti alla vendita non ha effetto riguardo all'aggiudicatario, salvo il caso di collusione con il creditore procedente, poiché, in tal caso, la nullità degli atti presupposti si riverbera sul preteso atto di trasferimento ed è opponibile all'aggiudicatario. Sicché, la preclusione nei confronti dell'aggiudicatario delle eccezioni di nullità del processo esecutivo opera solo quando la vendita, come atto finale del processo esecutivo, sussista e sia esente da vizi formali, sia che si tratti di vizi che la colpiscano direttamente, sia che si tratti di vizi che riguardino gli atti presupposti¹⁸.

In applicazione di detto consolidato orientamento deve ritenersi configurabile la nullità dell'aggiudicazione in ipotesi di:

- 40 - mancanza di gara, o gara effettuata a condizioni palesemente difformi rispetto a quelle indicate nel Programma di liquidazione;
- mancanza di pubblicità o sua effettuazione con modalità diverse da quelle previste nel programma di liquidazione;
- mancato deposito in cancelleria della documentazione relativa agli esiti delle procedure ex art. 107 comma 5 L.fall.

- atto di liquidazione effettuato senza autorizzazione del G.D. o con modalità difformi da quanto previsto nel Programma di liquidazione approvato (p.e. vendita effettuata a trattativa privata, a fronte di previsione di vendita competitiva, senza specifica autorizzazione degli organi della procedura).

Del resto, con riferimento a tali atti "preparatori" (pubblicità, gara, versamento del prezzo, autorizzazioni) non può ritenersi sussistente una effettiva estraneità dell'acquirente che giustifichi la piena tutela dell'acquisto da costui effettuato.

Ancora, deve ritenersi applicabile anche alle vendite coattive la disposizione dell'art. 46 D.P.R. 380/2001 (T.U. edilizia) che esclude la nullità per gli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali.

Gli artt. 173-bis e 173-quater disp. att. c.p.c., peraltro, impongono all'esperto di indicare nella relazione di stima ed al professionista delegato di riportare nell'avviso di vendita la regolarità edilizia ed urbanistica, nonché la dichiarazione di agibilità ed il certificato di destinazione urbanistica del bene.

A differenza di quanto avviene per le vendite di diritto privato, le irregolarità urbanistiche non

entro il termine perentorio di venti giorni dalla legale conoscenza dell'atto viziato, ovvero dal momento in cui la conoscenza del vizio si è conseguita o sarebbe stata conseguibile secondo una diligenza ordinaria», così Cass.,

sez. III, n. 7708 del 2 aprile 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, parte I, p. 873, con nota di F. Cossignani.

¹⁷ Cass. n. 9212 del 1 settembre 1999.

¹⁸ Cass. n. 13824 del 9 giugno 2010.

precludono dunque il trasferimento del bene all'esito delle vendite forzate, ma è essenziale, al fine di escludere l'eventuale azione di *aliud pro alio* da parte dell'aggiudicatario e comunque profili di responsabilità a carico degli organi della procedura, che tali caratteristiche siano indicate nell'ordinanza di vendita.

La sospensione della vendita

Il procedimento di liquidazione concorsuale risulta caratterizzato dalla previsione di un articolato sistema di sospensione delle operazioni di vendita esteso e non linearmente consequenziale¹⁹, declinato, come di seguito meglio evidenziato, in forme diverse, quale strumento, di carattere generale, diretto a garantire il coerente svolgimento della liquidazione dell'attivo.

Il nuovo art. 108 L.fall. prevede anzitutto un duplice potere di sospensione del giudice delegato:

- un potere di sospensione delle operazioni di vendita qualora ricorrano "gravi e giustificati motivi", su istanza del fallito, del comitato dei creditori, o di ogni altro interessato;
- un potere di arresto del perfezionamento delle operazioni di vendita su istanza presentata dagli stessi soggetti entro dieci giorni dal deposito della documentazione comprovante gli esiti delle procedure competitive, quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto tenuto conto delle condizioni di mercato.

Quanto alla prima figura di sospensione, si osserva come il legislatore abbia attribuito al G.D. un potere generale di sospensione, operando un richiamo ai tipici presupposti di interruzione della sequenza delle attività esecutive, subordinandolo alla ricorrenza di gravi e giustificati motivi.

Tale potere è attivabile su istanza di parte, con legittimazione attribuita al fallito, al comitato dei creditori, o ai terzi interessati (e dunque sia creditori ipotecari, pignorati, sequestranti, sia terzi interessati all'acquisto) e costituisce un potere discrezionale (preceduto dal parere del Comitato dei creditori) che, per la sua ampia formulazione, deve ritenersi applicabile a qualunque tipo di vendita ed anche alle vendite urgenti, e viene esercitato con decreto motivato, reclamabile ex art. 26 L.fall.

Il potere di sospensione del giudice delegato, esercitabile anche dopo il provvedimento di aggiudicazione ed il pagamento del prezzo, fino a quando non venga emesso il decreto di trasferimento, è dunque suscettibile di interpretazione estensiva, in quanto volto ad evitare che il trasferimento si perfezioni in capo all'aggiudicatario in presenza di situazioni che facciano ritenere il prezzo offerto inferiore a quello giusto, e consente pertanto anche la revoca della aggiudicazione, giustificandosi il sacrificio delle aspettative dell'aggiudicatario con la finalità pubblicistica sottesa all'art. 108 cit.

Il potere di sospensione costituisce dunque manifestazione del più ampio potere di vigilanza del G.D., diretto a salvaguardare la coerenza tra atto autorizzato ed operazioni di vendita del curatore e garantire, dunque, l'attuazione della razionalità progettuale del Programma di liquidazione ed evitare il perfezionamento di atti caratterizzati da irragionevolezza economica.

In assenza di rigidi presupposti, può essere fondato su ragioni di legittimità ma anche di merito, ivi comprese valutazioni di carattere strettamente economico su convenienza della vendita e non risulta necessariamente subordinato al verificarsi di nuove circostanze, dovendo dunque ritenersi che l'autorizzazione ex art. 104-ter L.fall. non abbia alcuna efficacia preclusiva.

I gravi motivi non sono tipizzati ed appaiono senz'altro ravvisabili, in via meramente esemplificativa, nell'esistenza di vizi di legittimità, nell'estraneità dell'atto al Programma di liquidazione o nell'adozione di modalità non competitive per la vendita e nel verificarsi di incidenti nella fase di

¹⁹ P. LICCARDO - G. FEDERICO, *Commento art. 108*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1797.

selezione dell'acquirente, quali l'esistenza di interferenze illegittime o l'esistenza di una proposta di concordato fallimentare ignorata dal curatore.

Accanto al generale potere di sospensione l'art. 108 prevede una più specifica ipotesi di interruzione del perfezionamento della vendita, «quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato».

L'ambito applicativo della disposizione presuppone dunque che la procedura di vendita si sia conclusa con l'individuazione del contraente e che il prezzo offerto risulti assai inferiore a quello realizzabile: esso si colloca dunque tra la fase dell'aggiudicazione e quella del decreto di trasferimento.

La richiesta di inibire il perfezionamento della vendita può essere proposta dal fallito, dal comitato dei creditori o da altri interessati nel termine, perentorio, di 10 giorni successivi al deposito della documentazione afferente agli esiti della procedura competitiva ex art. 105, comma 7, L.fall.

L'istanza postula che il ricorrente fornisca elementi della sproporzione che lamenta, quali stime e listini aventi ad oggetto beni del medesimo genere di quello aggiudicato o, soprattutto, che presenti una nuova offerta irrevocabile e cauzionata di importo superiore a quello realizzato all'esito della procedura di aggiudicazione.

L'art. 107 al comma 4 assegna al curatore analogo potere di sospensione laddove pervenga un'offerta migliorativa per un importo non inferiore al 10% del prezzo offerto, reclamabile ai sensi dell'art. 36 L.fall.

L'art. 107, comma 4 L.fall., nello stabilire che il curatore fallimentare «può» e non «deve» sospendere la vendita ove pervenga offerta irrevocabile d'acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto, gli attribuisce per ciò stesso un potere discrezionale con riguardo alla valutazione dell'effettiva convenienza della sospensione (e del conseguente, necessario, rinnovo della procedura adottata per la liquidazione dei beni), che non si basa su di un mero calcolo matematico, ma ben può sorreggersi sulla considerazione di elementi di natura non strettamente economica, quale, ad esempio, l'opportunità di procedere ad una rapida chiusura della procedura fallimentare, che, ove non appaia fondato su presupposti palesemente errati o su motivazioni manifestamente illogiche o arbitrarie, si sottrae al sindacato giurisdizionale. (Cass. 5203/14).

42

Cancellazione vincoli pregiudizievoli

Come si è già evidenziato, il mantenimento in capo al G.D. del potere di purgazione dai vincoli pregiudizievoli sui beni venduti in sede fallimentare conferma la natura di vendita coattiva della c.d. "vendita competitiva".

Ai sensi dell'art. 108 comma 2 il G.D., eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, è tenuto a procedere, con proprio decreto, alla cancellazione:

- delle iscrizioni relative a diritti di prelazione;
- trascrizioni dei pignoramenti, sequestri ed ogni altro vincolo su beni immobili e mobili registrati, iscritto o trascritto prima o dopo la sentenza di fallimento, che va anch'essa cancellata con il medesimo ordine.

Tale decreto costituisce un atto autonomo, successivo al perfezionamento della vendita ed alla riscossione dell'intero prezzo.

L'atto traslativo si perfeziona dunque con la presenza dei gravami esistenti e successivamente si dà luogo all'emissione di apposito decreto di cancellazione.

Adempimento del preliminare di vendita transazione

Nel caso in cui, nel fallimento del promittente alienante di un bene immobile, il curatore, invece che optare per lo scioglimento dal contratto preliminare stipulato dalle parti e trascritto ex art. 2645-*bis* c.c. anteriormente alla sentenza di fallimento, decida di subentrare nel contratto ai sensi dell'art. 72 L.fall., si pone il problema della possibilità di cancellare, all'esito del perfezionamento dell'atto di vendita, i vincoli pregiudizievoli iscritti o trascritti sul bene anteriormente alla sentenza di fallimento²⁰. In questo caso il trasferimento del bene, quale effetto della stipula del contratto definitivo in adempimento dell'obbligo contrattuale, si colloca fuori dal perimetro della liquidazione dell'attivo ed appare riconducibile alla disciplina dei rapporti giuridici pendenti.

È dunque esclusa la diretta applicazione dell'art. 108 L.fall.

Una volta, peraltro, che l'art. 108 comma 2 L.fall. ha disallineato il potere di cancellazione dei vincoli pregiudizievoli dal decreto di trasferimento, prevedendone l'emissione anche all'esito di un atto di trasferimento di natura privatistica, si pone la questione dell'applicabilità, in via analogica, dell'art. 108 ult. comma, L.fall. all'atto di vendita, o della transazione avente ad oggetto il trasferimento di beni immobili, stipulati dalla curatela, attesa la sostanziale identità del negozio stipulato all'esito di procedura competitiva di selezione dell'aggiudicatario con la vendita conclusa a titolo di adempimento contrattuale o nell'ambito di una transazione.

Ove sia ritenuta ammissibile l'estensione analogica della disposizione dell'art. 108 comma 2, deve in ogni caso ritenersi analogicamente estensibile a tale ipotesi, identica essendone la *ratio*, l'onere di comunicazione previsto dall'art. 107 comma 3 L.fall. onde il curatore dovrà dare notizia della vendita del bene, mediante notificazione, a ciascuno dei creditori ipotecari o muniti di privilegio sul bene medesimo. La possibilità di un uso generale del potere di purgazione, anche in sede di atto di vendita stipulato in adempimento del preliminare (o in sede transattiva), se da un lato appare del tutto coerente con la sostanziale assimilabilità dei negozi di vendita, trova però un ostacolo nell'esigenza di tutela del creditore ipotecario con garanzia iscritta anteriormente alla trascrizione del preliminare. Premesso, infatti, che ai sensi dell'art. 72 L.fall. in caso di subentro nel contratto il promissario acquirente sarà tenuto al pagamento alla curatela fallimentare della differenza tra il corrispettivo pattuito e gli acconti già corrisposti, il diritto di credito del creditore ipotecario, avente diritto di prelazione sul ricavato, potrebbe in concreto essere pregiudicato nel caso che il prezzo residuo sia inferiore all'ammontare del proprio credito.

In tal caso, la cancellazione del privilegio anteriormente iscritto, in difetto di prova che il creditore ipotecario non avrebbe potuto conseguire in sede esecutiva un risultato migliore, non appare ammissibile, in quanto non risulta giustificata dal carattere universale dell'esecuzione concorsuale.

In conclusione deve ritenersi che il decreto di cancellazione nel caso in esame, come in quello, ad esso assimilabile, di transazione regolarmente autorizzata ed avente ad oggetto il trasferimento di un bene immobile o mobile registrato²¹, sia ammissibile solo nel caso in cui non vi siano trascrizioni o iscrizioni anteriori alla sentenza di fallimento, o nel caso in cui l'atto di vendita non pregiudichi in concreto il diritto dei creditori privilegiati.

²⁰ Deve precisarsi che la disciplina dell'art. 72 e la relativa facoltà di subentro del curatore non si applica nel caso di preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo, destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, ovvero un immobile ad uso abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività dell'impresa acquirente, per il quale l'art. 72 comma 8 L.fall. prevede una disciplina particolare.

²¹ Secondo il consolidato orientamento della S.C., formatosi già sotto il vigore della disciplina anteriore

«in tema di liquidazione dell'attivo immobiliare nella procedura fallimentare, il divieto di vendere un bene immobile nelle forme della trattativa privata - desumibile dall'art. 108 L.fall. vigente "*ratione temporis*" - non trova applicazione se il trasferimento avvenga mediante una transazione autorizzata dal giudice delegato, in quanto il negozio transattivo ha un oggetto più ampio della vendita essendo destinato, attraverso reciproche concessioni, alla definizione di una oggettiva situazione di litigiosità tra le parti», Cass. n. 25136/2008.

Verifica dell'appartenenza dei beni nelle procedure esecutive. La provenienza successoria

di *Annalisa Lorenzetto Peserico*

Associato di diritto dell'esecuzione civile, Università di Padova
Notaio in Padova

Nell'affrontare il tema proposto, si può senz'altro partire dal caso che non presenta alcuna difficoltà. Il creditore pignora un bene immobile del suo debitore; e la trascrizione del pignoramento è preceduta dalla trascrizione del titolo d'acquisto *mortis causa* del bene pignorato a favore dell'esecutato e a carico del *de cuius* che ne era a sua volta titolare secondo le risultanze dei registri immobiliari. Al momento del (la trascrizione del) pignoramento è cioè già trascritta l'accettazione da parte dell'esecutato dell'eredità del *de cuius* suo dante causa, il quale risulta a sua volta titolare del bene in forza di un precedente acquisto regolarmente trascritto anteriormente al ventennio.

Qui il pignoramento andrà a colpire un bene dell'esecutato che è tale anche secondo le risultanze dei registri immobiliari.

I problemi nascono quando ci si discosta da questo schema ottimale. In particolare, ed è questo il problema che si intende affrontare, si tratta di verificare la sorte del processo esecutivo instaurato senza che risulti trascritto l'atto di acquisto a favore dell'esecutato. Problema reso attuale da una sentenza della Corte di Cassazione - la n. 11638 del 26 maggio 2014¹.

Vanno premesse due precisazioni che valgono a circoscrivere il campo dell'indagine.

44 Qui la morte di chi appare titolare del bene pignorato secondo le risultanze dei registri immobiliari è avvenuta prima dell'inizio del processo esecutivo.

Se invece il processo esecutivo fosse iniziato nei confronti di un soggetto, titolare a quel momento del bene pignorato anche secondo i registri immobiliari, e nel corso del processo questo esecutato fosse morto, l'espropriazione potrebbe e dovrebbe senz'altro continuare. La circostanza che il legislatore abbia collocato gli articoli 110 e 111 c.p.c. tra le disposizioni del libro I, riferito ad ogni tipo di processo, esprime infatti in maniera inequivocabile la volontà di evitare che i processi pendenti siano travolti in conseguenza della morte di una parte, in particolare di quella dell'esecutato².

Ma in un simile caso anche il decreto di trasferimento andrebbe pronunciato - e trascritto - "contro" di lui. Infatti se si interpreta l'art. 2913 c.c. (secondo cui - come regola generale - non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante ... gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento) nel senso di ritenere irrilevante ogni modifica nella titolarità del bene pignorato (e non solo quella riconducibile ad atti volontari di disposizione da parte dell'esecutato³), si deve senz'altro concludere che il decreto di trasferimento, come va pronunciato (e trascritto) contro l'esecutato che abbia alienato il bene pignorato, vada pure pronunciato (e trascritto) contro l'esecutato che sia morto in corso di processo⁴.

Sarebbe così pienamente rispettato il principio della continuità delle trascrizioni (non si porrebbe quindi alcun problema di "chiudere la catena delle trascrizioni"); e sarebbe del tutto irrilevante ciò che

¹ V. anche, nello stesso senso, Cass. 15 dicembre 2014/13 aprile 2015 n. 6833 che ne richiama «l'ampia ed esaustiva motivazione».

² E questo sia che si ritengano sia che non si ritengano applicabili gli artt. 110 e 111 c.p.c.: cfr. A. LORENZETTO PESERICO, «Successione durante il processo esecutivo e trascrizione del decreto di trasferimento», Studio n. 28-

2008/E, in *Studi e materiali*, 2008, p. 1689.

³ V. A. LORENZETTO PESERICO, *op. cit.*

⁴ *Contra* cfr. E. FABIANI, «Successione nel processo esecutivo e trascrizione del decreto di trasferimento», in *Studi e materiali*, 2005, 2, p. 394; G. PETRELLI, «Trascrizione degli acquisti *mortis causa* e espropriazione forzata immobiliare», in *Notariato*, 2003, p. 495.

nel frattempo abbia fatto il chiamato all'eredità.

Ed egualmente resta fuori dalla nostra considerazione l'ipotesi in cui il titolare del bene che si intende pignorare sia morto prima del pignoramento, ma nessun chiamato all'eredità abbia acquistato la qualità di erede. Qui il creditore che intendesse iniziare l'espropriazione immobiliare potrebbe utilizzare l'*actio interrogatoria* prevista dall'art. 481 c.c.; ed arrivare ad individuare l'erede di quel bene in base ad un titolo di acquisto *mortis causa* senz'altro trascrivibile.

Infatti questa disposizione prevede che chiunque vi abbia interesse chieda all'autorità giudiziaria di fissare un termine entro il quale il chiamato dichiari se accetta o rinuncia all'eredità.

Se il chiamato accetta, si trascriverà la relativa accettazione; se nel termine non c'è accettazione il primo chiamato perde il diritto di accettare e si passerà a ripetere la procedura col chiamato successivo. Prima o poi, in altri termini, il creditore si troverà a poter pignorare un bene a carico di un soggetto non solo titolare dello stesso in quanto erede di chi ne aveva in precedenza la titolarità, ma che pure risulta tale dai registri immobiliari stante l'avvenuta trascrizione del titolo di acquisto (l'accettazione così "provocata")⁵.

Escluse dalla nostra attenzione queste due situazioni, quello che ci si propone di chiarire è la rilevanza o meno sul processo esecutivo iniziato della mancanza della "previa" trascrizione del titolo d'acquisto *mortis causa* a favore del debitore esecutato. Ci si chiede cioè se, mancando a quel momento la trascrizione, il processo sia senz'altro condannato a non poter proseguire⁶.

Oppure se sia possibile ovviare a questa iniziale mancanza consentendo a chi vi abbia interesse - e nel nostro caso sarà evidentemente il creditore precedente - di chiedere lui la trascrizione: trascrivendo il titolo di acquisto a carico del *de cuius* e a favore dell'erede suo debitore assoggettato al pignoramento arriverà ad assicurare la continuità delle trascrizioni.

Sarebbe infatti certo comunque possibile per il creditore iniziare un nuovo processo una volta che risulti trascritto il titolo di acquisto *mortis causa*; ma la soluzione potrebbe non essere appagante perché, travolto il primo processo, gli atti di disposizione nel frattempo compiuti dal debitore sarebbero pienamente efficaci ed opponibili. In un tal caso il creditore potrebbe trovarsi a colpire col nuovo pignoramento quello stesso bene già pignorato ma che non è più del suo debitore, esponendosi ad una senz'altro vittoriosa opposizione ex art. 619 c.p.c.

La sentenza che è stata richiamata (Cass., 26 maggio 2014, n. 11638; ma anche - nello stesso senso v. Cass. n. 6833/2015), partendo dal presupposto che l'accettazione di eredità sia un atto di acquisto soggetto a trascrizione (ex art. 2648 c.c.)⁷ e che il primo comma dell'art. 2650 c.c. sia applicabile anche agli atti di acquisto *mortis causa*⁸, deduce che, se non risulta trascritto l'atto di acquisto *mortis causa*, le successive trascrizioni ed iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto. Dunque - nel nostro caso - non produrrebbe effetto la trascrizione del pignoramento quando non fosse preceduta dalla trascrizione dell'atto di acquisto *mortis causa* a favore dell'esecutato.

Limitarsi a ritenere applicabile il - solo - primo comma dell'art. 2650 significherebbe, evidentemente, condannare senz'altro il processo esecutivo così iniziato ad un esito infausto, a non poter cioè continuare per la realizzazione coattiva della pretesa del creditore.

Ad una diversa conclusione si potrebbe invece giungere se si ritenesse applicabile anche nel nostro caso il secondo comma dello stesso articolo, quello secondo cui «quando l'atto anteriore di acquisto è

⁵ Sull'inutilizzabilità dell'*actio interrogatoria* se c'è già stato un acquisto *mortis causa* v. M.R. CAMPANILE, «Rilevanza della trascrizione dell'accettazione dell'eredità nelle procedure di espropriazione forzata immobiliare e ruolo del giudice in caso di omissione», Studio n. 32-2007/E, in *Studi e materiali*, 2009, p. 1184.

⁶ Nel senso che la trascrizione del pignoramento, in

mancanza della trascrizione di un acquisto *mortis causa* nel ventennio precedente, non produce effetto cfr. G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 491.

⁷ Non solo in caso di accettazione espressa, ma anche in caso di accettazione tacita: v. sul punto M.R. CAMPANILE, *op. cit.*, p. 1178 e ss. (e i relativi richiami).

⁸ V. ancora M.R. CAMPANILE, *op. cit.*, p. 1180.

stato trascritto, le successive trascrizioni o iscrizioni producono effetto secondo il loro ordine rispettivo ...».

Infatti non ci si dovrebbe limitare a considerare unicamente il momento della trascrizione del pignoramento; ma si potrebbe dare rilevanza anche alla trascrizione di atti di acquisto *mortis causa* avvenuta in un momento successivo ed ammettere così che una trascrizione del titolo d'acquisto anche successiva valga a sanare la precedente mancanza.

Questa è la tesi accolta dalle sentenze richiamate (Cass., 26 maggio 2014, n. 11638 e Cass., 3 aprile 2015, n. 6833), più liberale rispetto alla soluzione prima prospettata, che condanna senz'altro alla conclusione il processo solo perché il pignoramento non è preceduto dalla trascrizione del titolo di acquisto a favore del debitore esecutato erede del *de cuius* titolare del bene secondo le risultanze dei registri immobiliari.

Ed è la tesi, a mio parere, sicuramente preferibile perché appare difficilmente sostenibile che il comma 2 dell'art. 2650 non debba trovare applicazione⁹.

Sarà allora il giudice dell'esecuzione, che ex art. 484 c.p.c. ha il potere di condurre nel migliore dei modi il processo a quella che è la realizzazione della tutela giurisdizionale in capo al creditore precedente¹⁰, a dare termine al creditore per ovviare alla discontinuità delle trascrizioni provvedendo lui a trascrivere il titolo d'acquisto *mortis causa* a favore dell'esecutato ed assicurando così quella continuità che mancava.

E il creditore potrà trascrivere l'accettazione in base alla dichiarazione del chiamato all'eredità contenuta in un atto pubblico o in una scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente (comma 2 dell'art. 2648 c.c.). Ma se il chiamato ha compiuto uno degli atti che importano accettazione tacita dell'eredità, potrà chiedere la trascrizione sulla base di quest'atto qualora esso risulti da sentenza, da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente (comma 3 dell'art. 2648 c.c.)¹¹.

46 In questo modo il processo esecutivo andrà avanti e consentirà al creditore la realizzazione della sua pretesa.

Il vero problema si pone quando l'esecutato sia erede del soggetto che risulta ancora titolare del bene pignorato dai registri immobiliari; ma non esista nessun atto trascrivibile come accettazione che il creditore possa utilizzare. Si pensi ai casi di cui all'art. 485 c.c.: il chiamato all'eredità nel possesso dei beni ereditari che non compie l'inventario nel termine indicato dalla legge o prorogato dal giudice è considerato erede puro e semplice; ed egualmente è considerato erede puro e semplice il chiamato che abbia compiuto l'inventario ma non abbia deliberato se accetta o rinuncia all'eredità nel termine di quaranta giorni dal compimento dell'inventario. Oppure al caso di cui all'art. 487 c.c.: anche il chiamato all'eredità che non è nel possesso dei beni ereditari che abbia fatto la dichiarazione di accettare con beneficio di inventario ma non compie l'inventario nel termine indicato dalla legge o prorogato dal giudice è considerato erede puro e semplice.

Ci si domanda allora se e come, in simili casi, si possa tutelare il creditore.

Queste sentenze - e spesso anche la dottrina - hanno ritenuto che, qualora il creditore precedente non abbia un titolo idoneo alla trascrizione da cui risulti che il suo debitore/esecutato rivesta la qualità di erede di chi appare dai registri immobiliari titolare del bene pignorato, anche se il suo debitore è senz'altro erede e quindi è senz'altro titolare del bene pignorato, il processo non può che avere un esito infausto. E l'esito infausto è ricostruito in questo modo: non come estinzione (perché le cause di estinzione sono considerate tassative) ma come improcedibilità.

Si apre così il problema di individuare quale trattamento riservare a questa categoria -

⁹ Cfr. M.R. CAMPANILE, *op. cit.*, p. 1199.

¹⁰ V. così M.R. CAMPANILE, *op. cit.*, p. 1200.

¹¹ Per l'inutilizzabilità come titolo per la trascrizione della

denuncia di successione v. da ultimo E. SACCHETTINI, in *Guida al dir.* "Il Sole 24 Ore" n. 22/23 maggio 2015, p. 50. Per l'inutilizzabilità della domanda di voltura della

dell'improcedibilità - non prevista dalla legge. Si ha infatti una specifica disciplina per quanto attiene l'estinzione: sia con riguardo al provvedimento che viene pronunciato (ordinanza) sia con riguardo alla doglianza ammessa avverso detto provvedimento (reclamo).

Mentre per l'improcedibilità tutta la disciplina è da costruire: e se non ci sono difficoltà nell'ammettere che il provvedimento debba rivestire la forma dell'ordinanza stante che questa è la forma "normale" dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione, resta aperto il problema se si possa utilizzare contro l'ordinanza di improcedibilità il rimedio del reclamo previsto per l'ordinanza di estinzione; oppure se si debba ricorrere al rimedio generale costituito dall'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. Ed è quest'ultima la soluzione ormai adottata dalla giurisprudenza¹².

Rimane da valutare quale tutela accordare a questo punto al creditore che si sia visto dichiarare improcedibile il processo da lui instaurato perché non ha potuto assicurare la continuità delle trascrizioni in mancanza di un titolo idoneo alla trascrizione da cui risulti che il suo debitore/esecutato riveste la qualità di erede di chi appare dai registri immobiliari titolare del bene pignorato.

Si dice (non tenendo conto del fattore tempo né della possibile malizia del suo debitore che nel frattempo potrebbe aver trasferito ad altri il bene): il creditore può instaurare un nuovo processo esecutivo su quello stesso bene una volta che si sia previamente procurato un titolo idoneo alla trascrizione, titolo da trascrivere contro il *de cuius* (titolare secondo le risultanze dei registri immobiliari) e a favore del di lui erede, suo debitore. Effettuata la trascrizione, il nuovo pignoramento colpirà finalmente un bene che risulterà dai registri immobiliari del debitore esecutato, erede del *de cuius*.

E si indica come titolo che il creditore dovrebbe procurarsi una sentenza che accerti la qualità di erede del suo debitore¹³.

Ora la sentenza è senz'altro titolo per la trascrizione ex art. 2657 c.c.; ed è anche vero che, secondo l'art. 2651, si devono trascrivere le sentenze da cui risulta acquistato per usucapione ovvero in altro modo non soggetto a trascrizione uno dei diritti indicati dai numeri 1, 2 e 4 dell'art. 2643 (in primo luogo il diritto di proprietà di beni immobili)¹⁴. E, coerentemente, il comma 1 dell'art. 2653, al n. 1, 47
menziona come soggette a trascrizione le domande dirette all'accertamento della proprietà e di altri diritti reali di godimento su beni immobili regolando gli effetti della sentenza di accoglimento.

Ciò che resta da verificare è se davvero nel nostro caso il creditore possa procurarsi una sentenza che accerti la qualità di erede del suo debitore, o - se si preferisce - il diritto in capo all'erede sul bene da pignorare, già del *de cuius*; sentenza che sia trascrivibile a carico del *de cuius* e a favore dell'erede. Solo così, infatti, sarà possibile assicurare la continuità delle trascrizioni.

Questa sentenza dovrà essere una sentenza di merito pronunciata in esito ad un ordinario processo di cognizione.

Ora, per entrare nel merito e procedere all'esame della fondatezza della domanda, il giudice deve valutare preliminarmente la sussistenza - fra l'altro - delle condizioni dell'azione: l'esistenza in capo all'attore dell'interesse ad agire e della legittimazione ad agire.

L'interesse ad agire da un punto di vista concreto il nostro creditore lo ha senz'altro perché ha bisogno di trascrivere quella sentenza per trascrivere fruttuosamente il nuovo pignoramento.

Se ci si attiene però ad una nozione di interesse ad agire in mero accertamento collegata alla necessità di eliminare l'incertezza riguardo al diritto fatto valere¹⁵, nel nostro caso potrebbe non esserci mai

stessa v. ancora una volta Cass. n. 11638/2014; M.R. CAMPANILE, *op. cit.*, p. 1190; in senso contrario, ma senza porsi il problema della mancanza di forma, Cass. 11 maggio 2009, n. 10796; Cass. 12 aprile 2002, n. 5226.

¹² Nel senso che avverso l'ordinanza di improcedibilità si proponga l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. (e non il reclamo di cui all'art.630) v. Cass., 12 febbraio 2008, n. 3276; ma anche Trib. Napoli, 28

novembre 2013, n. 13453/13.

¹³ V. così espressamente Cass. n.11638/2014 che parla di «sentenza che accerti l'acquisto della qualità di erede e di beni ereditari».

¹⁴ E qui saremo senz'altro in un caso in cui un diritto su un bene immobile si è acquistato senza un titolo trascrivibile.

¹⁵ V. A. ATTARDI, voce *Interesse ad agire*, in *Dig. disc. priv.*,

stata stata incertezza sul punto che l'esecutato fosse l'erede di chi appariva titolare del bene pignorato secondo le risultanze dei registri immobiliari. Quello che ha condannato all'improcedibilità il processo esecutivo non era una incertezza da eliminare ma la mancanza della continuità delle trascrizioni.

Solo ritenendo, come pure si è fatto, che ci sia interesse ad agire quando, per un soggetto, il ricorso all'organo giurisdizionale per la tutela dei propri diritti rappresenta l'estremo rimedio¹⁶, nel nostro caso si potrebbe riconoscere esistente, in capo al creditore, questo interesse ad agire.

Ma anche sotto il profilo della legittimazione ad agire non mancano i dubbi.

Se la sentenza cui si vuole arrivare è una sentenza trascrivibile a carico del *de cuius* e a favore dell'erede da cui risulti la qualità di erede (o la titolarità del bene già pignorato in capo all'erede e non più in capo al defunto), si può considerare legittimato ad agire il creditore? Instaurerà - sembra - il giudizio facendo valere secondo l'art. 2900 c.c. i diritti e le azioni del suo debitore: chiederà cioè lui, in luogo del suo debitore rimasto inerte, l'accertamento della qualità di erede o della titolarità del bene già pignorato.

Questo processo deve avere però un convenuto, e il convenuto non può che essere l'erede. Avremmo quindi il creditore che agisce in luogo del suo debitore nei confronti del medesimo suo debitore.

Si consideri o meno possibile per il creditore che si sia visto dichiarare improcedibile il primo processo per mancanza di continuità delle trascrizioni procurarsi una sentenza da trascrivere a carico del *de cuius*, già titolare del bene secondo le risultanze dei registri immobiliari, e a favore dell'erede suo debitore (ed iniziare, dopo averla trascritta, un nuovo processo esecutivo)¹⁷, ciò che resta da chiedersi è questo. Quale sia la ragione che ha portato a sostenere comunque la necessità che si chiuda la catena delle trascrizioni per poter far avanzare il processo esecutivo verso la sua naturale conclusione.

O - se si preferisce - perché si condanni il processo all'improcedibilità quando la trascrizione del pignoramento non è preceduta dalla trascrizione a favore dell'esecutato del suo acquisto a carico del *de cuius* che risulta titolare del bene pignorato, né si è potuto provvedere alla trascrizione nel termine

48 accordato dal giudice dell'esecuzione.

E la ragione - si trova ripetuto - consiste nella necessità di tutelare l'acquirente in vendita forzata. Si vuole con ciò evitare che questo potenziale acquirente risulti evitto¹⁸.

In altre parole non si va avanti col processo esecutivo a continuità delle trascrizioni non verificata perché, così facendo, si evita di arrivare alla vendita forzata e dunque a trovarsi dinnanzi ad un acquirente che potrebbe risultare evitto.

Una tale argomentazione varrebbe se fosse fondata la premessa che ne costituisce il presupposto: quando la continuità delle trascrizioni sussiste (nel nostro caso il pignoramento colpisce un bene che dalle risultanze dei registri immobiliari è già dell'esecutato perché la trascrizione del pignoramento è preceduta dalla trascrizione del titolo d'acquisto *mortis causa* a suo favore) l'acquirente in vendita forzata non può subire l'evizione.

Ma questo nel nostro ordinamento non è vero.

Per rendersene conto si può partire dalla prima disposizione dettata in tema di effetti sostanziali della vendita forzata. L'art. 2919 c.c. enuncia quella che è la regola generale applicabile sempre alle espropriazioni immobiliari: la vendita forzata trasferisce all'acquirente - solo - i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione.

Risulta chiaro che si tratta, quindi, di un acquisto a titolo derivativo.

sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 521 (ed ivi ampi richiami); ID., *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, p. 73 ss.

¹⁶ V. così A. ATTARDI, voce *Interesse ad agire, cit.*, p. 516-517; ID., *Diritto processuale civile, cit.*, I, p. 72.

¹⁷ Ma è evidente che, se si concludesse nel senso dell'impossibilità per il creditore di procurarsi una

sentenza trascrivibile, si potrebbe ipotizzare la violazione dell'art. 24 Cost. perché questo soggetto si troverebbe ad essere privo di tutela: non potrebbe realizzare in via coattiva la propria pretesa stante l'impossibilità di procurarsi un titolo trascrivibile.

¹⁸ V. così, ancora una volta, Cass. n. 11638/2014.

È pur vero che nell' "immaginario collettivo" chi acquista in vendita forzata appare un soggetto pienamente tutelato perché entra a contatto col processo ed acquista sotto l'egida dell'autorità giudiziaria, e dunque sembrerebbe protetto per definizione. In altre parole chi compra all'interno di un processo dovrebbe per definizione "comprare bene".

Ma la disciplina positiva è di segno opposto trattando questo acquisto - esattamente come quello che si fonda su un contratto di compravendita immobiliare - quale acquisto a titolo derivativo.

Ed infatti il codice, due articoli dopo, regola espressamente il caso dell'evizione, sul presupposto quindi che l'acquirente in vendita forzata possa subirla; e lo fa in maniera peggiorativa rispetto al caso di vendita volontaria. Il compratore evitto può sempre chiedere al suo venditore il risarcimento del danno (sempreché la garanzia per evizione non sia stata contrattualmente esclusa); mentre chi ha acquistato in vendita forzata non può così rivalersi nei confronti dell'esecutato perché l'uno - il venditore - ha "voluto" vendere, l'esecutato ha semplicemente subito l'esecuzione. E quindi non si può certo chiedere a lui il risarcimento del danno.

Nel nostro sistema, dunque, l'acquirente in vendita forzata di un bene immobile corre il rischio di rimanere evitto.

Ed allora - tornando al nostro tema - c'è da chiedersi se la continuità delle trascrizioni metta al riparo l'acquirente dal pericolo dell'evizione. Se si possa cioè affermare che se l'esecutato risulta titolare del bene pignorato in forza di una sequenza di atti di acquisto tutti regolarmente trascritti - per semplicità se è assicurata la continuità delle trascrizioni fino a lui - l'acquirente in vendita forzata sia preservato dal pericolo dell'evizione. In altre parole se l'acquirente possa subire l'evizione solo in caso di discontinuità; e solo in questo caso possa trovare applicazione la relativa disciplina.

Ancora una volta la risposta è negativa.

È un dato ormai certo che, per considerare acquistato un immobile da chi lo abbia usucapito, non è necessario ci sia un previo processo di accertamento della titolarità del diritto in capo a questo soggetto, né di conseguenza la trascrizione della relativa sentenza. Soggetto che ne potrà - anche in assenza - senz'altro liberamente disporre¹⁹. 49

Questa affermazione - di non richiedere il previo accertamento del diritto in capo all'acquirente per usucapione né la trascrizione della relativa sentenza - è stata giustificata dicendo che, altrimenti argomentando, si finirebbe per limitare le potenzialità dell'acquisto. Se si è divenuti a tutti gli effetti titolari del diritto (per usucapione) non ci sarebbe ragione per poi escludere che questa titolarità si espliciti anche col compimento di atti di disposizione senza che nient'altro vada richiesto²⁰.

La conclusione è senz'altro a favore di chi ha acquistato per usucapione. Ma la non necessità né del previo accertamento in capo all'acquirente del suo diritto né della trascrizione della relativa sentenza perché questo soggetto possa essere considerato titolare a tutti gli effetti implica una sicura conseguenza: si dovrà considerare senz'altro uscito un bene immobile dal patrimonio di un certo soggetto se un altro lo abbia usucapito; e questo anche se il primo continua ad apparirne titolare secondo il sistema pubblicitario.

Quando allora si trascrive l'atto di pignoramento a carico di un soggetto che risulta a tutti gli effetti titolare del bene pignorato secondo i registri immobiliari, non si ha comunque la certezza che l'esecutato in realtà a quel momento lo sia perché altri potrebbe aver usucapito il bene in suo danno. In questo caso la catena delle trascrizioni risulta chiusa; in mancanza di un'opposizione all'esecuzione da parte di chi ha usucapito il giudice dell'esecuzione andrà avanti col processo esecutivo; si arriverà ad individuare l'acquirente, al pagamento del prezzo, alla pronuncia del decreto di trasferimento e alla sua trascrizione.

¹⁹ V. Cass. 5 febbraio 2007, n. 2485, in *Notariato*, 2007, 6, p. 628, con nota di C. BOTTA, «Acquisto per usucapione e validità dell'atto di trasferimento dell'immobile» (ed *ivi*

altri richiami di dottrina e giurisprudenza).

²⁰ V. così - espressamente - sempre Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485.

Eppure, per il principio dell'art. 2913 c.c., l'acquirente potrà senz'altro subire l'evizione perché un altro soggetto - chi era l'effettivo titolare del diritto al momento della trascrizione del pignoramento - risulta l'effettivo titolare.

In conclusione: nemmeno la continuità delle trascrizioni vale a mettere al riparo l'acquirente in vendita forzata dal pericolo dell'evizione. Imporre quindi al creditore pignorante di assicurare la continuità delle trascrizioni, pena l'improcedibilità del processo esecutivo, non vale comunque a proteggere senz'altro l'acquirente.

Esiste allora nel nostro caso un mezzo per assicurare la tutela all'acquirente in vendita forzata?

Si è detto che chi abbia acquistato un immobile per usucapione può senz'altro porre in essere un atto di disposizione senza la necessità di farlo precedere dall'accertamento giudiziale dell'acquisto e dalla trascrizione della relativa sentenza. La tutela del compratore si fonderà sulla circostanza che nell'atto risultino ben evidenziati la mancanza della continuità delle trascrizioni e gli effetti di questa mancanza quali sanciti dal primo comma dell'art. 2650 c.c.

Quello che è rilevante, quindi, è che chi acquista sia messo in condizione di rendersi conto della criticità della situazione.

Torniamo allora al caso di pignoramento di un bene che risulta dai registri immobiliari non dell'esecutato, bensì del *de cuius*, quando non sia possibile procedere alla trascrizione di un atto di accettazione espressa o tacita nemmeno in un momento successivo perché un tale atto manca. Per tutelare l'acquirente, piuttosto che dichiarare l'improcedibilità del processo esecutivo, si potrebbe pensare di far ben constare la mancanza della continuità delle trascrizioni e le conseguenze che ne possono derivare nella relazione dell'esperto e nella pubblicità del provvedimento che dispone la vendita²¹.

Certo questa criticità inciderà sul prezzo perché chi acquista sta acquistando un oggetto per così dire rischioso. Già l'esperto nella sua valutazione indicherà un prezzo più basso, e il mercato farà la sua

50

parte nel far spuntare un prezzo più vile.

Se si pensa però che il ricavato è destinato al creditore procedente, per questo creditore sarà sempre meglio ottenere il ricavato anche se non vale ad estinguere per intero il suo credito piuttosto che vedersi chiudere il processo esecutivo con un'ordinanza di improcedibilità²².

Ma forse, seguendo questo stesso ragionamento, si può aggiungere un'ultima osservazione.

È stato detto che nella nostra ipotesi, in caso di mancanza di continuità delle trascrizioni e di un titolo che il creditore possa comunque lui utilizzare per ovviarvi, non si potrà certo pensare che sia il debitore esecutato a provvedere (accettando l'eredità e trascrivendo l'accettazione)²³.

Questo è vero se il processo è destinato all'improcedibilità.

Quando si ipotizzasse che, invece, il processo esecutivo può proseguire, si arriverebbe alla vendita forzata. E qui sì che l'esecutato, non penalizzato dalla discontinuità delle trascrizioni, avrebbe un vantaggio nel caso in cui si spunti un maggior prezzo. Questo sia che il prezzo vada per intero al creditore procedente in quanto il debito risulterà estinto in misura maggiore quanto maggiore sarà la somma ricevuta dal suo creditore; sia che a lui spetti il residuo. Si potrebbe allora pensare che anche questo soggetto - l'esecutato - se comunque il processo esecutivo proseguisse e non fosse dichiarato improcedibile, avrebbe tutto l'interesse ad eliminare la criticità che abbatte il prezzo.

E lo potrà senz'altro fare accettando l'eredità e trascrivendo il relativo atto; assicurando così la continuità delle trascrizioni.

Si finirebbe in tal modo per porre in essere una pressione sul debitore inducendolo a tenere un comportamento che in fondo giova a lui oltre che al creditore procedente. Situazione di pressione

²¹ V. così M.R. CAMPANILE, *op. cit.*, p. 1200.

²² Il creditore, naturalmente, potrà instaurare un nuovo processo esecutivo per ottenere la differenza, non conseguita

nel primo.

²³ Cfr. M.R. CAMPANILE, *op. cit.*, p. 1200, che parla di «presumibile difetto di collaborazione del debitore esecutato».

che, nelle finalità, finirebbe col non essere poi così lontana da quelle “misure di coercizione indiretta” introdotte dal legislatore dettando l’art. 614-*bis* c.p.c.²⁴

²⁴ Non potendo “costringere” l’esecutato ad un fare atto trascrivibile, lo si indurrebbe a farlo per evitare conseguenze a sé sfavorevoli.

Controlli sull'attività del delegato: tra poteri officiosi del giudice e mezzi di impugnazione. La stabilità dei risultati della vendita giudiziale

di Franco De Stefano
Consigliere della Corte di Cassazione

Relazione orale (Appunti)

Controlli sulle attività del delegato

Il principio generale è che le attività compiute dal delegato è come se fossero compiute dal cancelliere o dal giudice stesso. Ma, poiché rimane la prevalente natura di ausiliario del giudice, il codice prevede che gli atti del delegato vanno controllati dal giudice che lo ha delegato e che quindi prima di ogni altra cosa occorra rivolgersi a lui.

Ma, prima di tutto, poiché non tutto va sempre liscio, nel corso dell'espletamento delle operazioni delegate il professionista può sempre domandare al giudice delegante che siano impartite ulteriori istruzioni specificative dei compiti del delegato ovvero risolti problemi applicativi per difficoltà comunque insorte o sopravvenute. Analogo potere, pur nel silenzio della legge, va riconosciuto ai soggetti del processo, che possono sempre rivolgersi prima al delegato e poi, mediante ricorso, al giudice che ha pronunciato la delega.

52

È quindi una potestà immanente di controllo da parte del giudice dell'esecuzione sul professionista delegato: al quale, per il resto, è attribuito un potere di risolvere direttamente tutte le questioni, materiali ma pure giuridiche, che insorgano durante l'espletamento della delega.

Il giudice provvede con decreto e quindi senza necessità di sentire preventivamente gli interessati: avverso il quale è esperibile un reclamo con ricorso allo stesso g.e., cui segue un provvedimento finale con ordinanza (e quindi previa audizione degli interessati).

Sia il decreto che la successiva ordinanza non sono decisori, né, quindi, impugnabili direttamente per cassazione (Cass., n. 11036/09); ma per proporre reclamo si è ritenuto necessario seguire le forme del procedimento camerale, caratterizzato dalla facoltà, per il giudice, di sospendere le operazioni di vendita in presenza di gravi motivi (che, di regola, coinvolgono l'impossibilità - ad es. per il deperimento improvviso del bene, o per l'occupazione senza titolo gravemente incidente sul valore di mercato - o l'inopportunità - ad es. omissioni informative ai soggetti aventi diritto - evidenti di proseguire nelle operazioni liquidatorie in corso).

L'opposizione agli atti esecutivi, prima della *Riforma* del 2015, era ammessa solamente contro l'ordinanza che provvede sul reclamo e mai prima (Cass., ord. n. 1335/11; Cass., n. 19878/13); e le istruzioni date dal giudice al delegato potevano essere contestate soltanto prima di avere avuto materiale applicazione (Cass., n. 8864/11) ed anzi, se contenute nell'ordinanza di delega, impugnando tempestivamente quest'ultima (Cass., n. 22794/09).

Tuttavia, con la *Riforma* del 2015 e per di più in sede di conversione in legge del D.l. 83/15, il meccanismo di controllo è stato innovato: eliminato il riferimento all'ordinaria opponibilità ex art. 617 c.p.c. del provvedimento con cui il G.E. pronunciava sull'istanza del professionista delegato o sul reclamo degli interessati, si stabilisce ora, quale esclusiva forma di impugnazione di quel provvedimento, l'insolito strumento del reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c., cioè del reclamo regolato dal c.d. rito cautelare

unificato, da proporsi al collegio del tribunale, ma del quale non può far parte il giudice che ha reso il provvedimento stesso.

La disposizione è del tutto incongruente con l'istituto del reclamo, in genere correlato a provvedimenti connotati da un carattere cautelare (quali hanno le sospensioni ex art. 512 o 624 o 618 c.p.c., nei quali è infatti coerentemente ammesso), di cui è privo invece quello specifico provvedimento, meramente ordinatorio, con cui si risolvono le difficoltà insorte nell'espletamento della delega.

Questo, infatti, non ha natura diversa da quella dell'ordinanza che la delega conferisce o che modifica o perfino revoca la prima: sicché era logico immaginare che anche il successivo provvedimento fosse assoggettato allo stesso mezzo di impugnazione del primo, cioè, appunto, l'opposizione ex art. 617 c.p.c. La modifica potrà avere ripercussioni anche sul regime di stabilità dell'ordinanza che provvede sul reclamo ex art. 591-ter c.p.c., perché è sempre esclusa ogni impugnazione del provvedimento che decide sul reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c., la cui natura decisoria è costantemente esclusa dalla giurisprudenza di legittimità: mentre, con il regime previgente, sul provvedimento conclusivo del G.E. era sempre ammesso invece il controllo da parte di un giudice superiore e, poi, della stessa corte di legittimità.

Anzi, potrebbe ora essere necessario rimettere in discussione le conclusioni ordinariamente raggiunte sull'impugnabilità solo differita degli atti del delegato, visto che il mancato esperimento del reclamo, mezzo tipico e specifico, potrebbe comportare una sorta di definitivo consolidamento dell'efficacia del provvedimento impugnato. Insomma, un risultato un po' incauto e dalle conseguenze francamente incalcolabili.

Dell'operato del delegato - e dell'adeguata vigilanza sul medesimo (anche, ad esempio, sulla gestione delle somme ricavate dalle vendite) risponde disciplinarmente il delegante (Cass., S.U., nn. 18701/11 e 21378/11).

E lo Stato risponde dei ritardi - ai fini della c.d. legge Pinto (legge 24 marzo 2001, n. 89) - nella definizione della procedura anche quando delegata, a meno che nessun addebito possa farsi alla diligenza posta in essere dal professionista (Cass., n. 13921/14). 53

La stabilità della vendita forzata

Chi compra a seguito di una vendita forzata dovrebbe avere poco da temere per i vizi del procedimento: l'art. 2929 c.c. pone a suo favore una regola generale di insensibilità della vendita (od assegnazione) forzata alle nullità degli atti esecutivi che l'hanno preceduta; e prevede una sola eccezione a tale regola, per il caso di collusione con il creditore procedente, escludendo comunque da qualsiasi obbligo restitutorio gli altri creditori. Non si estende quindi, in danno dell'aggiudicatario, alcuna illegittimità del processo, benché sia una regola generale quella della trasmissione di questa ad ogni atto derivante o dipendente.

Anche questo è un tema assai dibattuto tra gli interpreti, per la grandissima rilevanza pratica delle conseguenze in tema di affidabilità degli estranei al processo - quali sono di norma gli aggiudicatari - sulla stabilità degli effetti dei loro sforzi, spesso anche importanti, per rendersi acquirenti in quella sede del bene offerto da un ufficio pubblico e, quindi, da un soggetto che dovrebbe offrire le massime garanzie di serietà nell'attività espletata e di bontà ed effettività dei risultati promessi. Se non si compra bene «in tribunale», dove si compra bene? Se non ci si fida «del tribunale», di chi ci si fiderebbe?

Una vendita forzata deve essere conveniente, altrimenti nessuno ci si impegnerebbe: e, per essere conveniente, non deve presentare profili di precarietà derivanti da vizi del procedimento che l'aggiudicatario non è stato in grado di conoscere e quindi di valutare nel momento in cui ha considerato la convenienza economica del suo investimento e della sua positiva risposta alla sollecitazione al pubblico operata dall'ufficio giudiziario con il bando di vendita.

La tutela dell'aggiudicatario comporta allora che, in via del tutto eccezionale e sempre che egli stesso non sia colluso o comunque consapevole del «retrosцена», non potranno essergli opposte le nullità del processo esecutivo, diverse da quelle immediatamente da lui percepibili perché relative allo stesso procedimento di vendita.

Non è questa la sede per approfondire il discorso. Basti però dire che l'impostazione è ormai recepita dalla Cassazione, che:

- tutela l'aggiudicatario anche nel caso in cui venga meno fin dall'origine («*ex tunc*») il titolo esecutivo posto a fondamento del processo (Cass., S.U., n. 21110/12);

- comunque, riconosce la tutela dell'aggiudicatario incolpevole quale uno degli attuali principi fondanti del processo esecutivo (Cass., n. 9255/15; Cass., n. 7708/14; Cass., S.U., n. 21110/12; Cass., n. 26202/11; Cass., n. 12960/11; Cass., S.U., n. 262/10).

La tutela si arresta, allo stato attuale della giurisprudenza, solo davanti alla radicale ingiustizia oggettiva dell'espropriazione, come nel caso di non appartenenza del bene al debitore esecutato, oppure di impignorabilità del bene.

È lo stesso codice ad escludere da tale tutela i casi dei vizi dello stesso subprocedimento di vendita, che sono allora ben percepibili (o, almeno, percepibili con l'ordinaria diligenza di chiunque si accinga ad un affare così importante come l'acquisto di un immobile) da chi vi partecipa: è il caso della violazione delle disposizioni della stessa ordinanza di vendita in punto di pubblicità (Cass., n. 9255/15).

Non hanno rilievo, invece (e quindi la vendita resta del tutto valida per l'aggiudicatario), tutte le nullità verificatesi prima della fase di vendita (Cass., n. 18312/14), come ad es. quelle relative al deposito di documenti (Cass., n. 26202/11) o al rispetto di altri oneri formali.

In ogni caso, i vizi stessi vanno fatti valere da chi ne ha interesse con il consueto rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi (tranne, forse, il caso della non appartenenza del bene al debitore, che può far valere però il vero proprietario e non certo il debitore esecutato, oppure quello dell'impignorabilità del bene, suscettibili entrambi di un'opposizione all'esecuzione, svincolata quindi dai termini di decadenza dell'art. 617 c.p.c.); decorso il termine per proporre la quale anche quelli restano irrilevanti.

54

Però, l'aggiudicazione - anche provvisoria - sopravvive anche all'estinzione od alla chiusura anticipata del processo esecutivo (art. 187-*bis* disp. att. c.p.c.): è quindi buona regola proporre opposizione e chiedere la sospensione prima che si faccia luogo all'aggiudicazione, altrimenti potrebbe essere troppo tardi per recuperare il bene che sia stato aggiudicato ad un terzo incolpevole ed allora il debitore potrebbe rifarsi soltanto sul ricavato (e cioè sul prezzo).

Infine, un cenno alle previsioni del codice civile.

Si tratta di una serie di norme sufficientemente organica: gli artt. 2919 e ss. c.c.; di essi qui può proporsi solamente un sommario prevalentemente assertivo.

La vendita forzata ha un effetto traslativo, di natura derivativa (ma anche in tal caso *sui generis*): è trasferito all'aggiudicatario del bene lo stesso diritto di cui era titolare il debitore, con la stessa ampiezza e le medesime limitazioni che sarebbero valse però non solo per lui, ma anche per i creditori. Quindi, tutto ciò che non era opponibile ai - cioè, che non poteva essere validamente fatto valere contro i - creditori, non sarà opponibile neppure all'aggiudicatario; ma, al tempo stesso, questi non potrà vantare sul bene acquistato un diritto di maggiore ampiezza rispetto a quella di cui era titolare il debitore. In particolare, tutto ciò che al bene accade dopo il pignoramento è come se non fosse mai venuto ad esistenza in danno dei creditori e, quindi, neppure in danno dell'aggiudicatario: il pignoramento cristallizza la situazione del bene pignorato ed è quella e solo quella (tranne poche eccezioni, come nel perimento anche incolpevole del bene, quale - dal punto di vista giuridico - si ha con l'espropriazione per pubblica utilità o la confisca penale o di prevenzione) ad essere trasferita all'aggiudicatario.

Sono esclusi dal trasferimento i pesi e i vincoli coinvolti necessariamente dal pignoramento, cioè, primi tra tutti, quelli derivanti da ipoteche anteriori, mentre ogni vincolo successivo al pignoramento è assolutamente irrilevante per creditori ed aggiudicatario.

La tutela dei veri proprietari o degli altri titolari di diritti sulla cosa varia a seconda che si tratta di beni mobili od immobili; e, poi, l'aggiudicatario è garantito in caso di evizione, cioè di perdita della cosa acquistata, che sia stata vittoriosamente rivendicata dal vero proprietario e quindi se essa solo apparentemente apparteneva al debitore e non poteva allora essere neppure messa in vendita; ma la tutela è ovviamente trasferita sul prezzo ricavato, se ancora disponibile, altrimenti essa sarà solo risarcitoria e cioè l'aggiudicatario si rivolgerà al precedente per ricevere il risarcimento del danno patito.

Non è invece estesa all'aggiudicatario la garanzia per i vizi della cosa venduta: ma, in compenso, essa è concessa in caso di *aliud pro alio*, cioè di vendita di una cosa con caratteristiche tali da farla considerare del tutto diversa da quella offerta in vendita; e, se il relativo concetto è interpretato in senso più generoso nei confronti dell'aggiudicatario per compensarlo in qualche modo della restrizione nella garanzia per i vizi, la Cassazione esige che, se la diversità è percepita dall'aggiudicatario finché dura il processo esecutivo, egli la faccia valere - altrimenti decadendo dalla relativa tutela - con l'opposizione ex art. 617 c.p.c. entro venti giorni dalla scoperta di quella (Cass., n. 7708/14).

Norme speciali regolano la locazione del bene aggiudicato risalente a prima del pignoramento: solo in caso di certezza sull'antiorità della locazione al pignoramento o sull'assenza di intenti fraudolenti (come per il caso di canone a prezzo vile) la locazione stessa può essere imposta anche all'aggiudicatario e comunque per un periodo non superiore a quello massimo previsto dalla legge in relazione alla tipologia di contratto. Inoltre, per gli immobili, è radicalmente inopponibile all'aggiudicatario (e quindi non può essere fatta valere contro di lui) la locazione stipulata dal debitore dopo il pignoramento senza l'autorizzazione del giudice (salvo quella derivante dalla prima rinnovazione c.d. semiautomatica delle locazioni abitative, ex art. 3 legge 431/98, o non abitative, ex art. 27 o 42 legge 392/78).

Diverso è il caso, che meriterebbe però ben altro spazio, della assegnazione della casa coniugale: la quale, di norma, può essere certamente fatta valere nei confronti dell'aggiudicatario se il relativo provvedimento è stato trascritto anteriormente al pignoramento, ma la giurisprudenza tende ad ammettere la sua opponibilità, a tutela delle esigenze della famiglia, anche ben al di là di questi limiti e quindi pure se disposta dopo il pignoramento e fino al raggiungimento della piena autosufficienza dei figli affidati in prevalenza al coniuge assegnatario della casa coniugale.

Analoghe norme di tutela sono dettate per le liberazioni o per le cessioni di pignoni o fitti, esigendosene la trascrizione, se eccedenti il triennio.

Qualche particolarità di tutela è prevista poi per l'assegnazione: in caso di beni mobili, l'assegnatario di buona fede (che è pur sempre uno dei creditori e che, cioè, ignorava l'esistenza, sul bene mobile, del diritto del terzo) può subire l'iniziativa del terzo che vantava diritti sul bene assegnato, ma col limite del valore del suo credito, mantenendo le sue ragioni verso il debitore. In tutti i casi, poi, di evizione (non importa se di mobili o di immobili), l'assegnatario può recuperare quanto ha pagato agli altri creditori, mantenendo le ragioni nei confronti del debitore. Ed infine, regola generale nell'assegnazione di crediti è che essa ha luogo sempre *pro solvendo*, sicché il diritto del creditore assegnatario non si estingue se non quando il debitore del debitore avrà in concreto pagato per intero il suo proprio debito.

Appendice di giurisprudenza di legittimità recente

Controlli sull'attività del delegato

Sez. 6-3, Sentenza n. 9255 del 07 maggio 2015
(non massimata)

Le condizioni del subprocedimento di vendita, come fissate dal giudice dell'esecuzione anche in relazione ad eventuali particolari modalità di pubblicità, pure ulteriori o diverse rispetto a quelle minime stabilite dall'art. 490 c.p.c., devono essere scrupolosamente rispettate, a garanzia del mantenimento - per tutto lo sviluppo della vendita forzata - dell'uguaglianza e della parità di condizioni iniziali tra tutti i potenziali partecipanti alla gara, nonché dell'affidamento di ognuno di loro sull'una e sull'altra e, di conseguenza, sulla trasparenza assicurata dalla coerenza ed immutabilità delle condizioni tutte e sulla complessiva legalità della procedura; pertanto, al loro rispetto hanno interesse tutti i soggetti del processo esecutivo, compreso il debitore; ed esse vanno applicate - a meno di revoca o modifica o di impugnazione fruttuosamente esperita prima dell'espletamento della vendita - rigorosamente, determinando una qualsiasi inottemperanza l'illegittimità dell'aggiudicazione che ugualmente ne segua, per vizi dello stesso subprocedimento di vendita.

Sez. 3, Sentenza n. 8864 del 18 aprile 2011
Presidente: Morelli MR. Rel./Est.: De Stefano F. - P.M. Destro C. (Conf.)
(Rigetta, Trib. Lucca, 26/10/2005)

56

In tema di procedura esecutiva immobiliare, è onere di qualunque interessato quello di proporre il reclamo previsto dall'art. 591-ter c.p.c. avverso il provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione impartisca istruzioni al professionista delegato prima che le istruzioni reputate erronee od inopportune siano eseguite. Ne consegue che, in mancanza, è inammissibile il reclamo stesso una volta che le istruzioni abbiano esaurito la loro funzione, restando, tuttavia, impregiudicata la facoltà di qualunque interessato di proporre, per l'eventuale illegittimità derivata, reclamo avverso gli atti successivi ovvero opposizione agli atti esecutivi avverso il primo atto del giudice dell'esecuzione conclusivo della relativa fase. (Nella specie, la S.C., confermando la sentenza di merito, della quale ha corretto la motivazione ex art. 384 c.p.c., ha ravvisato l'inammissibilità del reclamo proposto successivamente all'aggiudicazione del bene, in quanto con esso si intendeva far valere l'illegittimità delle istruzioni del giudice dell'esecuzione in ordine alla pubblicità dell'aumento di sesto).

Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 1335 del 20 gennaio 2011
Presidente: Finocchiaro M. Rel./Est.: Vivaldi R. - P.M. Ciccolo PPM. (Conf.)
(Cassa e decide nel merito, Trib. Arezzo, 16/12/2009)

In tema di esecuzione forzata, il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. è esperibile esclusivamente nei confronti di atti riferibili al giudice dell'esecuzione, il quale è l'unico titolare del potere di impulso e controllo del processo esecutivo; pertanto, ove tale giudice abbia delegato ad un notaio lo svolgimento delle operazioni, gli atti assunti dal professionista possono essere sottoposti al controllo del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 60 c.p.c. ovvero nelle forme desumibili dalla disciplina del procedimento esecutivo azionato ma non possono essere impugnati direttamente con l'opposizione agli atti esecutivi.

Sez. 3, Sentenza n. 18184 del 05 agosto 2010

Presidente: Di Nanni LF. Rel./Est.: Urban G. - P.M. Russo LA. (Diff.)

(Rigetta, Trib. Torino, 05/03/2005)

Nell'espropriazione immobiliare, quando le operazioni di incanto, delegate ad un notaio, debbano essere rinviate per mancanza di offerte, il notaio non è tenuto a dare avviso del rinvio al debitore esecutato, ove questi sia stato già ritualmente avvisato della data fissata per il primo incanto: e ciò in applicazione del generale principio di cui all'art. 176, comma secondo, c.p.c.

Sez. 3, Sentenza n. 711 del 19 gennaio 2010

Presidente: Varrone M. Rel./Est.: Vivaldi R. - P.M. Iannelli D. (Conf.)

(Cassa con rinvio, Trib. Brindisi, 29/04/2005)

In tema di oneri relativi all'aggiudicazione di bene immobile oggetto di procedura esecutiva, l'art. 179-*bis* disp. att. c.p.c. va interpretato, in forza del suo chiaro tenore letterale, nel senso di porre a carico dell'aggiudicatario anche il compenso per le operazioni successive all'incanto, tra le quali è da annoverare quella concernente la predisposizione del decreto di trasferimento del bene. Ne consegue che la funzione dell'art. 7 del D.m. 25 maggio 1999, n. 313 (recante il regolamento di attuazione della legge 3 agosto 1998, n. 302, il cui art. 7 ha introdotto il citato art. 179-*bis*), in ragione della sua natura di fonte secondaria, non può essere che quella di chiarire l'addebitabilità, in capo all'aggiudicatario, degli oneri relativi a tutte quelle ulteriori attività previste dall'art. 591-*bis*, secondo comma, n. 5, c.p.c., attinenti alla regolarizzazione formale, amministrativa e fiscale del decreto di trasferimento, senza per questo escludere che a carico dell'aggiudicatario medesimo debbano porsi i compensi relativi alla predisposizione di detto decreto.

Sez. 3, Sentenza n. 11036 del 13 maggio 2009

Presidente: Preden R. Rel./Est.: Lanzillo R. - P.M. Fucci C. (Conf.)

(Dichiara inammissibile, Trib. Venezia, 22/07/2004)

È inammissibile il ricorso straordinario per cassazione proposto, ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso l'ordinanza adottata in sede di reclamo dal collegio del tribunale e relativa ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione con il quale sia stata respinta l'istanza di revoca di un precedente provvedimento ordinatorio del procedimento esecutivo adottato dallo stesso giudice, trattandosi di provvedimento sprovvisto di carattere decisorio ed inidoneo ad incidere in via definitiva sulla posizione sostanziale della parte reclamante.

Sez. 1, Sentenza n. 10925 del 11 maggio 2007

Presidente: Adamo M. Rel./Est.: Cultrera MR. - P.M. Schiavon G. (Conf.)

(Rigetta, Trib. Ascoli Piceno, 29 Giugno 2004)

È inammissibile il reclamo ai sensi dell'art. 26 legge fall. proposto avverso atto del notaio delegato alla vendita di immobili, ai sensi dell'art. 591-*bis* c.p.c., dal giudice delegato al fallimento, atteso che il rimedio in questione è consentito esclusivamente avverso atti del predetto giudice, al quale, peraltro, l'interessato può rivolgere reclamo ai sensi dell'art. 591-*ter* c.p.c. avverso gli atti del notaio e, quindi, eventualmente reclamare, ai sensi dell'art. 26 cit., avverso il provvedimento in tale sede emesso dal giudice.

Sez. 3, Sentenza n. 1887 del 29 gennaio 2007

Presidente: Vittoria P. Rel./Est.: Vittoria P. - P.M. Maccarone V. (Conf.)

(Cassa con rinvio, Trib. L'Aquila, 10 Marzo 2005)

Avverso il provvedimento di liquidazione del compenso in favore del notaio al quale siano state delegate le operazioni di vendita nei processi di espropriazione forzata mobiliare e immobiliare, emesso in data successiva all'entrata in vigore del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia) - che, in forza del disposto dell'art. 3 concerne non solo gli ausiliari già indicati dall'abrogata legge n. 319 del 1980, ma anche qualunque altro soggetto competente in una determinata arte o professione che il magistrato o il funzionario addetto all'ufficio può nominare - non è ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., difettando il requisito della definitività del provvedimento, che può essere impugnato con l'opposizione prevista dall'art. 170 D.P.R. cit., decisa dal giudice monocratico del tribunale con ordinanza che è invece soggetta al ricorso straordinario per cassazione. Né rileva, al fine di ammettere il ricorso immediato per cassazione, che il processo esecutivo sia stato chiuso per rinuncia, non sussistendo alcuna analogia tra la questione della distribuzione dell'onere delle spese tra le parti in caso di estinzione del processo esecutivo, rispetto alla quale è ammesso il rimedio suddetto in forza dell'art. 310 c.p.c. richiamato dall'art. 632 dello stesso codice, e quella che riguarda il compenso spettante al notaio. Resta anche esclusa l'esperibilità dell'opposizione agli atti esecutivi, atteso che, pur provenendo la liquidazione del compenso dal giudice dell'esecuzione, sulla disciplina generale dei rimedi avverso gli atti esecutivi prevale, in ragione del carattere di specialità, quella speciale sui rimedi contro gli atti di liquidazione dei compensi agli ausiliari del magistrato.

Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 5903 del 2011 (non massimata) - Pres. Finocchiaro - Rel. Vivaldi

58

Premesso in fatto

È stata depositata in cancelleria la seguente relazione:

«1. - È chiesta la cassazione della sentenza emessa dal Tribunale di Genova del 30 settembre 2009 in materia di opposizione agli atti esecutivi. Al ricorso è applicabile la normativa di cui alla L. 18 giugno 2009, n. 69, per essere il provvedimento impugnato stato pubblicato dopo l'entrata in vigore della detta legge (4 luglio 2009). La sentenza di merito ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte di Legittimità e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa (art. 360-bis c.p.c., n. 1).

La manifesta infondatezza del ricorso esime - in base al principio della c.d. ragione più liquida, per il quale la domanda può essere decisa nel merito sulla base della soluzione di una questione assorbente senza che sia necessario esaminare previamente tutte le altre (v. anche Cass., ord. 25 gennaio 2010, n. 1283; Cass., 18 settembre 2008, n. 23856; Cass., 16 maggio 2006, n. 11356) - la Corte dall'esame dell'eccezione preliminare, sollevata dalla resistente e ricorrente incidentale, in ordine alle conseguenze della mancata indicazione in ricorso del codice fiscale dei difensori delle parti ricorrenti. In ordine al primo motivo, l'errata indicazione, nella pubblicità dell'avviso di vendita nel procedimento esecutivo immobiliare, del numero civico relativo all'immobile posto in vendita, non ha comportato alcuna nullità del procedimento o della vendita, posto che il giudice di merito ha correttamente motivato l'irrelevanza della erroneità dell'indicazione del civico nell'avviso di vendita (v. p. 6 della sentenza); e la sua valutazione non è censurabile in questa sede (Cass., 31 marzo 2006, n. 7610).

Peraltro, perché possa considerarsi osservato il precetto di cui all'art. 490 c.p.c., quanto al contenuto degli avvisi di vendita immobiliari, è sufficiente che questi contengano la corretta descrizione catastale dell'immobile ed il prezzo base fissato dal giudice dell'esecuzione; ciò che, nella specie, è avvenuto. Alcn fondamento, conseguentemente, riveste la denunciata violazione degli artt. 3 e 41 Cost..

Quanto al secondo motivo, di omessa pronuncia, da parte del giudice del merito, sul motivo di opposizione proposto in ordine all'asserita mancata comunicazione ai debitori - ex art. 572 c.p.c., comma 1 - dell'udienza relativa alla fase di deliberazione sulle offerte di acquisto dell'immobile pignorato, da parte del professionista delegato alla vendita, deve rilevarsi.

Il giudice del merito ha ritenuto il motivo assorbito dalla pronuncia resa in ordine agli altri motivi di opposizione agli atti esecutivi ritenuti infondati, dando altresì atto che in ogni caso al riguardo vi è stata una rinuncia degli opposenti all'eccezione relativa alla norma in esame (art. 572 c.p.c.).

Nessuna omessa pronuncia pertanto, è imputabile al giudice del merito.

Peraltro, se - come sembra emergere dagli atti difensivi - gli odierni ricorrenti avessero inteso censurare il fatto che il professionista delegato alla vendita non avesse consultato i debitori esecutati in merito all'offerta presentata dall'aggiudicatario - e quindi l'irregolarità delle operazioni di vendita - avrebbero dovuto fare reclamo al giudice dell'esecuzione, e solo avverso quest'ultimo provvedimento proporre opposizione agli atti esecutivi (Cass., 21 marzo 2008, n. 7674; v. anche Cass., 26 giugno 2006, n. 14707). Il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, di cui all'art. 617 c.p.c., è, infatti, esperibile soltanto contro atti riferibili al giudice dell'esecuzione, il quale è l'unico titolare del potere di impulso e controllo del processo esecutivo.

Quando, invece, l'atto (anche eventualmente omissivo) che si assume contrario a diritto sia riferibile non al giudice, ma ad un suo ausiliario, come il professionista delegato (Cass., 19 gennaio 2010, n. 711), è sottoponibile al controllo del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 60 c.p.c., o nelle forme desumibili dalla disciplina del procedimento esecutivo azionato, e solo dopo che il giudice stesso si sia pronunciato sull'istanza dell'interessato sarà possibile impugnare il suo provvedimento con le modalità di cui all'art. 617 c.p.c..

La norma dell'art. 591-ter c.p.c., in tema di operazioni di vendita nell'espropriazione di immobili delegate al notaio, infatti, quando, nel secondo comma, dispone che restano ferme le disposizioni di cui all'art. 617 c.p.c., deve essere interpretata nel senso che l'opposizione agli atti esecutivi è il mezzo esperibile contro le ordinanze del giudice dell'esecuzione pronunciate, sia a seguito del reclamo delle parti del processo esecutivo contro i decreti pronunciati dal giudice dell'esecuzione su sollecitazione del notaio delegato, in relazione a difficoltà insorte nelle operazioni di esecuzione, sia a seguito del reclamo delle parti avverso gli atti del notaio delegato, restando, pertanto, esclusa ogni possibilità di diretta impugnativa in sede giurisdizionale diversa dal reclamo tanto dei suddetti decreti quanto degli atti del notaio delegato (Cass., 26 giugno 2006, n. 14707).

Il ricorso incidentale condizionato resta assorbito dalle conclusioni raggiunte».

La relazione è stata comunicata al Pubblico Ministero e notificata ai difensori delle parti.

Non sono state presentate conclusioni scritte, né alcuna delle parti è stata ascoltata in Camera di consiglio.

La resistente e ricorrente incidentale condizionata ha presentato memoria.

Ritenuto in diritto

A seguito della discussione sul ricorso, tenuta nella Camera di consiglio, il Collegio - esaminati i rilievi contenuti nella memoria - ha condiviso i motivi in fatto ed in diritto esposti nella relazione.

Conclusivamente, il ricorso deve essere rigettato. Le spese seguono la soccombenza e, liquidate come in dispositivo in favore della resistente e ricorrente incidentale condizionata, vanno poste a carico solidale dei ricorrenti.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. ... *omissis* ...

Depositato in Cancelleria il 11 marzo 2011

La stabilità della vendita forzata

Sez. 3, Sentenza n. 6082 del 26 marzo 2015

Presidente: Salme' G. Rel./Est.: Barreca GL. - P.M. Russo RG. (Conf.)
(Rigetta, Trib. Bologna, 09/12/2011)

In tema di surrogazione nell'ipoteca, il creditore surrogante che spieghi intervento nel processo esecutivo dopo la vendita del bene e l'emissione del decreto di trasferimento, partecipa alla distribuzione della somma ricavata con la prelazione spettante all'originario creditore ipotecario, senza necessità di annotazione della vicenda traslativa ai sensi dell'art. 2843 c.c., atteso che, per effetto della vendita forzata, la garanzia reale si trasferisce sul prezzo e la surrogazione è, di per sé sola, sufficiente a trasferire il diritto di essere soddisfatto con preferenza su tale prezzo.

Sez. 3, Sentenza n. 6091 del 26 marzo 2015

Presidente: Salme' G. Rel./Est.: Rubino L. - P.M. Finocchi Ghersi R. (Conf.)
(Rigetta, Trib. Salerno, 09/09/2011)

In materia di esecuzione forzata, qualora uno dei coniugi in comunione legale abbia acquistato da solo un immobile, il coniuge rimasto estraneo all'aggiudicazione, sebbene litisconsorte necessario in tutte le controversie aventi ad oggetto diretto e immediato il diritto dominicale, non riveste tale qualità nell'opposizione agli atti esecutivi con cui si denuncia l'illegittimità del decreto di trasferimento, poiché l'acquisto della comproprietà del bene "*ope legis*" non attribuisce a tale soggetto la veste di parte del negozio acquisitivo.

60 Sez. 3, Sentenza n. 2750 del 12 febbraio 2015 (Rv. 634907)

Presidente: Salmè G. Rel./Est.: Barreca GL. - P.M. Finocchi Ghersi R. (Diff.)
(Cassa con rinvio, App. Milano, 28 marzo 2012)

In tema di vendita forzata, rientrano tra i danni risarcibili dal creditore procedente, in favore dell'acquirente della cosa espropriata che ne abbia subito l'evizione, i costi sopportati dall'aggiudicatario per procurarsi la liquidità necessaria all'acquisto mediante finanziamento bancario, nonché, se il bene sia stato a sua volta trasferito ad un terzo, le spese ed i pagamenti dovuti dall'aggiudicatario al terzo, poiché entrambi questi rimborsi concorrono, ai sensi dell'art. 2921, c.c., al ripristino della situazione patrimoniale dell'acquirente anteriore alla vendita, il cui effetto traslativo è venuto meno per evizione.

Sez. 3, Sentenza n. 27526 del 30 dicembre 2014 (Rv. 634263)

Presidente: Salmè G. Rel./Est.: Barreca GL. - P.M. Giacalone G. (Conf.)
(Rigetta, Trib. Velletri, 29 marzo 2010)

La regola contenuta nell'art. 2929 c.c., secondo cui la nullità degli atti esecutivi che hanno preceduto la vendita e l'assegnazione non ha effetto riguardo all'acquirente o all'assegnatario, non è applicabile alle nullità che riguardino proprio la vendita o l'assegnazione, cioè quando si tratti di vizi che direttamente le concernano ovvero ad esse obbligatoriamente prodromici. (In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha escluso l'applicazione dell'art. 2929 c.c. ad un provvedimento di assegnazione di bene mobile, dichiarato nullo per violazione dell'art. 529, secondo comma, c.p.c.).

Sez. 3, Sentenza n. 18312 del 27 agosto 2014

Presidente: Amatucci A. Rel./Est.: Rubino L. - P.M. Salvato L. (Conf.)

(Cassa con rinvio, App. Sassari, 18 dicembre 2007)

In materia di vendita forzata, l'acquisto compiuto dall'aggiudicatario rimane fermo anche in presenza di nullità del procedimento esecutivo precedenti la vendita, ma fatte valere successivamente dal debitore esecutato o dal terzo che assuma di essere stato pregiudicato dall'esecuzione, salvo il caso di collusione fra aggiudicatario e creditore, che presuppone non la semplice mancanza di diligenza dell'acquirente nell'eseguire i controlli precedenti l'acquisto ma la consapevolezza della nullità e l'esistenza di un accordo in danno all'esecutato intervenuto fra acquirente e creditore.

Sez. 3, Sentenza n. 18235 del 26 agosto 2014

Presidente: Salmè G. Rel./Est.: Ambrosio A. - P.M. Fresa M. (Conf.)

(Rigetta, App. Roma, 05/12/2007)

In tema di vendita forzata sono trasferiti all'aggiudicatario gli stessi diritti del debitore, nelle medesime condizioni di non opponibilità al creditore procedente degli atti di disposizione successivi al pignoramento o, se il credito azionato è assistito da diritto reale di garanzia, degli atti di disposizione successivi all'iscrizione di questo sul bene oggetto di espropriazione. Ne consegue che il creditore ipotecario, in tali casi, può sottoporre il bene ad esecuzione forzata anche in confronto del terzo, che ne sia reso acquirente, e soddisfarsi sulla somma conseguita dalla vendita, con preferenza sugli altri creditori.

Sez. 3, Sentenza n. 14765 del 30 giugno 2014

Presidente: Petti GB. Rel./Est.: Scarano LA. - P.M. Fresa M. (Conf.)

(Rigetta, App. Firenze, 20 ottobre 2009)

Nella vendita forzata, l'applicabilità delle norme del contratto di vendita, non incompatibili con la natura dell'espropriazione forzata, riguarda anche l'art. 1477 c.c., concernente l'obbligo di consegna della cosa da parte del venditore, ivi compresi gli accessori, le pertinenze ed i frutti dal giorno della vendita. Ne deriva che, in relazione allo "ius ad rem" (pur condizionato al versamento del prezzo), che l'aggiudicatario acquista all'esito dell'"iter" esecutivo, è configurabile un obbligo di diligenza e di buona fede a carico dei soggetti tenuti alla custodia e conservazione del bene aggiudicato, così da assicurare la corrispondenza tra quanto ha formato oggetto della volontà dell'aggiudicatario e quanto venduto, nonché un obbligo di correttezza (quale espressione di un principio di solidarietà sociale) anche dei terzi, i quali, allorché l'aggiudicatario lamenti la perdita o il danneggiamento dell'immobile aggiudicato prima del deposito del decreto di trasferimento, rispondono del relativo danno a norma dell'art. 2043 c.c. (In applicazione del principio esposto, la S.C. ha confermato la decisione con la quale il giudice di merito ha condannato al risarcimento dei danni un terzo che, d'accordo con i proprietari, aveva effettuato, dopo l'aggiudicazione di un fondo ma prima del decreto di trasferimento, il taglio di alberi da pioppo ivi insistenti).

Sez. 3, Sentenza n. 7708 del 02 aprile 2014

Presidente: Russo LA. Rel./Est.: De Stefano F. - P.M. Sgroi C. (Conf.)

(Rigetta, Trib. Milano, 27 luglio 2011)

Nella vendita forzata l'aggiudicatario del bene pignorato, in quanto parte del processo di esecuzione, ha l'onere di far valere l'ipotesi di "aliud pro alio" con il solo rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, che va esperita - nel limite temporale massimo dell'esaurimento della fase satisfattiva dell'espropriazione, costituito dalla definitiva approvazione del progetto di distribuzione - comunque entro il termine perentorio di venti giorni dalla legale conoscenza dell'atto viziato, ovvero dal momento in cui la conoscenza del vizio si è conseguita o sarebbe stata conseguibile secondo una diligenza ordinaria.

S.U., Sentenza n. 21110 del 28 novembre 2012

Presidente: Preden R. Rel./Est.: Rordorf R. - P.M. Ceniccola R. (Conf.)

(Dichiara inammissibile, Trib. Nola, 04 novembre 2008)

Il sopravvenuto accertamento dell'inesistenza di un titolo idoneo a giustificare l'esercizio dell'azione esecutiva non fa venir meno l'acquisto dell'immobile pignorato, che sia stato compiuto dal terzo nel corso della procedura espropriativa in conformità alle regole che disciplinano lo svolgimento di tale procedura, salvo che sia dimostrata la collusione del terzo col creditore procedente. In tal caso, tuttavia, resta salvo il diritto dell'esecutato di far proprio il ricavato della vendita e di agire per il risarcimento dell'eventuale danno nei confronti di chi, agendo senza la normale prudenza, abbia dato corso al procedimento esecutivo in difetto di un titolo idoneo.

Sez. U, Sentenza n. 61 del 07 gennaio 2014

62 Presidente: Rovelli LA. Rel./Est.: Spirito A. - P.M. Ciccolo PPM. (Diff.)

(Rigetta, Trib. Larino, 27 giugno 2006)

Nel processo di esecuzione, la regola secondo cui il titolo esecutivo deve esistere dall'inizio alla fine della procedura va intesa nel senso che essa presuppone non necessariamente la continuativa sopravvivenza del titolo del creditore procedente, bensì la costante presenza di almeno un valido titolo esecutivo (sia pure dell'interventore) che giustifichi la perdurante efficacia dell'originario pignoramento. Ne consegue che, qualora, dopo l'intervento di un creditore munito di titolo, sopravviene la caducazione del titolo esecutivo comportante l'illegittimità dell'azione esecutiva intrapresa dal creditore procedente, il pignoramento, se originariamente valido, non è caducato, bensì resta quale primo atto dell'iter espropriativo riferibile anche al creditore titolato intervenuto, che anteriormente ne era partecipe accanto al creditore pignorante.

Nel processo di esecuzione forzata, al quale partecipino più creditori concorrenti, le vicende relative al titolo esecutivo del creditore procedente (sospensione, sopravvenuta inefficacia, caducazione, estinzione) non possono ostacolare la prosecuzione dell'esecuzione sull'impulso del creditore intervenuto il cui titolo abbia conservato la sua forza esecutiva. Tuttavia, occorre distinguere: a) se l'azione esecutiva si sia arrestata prima o dopo l'intervento, poiché nel primo caso, non esistendo un valido pignoramento al quale gli interventi possano ricollegarsi, il processo esecutivo è improseguibile; b) se il difetto del titolo posto a fondamento dell'azione esecutiva del creditore procedente sia originario o sopravvenuto, posto che solo il primo impedisce che l'azione esecutiva prosegua anche da parte degli interventori titolati, mentre il secondo consente l'estensione in loro favore di tutti gli atti compiuti finché il titolo del creditore procedente ha conservato validità.

Appendice di spunti bibliografici

Controlli sull'attività del delegato

Tra gli altri:

- E. FABIANI, *La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, Padova, 2007, *passim*.
- M. ANGELONE, *Il sistema dei controlli sugli atti del professionista delegato alla vendita immobiliare dopo le riforme*, in AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, Vol. II, Napoli, 2010, p. 1269 e ss.
- A. DE DONATO, «La divisione a domanda congiunta», in *Riv. not.*, 2014, 5, p. 1074.
- F. LANDOLFI, *Il custode giudiziario ed il delegato alla vendita*, Rimini, 2012.
- F. DE STEFANO, *La delega delle operazioni di vendita*, in *Il nuovo processo di esecuzione*, a cura di R. Fontana e S. Romeo, Padova, 2015, p. 837 e ss.
- C. ASPRELLA, *Sub. Artt. 591-bis, -ter. c.p.c.*, in *Codice di procedura civile. Commento alle riforme del processo civile 2005 - 2006*, a cura di N. Picardi, Milano, 2006, III ed., 134 ss.
- E. ASTUNI, *La delega al professionista delle operazioni di vendita*, in AA.VV., *Il nuovo rito civile. III: Le esecuzioni civili*, a cura di P.G. Demarchi, Bologna, 2006, p. 485 e ss.
- E. ASTUNI, «Le nuove modifiche al processo esecutivo di cui alla L. n. 263 del 2005», in *Studi e materiali*, 2006, Suppl. al n. 1, p. 100 e ss.
- L. BIFFI, «Sui rimedi contro gli atti degli ausiliari del giudice», in *Giur. it.*, 2011, 10, p. 2111 e ss.
- E. FABIANI - Aggiornamento a voce *Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, IV, 2010, p. 456 e ss.
- A. GHEDINI, N. MAZZAGARDI - *Il custode e il delegato alla vendita nella nuova esecuzione immobiliare*, II ed., Padova, 2013.
- G. TRISORIO LIUZZI, «La responsabilità del professionista delegato alla vendita nell'espropriazione immobiliare», in *Riv. es. forz.*, 2010, 1-2, p. 1 e ss.

63

La stabilità della vendita forzata

Tra moltissimi, ove ulteriori richiami:

- A. BARLETTA, *La stabilità della vendita forzata*, Napoli, 2002.
- P. FARINA, *L'aggiudicazione nel sistema delle vendite forzate*, Napoli, 2012.
- F. CAMPI, «Difetto di azione esecutiva e stabilità della vendita forzata», *Giust. civ.*, 2013, 5-6, p. 1002.
- F. DE STEFANO - *Vendita ed assegnazione forzata nella disciplina dei codici*, Salerno, 2014, spec. sub art. 2929 c.c.
- E. ASTUNI - *Il trasferimento dell'immobile. Stabilità dell'aggiudicazione e della vendita*, in *Il nuovo processo di esecuzione*, a cura di R. Fontana e S. Romeo, Padova, 2015, p. 732 e ss.

Il processo di scioglimento della comunione affidato a notaio

di Alberto Cardino

Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione

Nell'ambito del giudizio di scioglimento della comunione di cui al titolo V del libro IV del codice di rito, il giudice istruttore può delegare ad un notaio le operazioni divisionali, come espressamente previsto dall'art. 786 c.p.c.

L'ipotesi non deve essere confusa con quella di cui all'art. 730 c.c., che prevede, all'interno dello scioglimento consensuale della comunione, la delega delle operazioni divisionali, con il consenso delle parti, ad un notaio. Notaio che, in caso di mancato accordo sul nominativo, viene designato dal giudice, all'uopo adito in un procedimento di volontaria giurisdizione. In tale ipotesi, pertanto, l'intervento del giudice è limitato solo alla individuazione del notaio - salvo che lo scioglimento della comunione non dia vita a contestazioni fra le parti - e non ci si trova di fronte ad una divisione di natura contenziosa.

Il notaio nominato nel giudizio divisionale rientra nel più ampio *genus* degli "altri ausiliari" del giudice, di cui all'art. 68, comma 2, c.p.c. ed è quindi destinatario di un preciso incarico giudiziario¹.

Dopo le modifiche introdotte dall'art. 2, comma 1, lett. t, e lett. u, L. 28 dicembre 2005, n. 263, agli artt. 787 e 788 c.p.c., la vendita di beni, mobili o immobili, facenti parte dell'asse dividendo, può essere delegata anche ad un professionista diverso dal notaio. Rimane, invece, riservata al notaio la delega del complesso delle operazioni divisionali di cui all'art. 786 c.p.c.².

A sua volta, il notaio può essere coadiuvato da un esperto nelle operazioni di formazione della massa da dividersi e delle quote (*rectius*: porzioni), come ricorda l'art. 194 disp. att. c.p.c. La nomina di tale esperto è però riservata al giudice istruttore, che ne riceve il giuramento, nelle forme previste dall'art. 193 disp. att. c.p.c. per il curatore dell'eredità giacente³. Un'eventuale nomina di un esperto direttamente da parte del notaio è affetta da nullità relativa e rimane, perciò, sanata se non dedotta nei termini di cui all'art. 157 comma 2 c.p.c.⁴. Tale potere di nomina, secondo un'opinione⁵, potrebbe però essere espressamente delegato dal giudice istruttore al notaio.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, il conferimento dell'incarico giudiziario non esclude, di per sé soltanto, la natura contenziosa dello scioglimento giudiziale della comunione⁶. Più controverse le opinioni della dottrina, oscillanti fra natura contrattuale⁷ e natura processuale⁸ della divisione delegata al notaio.

I sostenitori della natura contrattuale fanno leva, soprattutto, sulla necessità che i condividenti prendano parte alle operazioni divisionali e sulla natura privatistica dell'attività notarile. Corollario

64

¹ Sia consentito il rinvio a R. BELLÈ e A. CARDINO, *La custodia giudiziale*, Milano, 2014, p. 4-9.

² A. DE DONATO, «La divisione a domanda congiunta», in *Riv. not.*, 2014, 5, p. 1074. Vedi, sul punto, le osservazioni di R. LOMBARDI, *Scioglimento di comunioni: un nuovo modulo procedimentale*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di A. Didone, Milano, 2014, p. 1077, nota 7.

³ A.G. DIANA, *La proprietà immobiliare urbana*, VII, *Il procedimento divisorio*, II, Milano, 2007, p. 1161-1162.

⁴ Cass., 30 ottobre 1961, n. 2490.

⁵ R. GOVEANI, «L'intervento del notaio nella divisione giudiziale», in *Riv. not.*, 1988, VI, p. 1277.

⁶ Cass., 29 luglio 1966, n. 2117.

⁷ G. TOMEI, *Divisione giudiziale*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 9; F. CARNELUTTI, «Meditazione sul processo divisorio», in *Riv. dir. civ.*, 1946, II, p. 22.

⁸ R. LOMBARDI, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli, 2009, p. 339-342; M. CRISCUOLO, «Il giudizio di scioglimento delle comunioni ordinarie ed ereditarie», in <http://appinter.csm.it> p. 86-87; M.R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, 2^a ed., Torino, 1998, p. 307; A. PROTO PISANI, «Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nella espropriazione forzata immobiliare», in *Foro it.*, 1992, V, c. 446.

di tale impostazione è l'impugnativa degli atti divisionali nelle forme previste per i negozi giuridici. I sostenitori della natura processuale della divisione delegata al notaio, evidenziano, invece, la natura ausiliaria delle operazioni notarili, pur sempre riconducibili ad una delega di funzioni da parte del giudice. Non diversamente da quanto previsto, ad esempio, dagli artt. 534-bis e 591-bis c.p.c. per le vendite delegate nelle espropriazioni mobiliari e immobiliari. A ciò può aggiungersi che il giudice istruttore, nonostante la delega conferita, non perde alcun potere istruttorio o decisorio, in caso insorgano controversie fra le parti (art. 790, commi 3, 4 e 5, c.p.c.).

In ogni caso, nulla esclude una trasformazione della divisione, da giudiziale a consensuale⁹.

In particolare, è stato ritenuto che, nel caso in cui il notaio sia investito di tutte le operazioni divisionali, egli opera esattamente come opererebbe su base consensuale. Nel caso in cui la delega sia limitata ad alcune specifiche operazioni - la vendita dell'asse comune, l'estrazione a sorte¹⁰ - invece, egli altro non è che un sostituto del giudice istruttore¹¹.

Dalla natura non strettamente contenziosa, ma amministrativa, delle operazioni divisionali delegate, la giurisprudenza di legittimità ha fatto discendere la conseguenza che le comunicazioni del notaio alle parti avvengono con il meccanismo degli avvisi, non delle notificazioni o comunicazioni previste dal codice di rito¹².

Il termine di cinque giorni per l'avviso alle parti dell'inizio delle operazioni, di cui all'art. 790, comma 1, c.p.c., ha natura perentoria e la sua violazione comporta nullità degli atti conseguenti¹³, sanata dalla comparizione spontanea delle parti¹⁴. L'avviso deve essere dato con riferimento solo alla prima convocazione delle parti davanti al notaio; non anche per le successive convocazioni, qualora le operazioni divisionali dovessero protrarsi¹⁵.

L'incarico può essere affidato dal giudice al notaio, anche in assenza di specifica istanza o di accordo fra le parti¹⁶. La natura discrezionale della delega esclude un preciso obbligo motivazionale¹⁷.

La delega non ha, ovviamente, carattere decisorio; il che ne esclude la ricorribilità per cassazione, ex art. 111 Cost.¹⁸. È stata altresì esclusa l'impugnazione con regolamento di competenza¹⁹.

La delega delle operazioni divisionali può sempre essere revocata da parte del giudice istruttore²⁰. Sia nel senso della avocazione a sé delle operazioni in precedenza delegate; sia nel senso della sostituzione del notaio delegato con altro notaio. Si ritiene rinunziabile la delega da parte del notaio²¹.

Non è necessaria assistenza difensiva, nel corso delle operazioni divisionali davanti al notaio, come si evince dal tenore dell'art. 790, comma 2, c.p.c.²²

Come già detto, l'incarico non deve necessariamente concernere la totalità delle operazioni divisionali. È stata ritenuta valida la delega delle sole operazioni di estrazione a sorte. Delega che potrebbe anche essere conferita in sede decisionale, con sentenza non definitiva²³. Nella prassi è comune la delega delle sole operazioni di vendita dei beni comuni, ex artt. 787 e 788 c.p.c.

La necessità di vendita dei beni comuni, peraltro, non può formare oggetto di una decisione del notaio, nel caso in cui sussista fra le parti controversia su tale punto. Controversia che va decisa con

⁹ M. CANNIZZO, *Le successioni. IV. Divisione*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 1999, p. 105.

¹⁰ Cass., 7 ottobre 1967, n. 2313.

¹¹ G. DI IOIA, *Commento agli artt. 784-791 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Vol. VII, Tomo III, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, Torino, 2014, p. 757.

¹² Cass., 26 gennaio 2000, n. 869.

¹³ Cass., 22 ottobre 2009, n. 22390; App. Palermo, 22 maggio 1957, in Banca dati Utet giuridica, 2007.

¹⁴ E. FAVARA, «Il notaio quale ausiliario del giudice nelle

operazioni divisorie», in *Vita not.*, 1960, p. 371.

¹⁵ App. Genova, 6 febbraio 1953, citata in A.G. DIANA, *op. cit.*, p. 1167.

¹⁶ Cass., 13 gennaio 1983, n. 254; Cass., 10 giugno 1958, n. 1910.

¹⁷ Cass., 13 gennaio 1983, n. 254.

¹⁸ Cass., 19 novembre 2008, n. 27523.

¹⁹ Cass., 9 aprile 2013, n. 8660.

²⁰ A.G. DIANA, *op. cit.*, p. 1159.

²¹ G. DI IOIA, *op. cit.*, p. 758.

²² G. DI IOIA, *op. cit.*, p. 790.

²³ Cass., 7 ottobre 1967, n. 2313.

sentenza non definitiva, ex artt. 787, u.c., e 788 comma 2 c.p.c. Lo stesso è a dirsi per controversie che potessero sorgere fra le parti circa le modalità di vendita dei beni comuni²⁴.

A tale proposito, occorre ricordare che le vendite di cui agli artt. 787 e 788 c.p.c. avvengono secondo le forme della vendita forzata²⁵. La purgazione di eventuali ipoteche e pignoramenti può avvenire solo con il decreto di trasferimento, riservato al giudice istruttore²⁶. L'orientamento di legittimità²⁷ - recentemente affermatosi -, che prevede l'opposizione agli atti esecutivi, come rimedio esperibile contro gli atti della vendita divisionale, concerne anche gli atti del notaio delegato.

Sostanzialmente, il notaio non viene investito di alcun potere decisorio, in caso di conflitti fra le parti, essendo tale potere riservato al giudice istruttore dall'art. 790, comma 3, c.p.c.²⁸

Parimenti, il notaio non dispone di poteri istruttori, riservati all'autorità giudiziaria che procede²⁹. Ciò può desumersi, *a contrariis*, dalla stessa previsione di cui all'art. 194 disp. att. c.p.c.

Le controversie fra le parti concernenti le operazioni divisionali delegate vengono risolte dal giudice istruttore con ordinanza, assunta nel contraddittorio fra le parti, a seguito della trasmissione di apposito processo verbale da parte del notaio (art. 790, commi 3, 4 e 5 c.p.c.).

A tale proposito, va osservato che ciò non può comportare perdita di garanzie per le parti, rispetto all'ordinario procedimento divisionale, nel quale, in genere, le contestazioni delle parti vengono risolte con sentenza non definitiva.

Si ritiene, pertanto, che le contestazioni risolubili con semplice ordinanza del giudice istruttore siano soltanto quelle di ordine formale sulle operazioni divisionali, sul *quomodo dividendum*; diverse da quelle di merito³⁰, sulla formazione della massa, sui debiti, sulla resa dei conti etc. (la contestazione sull'*an dividendum sit*, di cui all'art. 785 c.p.c., si intende già risolta prima delle delega delle operazioni divisionali). Inoltre, l'ordinanza del giudice istruttore, secondo i principi generali, non potrebbe mai pregiudicare la decisione finale sulla contestazione, qualora questa rimanesse in vita; decisione rimessa alla sentenza (ovvero, qualora la contestazione concernesse le operazioni di vendita, all'opposizione

66 agli atti esecutivi³¹).

La contestazione principale, non risolubile con ordinanza del giudice istruttore, naturalmente, è, solitamente, quella sul progetto divisionale stesso, redatto dal notaio delegato. In tal caso, l'art. 791, commi 2 e 3, c.p.c. prevede l'instaurazione di un contraddittorio davanti al giudice istruttore, il quale procederà ex art. 187 c.p.c. La contestazione andrà, pertanto, risolta con sentenza (salvo, ovviamente, eventuale accordo fra le parti, che il legislatore cerca in ogni modo di agevolare). Come vedremo, l'accordo delle parti sul progetto divisionale, davanti al notaio, deve essere esplicito e non ricavarsi dall'assenza di contestazioni o dalla mancata comparizione.

Non ogni questione insorta nel corso delle operazioni di divisione costituisce causa idonea di sospensione ex art. 790 comma 3 c.p.c., richiedendosi, a tal fine, una contestazione concreta ed effettiva sul *modus* ed i criteri delle operazioni, che non siano stati già determinati dal giudice³².

Le questioni sulla divisione già risolte da parte del giudice istruttore non possono essere nuovamente

²⁴ R. GOVEANI, *op. cit.*, p. 1271; G. PAVANINI, *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir.*, Vol. XIII, Milano, 1964, p. 439.

²⁵ Cass., 8 giugno 2001, n. 7785.

²⁶ G. DI IOIA, *op. cit.*, p. 767.

²⁷ Cass., S.U., 29 luglio 2013, n. 18185. In precedenza, difformemente si era espressa Cass., 22 gennaio 2010, n. 1199, che aveva ricondotto gli atti di vendita divisionale del notaio delegato ad una mera funzione attuativa dello scioglimento della comunione. Il che escludeva il ricorso all'art. 617 c.p.c. e imponeva, piuttosto, un'autonoma azione di nullità.

²⁸ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, *Dei procedimenti speciali*, III, Napoli, 1964, p. 617; G. PAVANINI, *op. cit.*, p. 478. *Contra*: C. VOGINO, «La funzione processuale del notaio», in *Riv. not.*, 1956, 16.

²⁹ Cass., 30 ottobre 1961, n. 2490.

³⁰ E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, *Procedimenti speciali di cognizione e cautelari. Procedimenti di esecuzione. Giurisdizione volontaria. Delibazione. Arbitrati*, Milano, 1957, p. 420.

³¹ Vedi *supra*, nota 27.

³² Cass., 20 dicembre 1969, n. 4012; Cass., 10 giugno 1958, n. 1910.

sollevate davanti al notaio delegato, il quale ha l'obbligo di conformarsi alle istruzioni ricevute³³.

L'estrazione a sorte delle porzioni corrispondenti a quote eguali deve sempre essere disposta dal giudice³⁴, come ricorda l'art. 791, u.c., c.p.c. Il notaio delegato provvederà, poi, all'esecuzione materiale dell'operazione di estrazione a sorte.

Le operazioni divisionali vengono descritte in un unico processo verbale, quand'anche frazionate in diversi momenti³⁵, come dispone l'art. 791, comma 1, c.p.c.

Il verbale di estrazione a sorte è, però, distinto dal verbale complessivo delle operazioni divisionali. Parimenti, va redatto apposito verbale per dare atto delle contestazioni alle operazioni divisionali, ex art. 790 comma 3 c.p.c.³⁶

Il verbale, contenente l'accordo delle parti sul progetto divisionale, è soggetto agli artt. 1 comma 2 n. 4, lett. c, 47 e 51 L. 16 febbraio 1913, n. 89. Non è prevista la presenza dei testimoni³⁷.

L'accordo delle parti sul progetto predisposto dal notaio preclude successive contestazioni dello stesso, anche concernenti l'esclusione di beni, davanti al giudice istruttore³⁸.

Pertanto, dopo l'accordo delle parti sul progetto divisionale predisposto dal notaio, non può essere chiesta l'esclusione dalla divisione di uno dei beni inclusi nel progetto³⁹.

Il progetto divisionale predisposto dal notaio, per essere approvato, esige l'accordo espresso di tutti i dividendi e di tutti i creditori intervenuti, come previsto dall'art. 791 comma 2 c.p.c. Tale norma fa riferimento, genericamente, alle parti. Il concetto di parte nella divisione giudiziale notarile va ricavato dall'art. 790, comma 1, c.p.c., che menziona espressamente i dividendi e i creditori intervenuti (non anche i creditori e gli altri soggetti chiamati a partecipare, ex art. 1113, comma 3, c.c., ma, di fatto non intervenuti nel giudizio). Ne consegue che la contumacia di taluno di costoro impedisce l'approvazione del progetto, come pure la mancata comparizione di taluno nel giorno fissato per l'approvazione del progetto da parte del notaio⁴⁰. Evidente la diversità della disciplina rispetto al caso di approvazione del progetto davanti al giudice istruttore, nel quale la giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente ritiene sufficiente il mancato dissenso di taluno dei dividendi per la formazione dell'accordo divisionale. L'idoneità del consenso tacito della parte non dissenziente alla formazione dell'accordo sul progetto divisionale, pertanto, non può operare al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 789, comma 3, c.c.⁴¹

67

Nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo esplicito sulla divisione, il notaio rimette il verbale, ex art. 791, comma 2, c.p.c., al giudice istruttore, il quale deciderà ex art. 789, u.c., c.p.c.; ovvero, perdurando le contestazioni, ex art. 187 c.p.c., avviando la causa verso la sentenza. Il giudice istruttore, a differenza del notaio, potrà approvare il progetto predisposto dal notaio anche in caso di

³³ Cass., 20 dicembre 1969, n. 4012.

³⁴ Cass., 28 giugno 1957, n. 2529.

³⁵ M. MARZO, «Delega di operazioni divisionali al notaio e controllo degli atti delegati», in *Arch. giur.*, 1983, p. 384.

³⁶ M. MARZO, *op. cit.*, p. 384.

³⁷ A. DE DONATO, *op. cit.*, p. 1074; G. DI IOIA, *op. cit.*, p. 794.

³⁸ Cass., 22 febbraio 1952, n. 463; G. DI IOIA, *op. cit.*, p. 795.

³⁹ Cass., 30 settembre 1948, n. 1649.

⁴⁰ Cass., 6 ottobre 1978, n. 4464; Cass., 30 aprile 1955, n. 1216 (secondo la quale «da mancata comparizione delle parti avanti al notaio equivale a dissenso»); Cass., 10 ottobre 1953, n. 3291 («... dinanzi al notaio la contumacia di uno o più interessati impedisce la formazione dell'accordo negoziale»). A. DE DONATO, *op. cit.*, p. 1074. Minoritaria è rimasta l'opinione opposta (P. PAJARDI, «La funzione

del notaio nel giudizio divisorio», in *Giur. it.*, 1956, I, p. 223), che ritiene quindi non ostativa la contumacia di taluno dei dividendi alla formazione di un accordo divisionale davanti al notaio. In realtà, va osservato che nulla esclude che una parte possa essere contumace nel giudizio divisionale e comparire, poi, davanti al notaio per approvare il progetto da questi redatto. Inoltre, non si vede come la mancata comparizione delle parti ad una frazione soltanto delle operazioni delegate al notaio, magari di carattere meramente esecutivo, (ad esempio: l'estrazione a sorte), potrebbe impedire la conclusione del procedimento delegato. Sostanzialmente, la comparizione delle parti personalmente davanti al notaio appare indispensabile solo per la parte e dell'attività delegata strettamente collegata all'espressione del consenso delle parti.

⁴¹ Sia consentito il rinvio a A. CARDINO, *Comunione di beni ed espropriazione forzata*, Torino, 2011, p. 428.

mancata contestazione, o di mancata comparizione (o di contumacia), di taluna delle parti⁴².

Il risultato divisorio consegue all'approvazione del progetto davanti al notaio, avendo il successivo decreto del giudice istruttore, di cui all'art. 195 disp. att. c.p.c., sia nel caso di attribuzione di porzioni diseguali che nel caso di estrazione a sorte per l'assegnazione di quote eguali (le cui operazioni si siano svolte davanti al notaio), una valenza di presa d'atto e di controllo del risultato delle operazioni divisionali⁴³. Tale decreto, invece, non può risolvere contestazioni fra le parti, a pena di abnormità⁴⁴. Ad esempio, una contestazione concernente la regolarità delle operazioni di estrazione a sorte deve essere decisa con sentenza.

L'approvazione del progetto non comporta ancora lo scioglimento della comunione, però, nel caso in cui occorra effettuarsi l'estrazione a sorte. Solo con tale adempimento, infatti, si giunge alla concreta assegnazione delle porzioni corrispondenti a quote eguali e si realizza del tutto l'effetto divisorio. Anche l'esito dell'estrazione a sorte va omologato con il decreto del giudice istruttore di cui all'art. 195 disp. att. c.p.c., sebbene, a rigore, tale norma faccia riferimento solo all'attribuzione delle porzioni corrispondenti a quote diseguali⁴⁵.

La formazione dell'accordo divisionale davanti al notaio, non richiede, pertanto, una ulteriore dichiarazione di esecutività, a questo punto pleonastica, davanti al giudice istruttore, ex art. 789, comma 3, c.p.c.⁴⁶

Occorre, invece, il decreto del giudice istruttore di cui all'art. 195 disp. att. c.p.c.⁴⁷, necessario per attribuire al progetto approvato natura di titolo esecutivo, come ricorda il comma 2 della norma⁴⁸ (per le eventuali azioni di rilascio, consegna e prestazioni pecuniarie), e per potersi procedere alla trascrizione dell'esito divisionale⁴⁹.

Il compenso del notaio delegato va liquidato secondo la tariffa professionale, non potendosi estendere per analogia le disposizioni dettate per i consulenti tecnici⁵⁰. Nel caso di delega delle sole operazioni di vendita, peraltro, dovrebbero applicarsi le specifiche tabelle approvate con decreto ministeriale, per le

68 operazioni delegate nelle espropriazioni forzate⁵¹.

Cenni alla divisione a domanda congiunta

L'art. 76, comma 1, D.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto "del fare"), convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, ha introdotto l'art. 791-*bis* c.p.c., rubricato "Divisione a domanda congiunta".

Si tratta, in sostanza, di un procedimento di volontaria giurisdizione⁵², alternativo al procedimento contenzioso di cui agli artt. 784 e ss. c.p.c., voluto dal legislatore a scopo evidentemente deflattivo delle complesse cause divisionali, sovente pendenti oltre ogni termine di ragionevole durata del processo.

La domanda, infatti, consente, analogamente a quanto previsto dall'art. 786 c.p.c., la delega delle operazioni divisionali ad un professionista. Originariamente, era prevista la delega delle operazioni solo al notaio; di poi, in sede di conversione in legge, la possibilità di delega è stata estesa anche alla figura dell'avvocato.

La divisione congiunta presuppone l'assenza di qualsivoglia contestazione sull'*an dividendum sit*, sulla

⁴² G. DI IOIA, *op. cit.*, p. 790. *Contra*: Trib. Genova, 29 marzo 1943, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce *Divisione*, 27.

⁴³ Cass., 29 ottobre 1992, n. 11758.

⁴⁴ G. DI IOIA, *op. cit.*, p. 800.

⁴⁵ Cass., 29 ottobre 1992, n. 11758. G. DI IOIA, *op. cit.*, p. 800; M. MARZO, *op. cit.*, p. 388. *Contra*: Cass. 7 aprile 1943, in *Rep. Foro it.*, 1943, voce *Divisione*, n. 26.

⁴⁶ G. DI IOIA, *op. cit.*, p. 793. *Contra*: A. DE DONATO,

op. cit., p. 1074.

⁴⁷ *Contra*: G. PAVANINI, *op. cit.*, p. 479.

⁴⁸ R. GOVEANI, *op. cit.*, p. 1272.

⁴⁹ G. DI IOIA, *op. cit.*, p. 800.

⁵⁰ Cass., 22 novembre 1999, n. 12949.

⁵¹ Vedi il D.m. 15 ottobre 2015, n. 227. CRISCUOLO, *op. cit.*, p. 91.

⁵² Il comma 1, quarto periodo, dell'art. 791-*bis* c.p.c.,

percentuale di partecipazione alla comunione e su altre questioni pregiudiziali (ad esempio, non deve essere in discussione un'eventuale lesione di legittima e via dicendo)⁵³.

Contestazioni sul diritto alla divisione possono aversi, ad esempio, qualora taluno dei comunisti invochi un patto di indivisione (art. 1111, comma 2, c.c.), o una destinazione incompatibile con lo scioglimento della comunione (art. 1112 c.c.) o un vincolo testamentario (art. 713 c.c.) etc. etc.

La contestazione sulle quote, preclusiva della divisione a domanda congiunta, può discendere, invece, da una invocata lesione di legittima, da una domanda di usucapione di un comunista nei confronti degli altri, etc. etc. Deve trattarsi di contestazione concernente la quota astratta e ideale, non la porzione concretamente reclamata dei beni comuni, poiché l'apporzionamento dell'asse costituisce, per l'appunto, l'oggetto delle operazioni divisionali delegabili con la norma in esame.

Le «altre questioni pregiudiziali», ostative alla domanda di divisione congiunta, possono concernere, fra l'altro, la validità della chiamata testamentaria in capo a tutti i coeredi, la validità del negozio di acquisto del bene comune etc. etc.

Ulteriore presupposto è la presentazione di una domanda da parte di tutti i comproprietari⁵⁴, nonché da parte di «eventuali creditori e aventi causa che hanno notificato o trascritto l'opposizione alla divisione», con evidente richiamo all'art. 1113, comma 1, c.c. Fra i creditori opponenti alla divisione vanno ricompresi, per interpretazione prevalente, anche i pignoranti con trascrizione antecedente, stante l'assimilazione dell'atto di pignoramento (o di sequestro conservativo) ad una opposizione alla divisione⁵⁵. Gli «*aventi causa*» sono i titolari di diritti reali minori sui beni comuni o su alcuni di tali beni o sulle quote di questi.

Fra i soggetti che debbono sottoscrivere il ricorso non sono ricompresi quelli di cui al medesimo art. 1113, comma 3, c.c. (cioè i creditori antecedentemente iscritti e coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti precedentemente trascritti), pur non essendovi ragione alcuna di non estendere a questi ultimi la medesima cautela prevista per i primi⁵⁶. Ciò può spiegarsi considerando che, in forza del comma 3 dell'art. 791-*bis* c.p.c., il professionista delegato deve sentire obbligatoriamente tali soggetti, prima di predisporre il progetto di divisione⁵⁷.

69

La domanda va presentata con ricorso diretto al tribunale territorialmente competente. *Id est*, in caso di divisione ereditaria, al giudice del luogo di apertura della successione, ex art. 22, comma 1, n. 1, c.p.c., e in caso di divisione ordinaria, al giudice del luogo in cui si trovano i beni comuni o la loro maggior parte (art. 23 c.p.c.).

La forma camerale prevista per il procedimento in esame comporta l'inderogabilità della competenza territoriale (art. 28 c.p.c.).

Le sottoscrizioni in calce al ricorso possono essere autenticate da un notaio o da un avvocato. Ma trattasi di formalità non obbligatoria, stante l'inciso «quando le parti lo richiedono», di cui all'art. 791-*bis*, comma 1, secondo periodo, c.c.

La previsione dell'autenticazione va letta in funzione della trascrizione della domanda, non potendo il conservatore trascrivere domande giudiziali non notificate alle controparti (arg. ex art. 2658, comma 2, c.c.). Infatti, se la divisione concerne beni immobili, la domanda va trascritta, ex art. 2646 c.c., come ogni domanda di divisione giudiziale. Il che, essendo la domanda proposta con ricorso congiunto

richiama espressamente gli artt. 737 e ss. c.p.c.

⁵³ «Quando non sussiste controversia sul diritto alla divisione né sulle quote o altre questioni pregiudiziali».

⁵⁴ Definiti, non è chiaro il motivo, come «eredi o condòmini». È da ritenere che il termine condominio sia inteso come equipollente della comunione, come avviene per l'art. 23, comma 1, c.p.c. (vedi Cass., 11 giugno 2015, n. 12148).

⁵⁵ A. CARDINO, *op. cit.*, p. 162 e ss.

⁵⁶ La partecipazione alle operazioni divisionali di soggetti non comunisti si spiega con il pregiudizio che una divisione non equanime potrebbe portare alla garanzia del credito o al loro diritto, gravanti sulla quota di uno dei condividenti.

⁵⁷ R. GIORDANO, *Commento all'art. 791-bis c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile, cit.*, p. 810, ritiene, invece, che fra i sottoscrittori del ricorso congiunto debbano esservi anche i soggetti indicati nell'art. 1113, comma 3, c.c.

sottoscritto da tutte le parti interessate, esige l'autenticazione della sottoscrizione delle stesse (art. 2657, comma 1, c.c.). La formalità pubblicitaria produce gli effetti tipici della trascrizione delle domande giudiziali di divisione, segnando il *discrimen* temporale cui fare riferimento per l'applicazione dell'art. 1113 c.c. (e, pertanto, per l'individuazione dei soggetti che debbono, necessariamente, sottoscrivere il ricorso introduttivo od essere sentiti nel corso delle operazioni)⁵⁸.

La mancata sottoscrizione di taluna delle parti è causa di inammissibilità del ricorso. Ove ciò venga successivamente accertato dal professionista incaricato (caso non infrequente nelle operazioni divisionali, che possono riguardare un numero rilevante di parti, con conseguente difficoltà di valutare sin da subito l'integrità del contraddittorio), la dichiarazione di inammissibilità verrà successivamente pronunciata dal tribunale su segnalazione del professionista stesso, con decreto reclamabile ex art. 739 c.p.c. La trascrizione del ricorso verrà quindi cancellata, come dispone il comma 2 dell'art. 791-bis c.p.c.

Nonostante il silenzio della norma, non si scorgono motivi per non consentire una successiva "integrazione del contraddittorio" (in senso improprio, stante quanto si dirà oltre) non compiutamente instaurato, nonostante la natura camerale del procedimento in esame. Integrazione del contraddittorio che, però, non può consistere in una notificazione agli interessati non sottoscrittori dell'avvenuta presentazione del ricorso e del conseguente provvedimento del tribunale che prende atto della carenza delle sottoscrizioni. La norma richiede non che tutti gli interessati partecipino al procedimento o che ne siano notiziati, ma che tutti gli interessati lo promuovano, sottoscrivendo la domanda introduttiva. L' "integrazione del contraddittorio", pertanto, dovrà consistere in una espressa adesione al ricorso, in originale presentato solo da alcuni dei legittimati, da parte degli altri interessati rimasti inerti. Si tratta di situazione che, considerando il novero dei legittimati alla presentazione del ricorso congiunto - comprendente non solo i comproprietari, ma anche gli altri soggetti indicati dal primo comma dell'art. 791-bis c.p.c. - non appare poi così improbabile a verificarsi. Si pensi ad un ricorso congiunto, sottoscritto da tutti i comproprietari, dal creditore pignorante di uno di questi, ma non da un creditore intervenuto nell'espropriazione dal suddetto creditore promossa. Intervenuto che, pure, può giovare - ex artt. 2913 e ss. c.c. - della trascrizione del pignoramento, equipollente all'opposizione alla divisione di cui all'art. 1113, comma 2, c.c. Ritenere necessariamente inammissibile una domanda siffatta, senza dare modo al creditore intervenuto di aderirvi, appare sanzione eccessiva e inutilmente automatica⁵⁹. Parimenti, non si vedono motivi per consentire la dichiarazione di inammissibilità solo dietro segnalazione del professionista incaricato. In sostanza, ove il tribunale ravvisi immediatamente che il ricorso non è stato sottoscritto da tutti gli interessati, ben potrebbe invitare le parti proponenti a procacciarsi le adesioni di quelli rimaste estranee all'iniziativa e, in mancanza di tali adesioni, dichiarare l'inammissibilità del ricorso.

Il tribunale competente è necessariamente a composizione collegiale (art. 50-bis, comma 2, c.p.c.) e, al suo interno, verrà nominato un giudice relatore, ex art. 738, comma 1, c.p.c. Il decreto di nomina del professionista incaricato sarà reclamabile, ex art. 739 c.p.c., alla corte di appello. Parimenti, altri eventuali decreti che il tribunale dovesse assumere (es. nomina dell'esperto stimatore; dichiarazione di inammissibilità per difetto di sottoscrizione, etc. etc.).

⁵⁸ Nota, peraltro, L. DI COLA, «La divisione su domanda congiunta: il nuovo art. 791-bis c.p.c.», in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1080, che con il deposito del ricorso ex art. 791-bis c.p.c. non viene domandata la divisione giudiziale, ma solo la nomina del professionista cui delegare le operazioni. Ditalché la previsione della trascrizione del ricorso ricadrebbe nel comma 1, sulle divisioni consensuali, e non nel comma 2, sulle divisioni giudiziali e le opposizioni, dell'art. 2646 c.c. Diversamente si esprime,

invece, R. GIORDANO, *op. cit.*, p. 814.

⁵⁹ Va sottolineata la diversa opinione di L. DI COLA, *op. cit.*, p. 1085, secondo la quale le parti che devono necessariamente sottoscrivere, a pena di inammissibilità, il ricorso, sono solo i comproprietari, non anche i creditori ed aventi causa di cui primo comma dell'art. 791-bis c.p.c.. Il tenore testuale del terzo comma dell'art. 791-bis, c.p.c., però, a mio parere, non permette questa conclusione. In senso contrario alla possibilità di integrazione del

Le operazioni divisionali saranno demandate - come dice la norma - ad un notaio o ad un avvocato aventi sede nel circondario del tribunale adito. L'indicazione di un determinato professionista compiuta dalle parti è vincolante per il tribunale. In mancanza, o in caso di inidoneità, di tale indicazione, il tribunale deciderà discrezionalmente, nei limiti della competenza circondariale.

Il professionista incaricato ha l'incarico di predisporre il progetto divisionale o, qualora non sia possibile uno scioglimento della comunione in natura per la non comoda divisibilità anche solo di taluno dei beni, di disporre la vendita, necessaria per giungere alla formazione delle porzioni. La vendita avviene nelle forme previste per i professionisti delegati nell'ambito delle espropriazioni forzate immobiliari, di cui al libro III, titolo II, capo IV, sezione III, § 3-*bis*, del codice di rito (art. 791-*bis*, comma 3, secondo periodo, c.p.c.).

Il richiamo alle suddette norme induce a ritenere che il professionista incaricato - oltre ad avere sede nel circondario del tribunale adito - debba rientrare negli elenchi previsti dagli artt. 179-*ter* disp. att. c.p.c.⁶⁰

L'incaricato può chiedere, in analogia a quanto previsto dall'art. 194 disp. att. c.p.c., di essere ausiliato da un esperto stimatore. La richiesta del professionista incaricato deve ritenersi vincolante per il tribunale. L'art. 791-*bis*, comma 1, ultimo periodo, c.p.c. non richiama, quale oggetto di valutazione da parte del tribunale, il presupposto menzionato dall'art. 194 disp. att. c.p.c.: *id est* la necessità dell'operato di un esperto per la formazione della massa e delle quote (*rectius*: porzioni). Necessità che, ovviamente, è implicita nella scelta di dotarsi di tale ausiliario ed è comune alla maggior parte delle divisioni. Il Tribunale deve quindi limitarsi a scegliere l'esperto, una volta che la sua necessità gli sia stata rappresentata dal professionista incaricato. È prevedibile che la scelta della persona dell'esperto stimatore, pur rimessa al tribunale, seguirà le indicazioni del professionista incaricato.

Come accennato, la redazione del progetto potrebbe richiedere la vendita di beni non comodamente divisibili in natura (art. 720 c.c.), quale passo necessario per giungere alla formazione di un asse concretamente apporzionabile secondo le quote di partecipazione. La vendita di beni appartenenti all'asse comune potrebbe anche conseguire alla necessità del pagamento di debiti ereditari, ex art. 719 c.c.

Non è agevole comprendere stante il richiamo alle norme sulle vendite delegate nelle espropriazioni immobiliari «in quanto compatibili», compiuto dal comma 3, secondo periodo, dell'art. 791-*bis* c.p.c. quali possono essere, in concreto, i compiti assegnati, in sede esecutiva, al professionista incaricato.

Balza all'occhio che, nella procedura in esame, non vi è alcun giudice dell'esecuzione da cui possa promanare un'ordinanza di vendita cui l'incaricato deve conformarsi, come previsto dall'art. 591-*bis*, comma 1, c.p.c. Parimenti, nemmeno è ipotizzabile che il professionista incaricato predisponga un decreto di trasferimento (art. 591-*bis*, comma 3, n. 11), e comma 8, c.p.c.), da emettersi poi da parte del giudice dell'esecuzione.

In coerenza con il carattere il più possibile degiurisdizionalizzato della divisione a domanda congiunta, sono dell'avviso che, in caso di vendita di beni, non occorra un decreto di trasferimento da parte del giudice, come invece avviene nelle espropriazioni immobiliari, a favore dell'aggiudicatario. Il tribunale collegiale adito per la divisione a domanda congiunta non è assimilabile ad un giudice dell'esecuzione, gravato dei compiti di cui all'art. 591-*bis* c.p.c. Il tribunale interviene unicamente per la designazione del professionista incaricato e dell'esperto stimatore, per la dichiarazione di inammissibilità del ricorso e per la declaratoria di esecutività del progetto divisionale⁶¹. La risoluzione dei conflitti insorti sulla vendita dei beni comuni o sul progetto predisposto dal professionista appartiene, poi, al medesimo tribunale adito (nel senso del medesimo ufficio giudiziario), ma nella diversa sede contenziosa, non in

contraddittorio è anche la Relazione governativa al D.L. 69/2013.

⁶⁰ R. LOMBARDI, *Scioglimento di comunioni: un nuovo modulo*

procedimentale, cit. p. 1080-1081.

⁶¹ Ritiene applicabile l'istituto del ricorso ex art. 591-*ter* c.p.c., per il caso di difficoltà insorte nel corso delle

quella di volontaria giurisdizione, nella quale nasce il procedimento in esame.

Il raffronto con il giudice istruttore della divisione giudiziaria ordinaria, al quale è certamente riservata l'emissione del decreto di trasferimento dei beni venduti ex artt. 787 e 788 c.p.c., non appare corretto. Il giudice istruttore è il *dominus* della causa divisionale ed appare del tutto consequenziale a tale posizione la potestà traslativa dei beni che, in tale ambito, debbano essere alienati. Il tribunale adito in sede di volontaria giurisdizione, invece, ha compiti assai più limitati, come già detto.

La soluzione più logica appare quella di consentire al professionista incaricato la redazione degli atti di vendita strumentali allo scioglimento della comunione, esattamente come potrebbe accadere nell'ambito di operazioni divisionali consensuali. Il che potrebbe non porre alcuna difficoltà, nel caso in cui tale professionista fosse un notaio. Mentre non è chiaro come potrebbe un avvocato redigere un atto di vendita fra privati - vuoi nella forma dell'atto pubblico, vuoi in quella della scrittura privata autenticata - trattandosi di atti esclusi dalla sua competenza professionale.

Inevitabile è quindi la nomina congiunta di un notaio, da parte dei condividenti accordatisi sulla vendita.

Una volta effettuate le vendite necessarie, il professionista redigerà il progetto divisionale, nel termine - da ritenere ordinatorio - di trenta giorni dal versamento del prezzo (delle vendite stesse), dandone avviso alle parti e agli altri interessati⁶².

Avverso la determinazione di vendere beni comuni⁶³ o avverso il progetto divisionale, ogni parte ed ogni interessato può ricorrere al tribunale nel termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione dell'avviso.

Il procedimento impugnatorio delle determinazioni del professionista incaricato è regolato dalle norme sul procedimento sommario, di cui agli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c. È stata espressamente vietata la trasformazione del rito sommario in rito ordinario, essendosi esclusa l'applicabilità dei commi 2 e 3 dell'art. 702-*ter* c.p.c. Ciò, indipendentemente dalla difficoltà delle questioni che dovessero essere agitate con l'opposizione. Sebbene determinate problematiche siano ostative all'introduzione della divisione a domanda congiunta, non è detto non residuino questioni non semplici da risolvere. Ad esempio, la resa dei conti fra condividenti. Il che può rendere il rito sommario non facilmente compatibile con l'opposizione.

Deve essere chiarito che il tribunale destinato a risolvere i conflitti sulla vendita o sul progetto divisionale, non è il medesimo tribunale adito con la domanda di divisione congiunta (pur appartenendo entrambi gli organi al medesimo ufficio giudiziario, individuato come sopra detto). Quest'ultimo è un collegio che opera in un ambito di volontaria giurisdizione. Il primo è un organo monocratico che opera in ambito contenzioso (non vi sono ragioni, infatti, per riservare ad un organo collegiale la risoluzione dei conflitti divisorii⁶⁴).

Nel caso di opposizione sulla necessità della vendita, il tribunale chiamato a dirimere la controversia potrebbe disporre direttamente tale adempimento, ove ritenuto necessario, anche tenendo conto che, ben difficilmente, l'opponente presterebbe poi il relativo consenso davanti ad un notaio incaricato di redigere il relativo atto (vedi meglio *supra*). Il giudice potrà quindi conferire delega (anche al medesimo professionista incaricato dal collegio *ab ovo*), nell'ambito del rito sommario di opposizione, esattamente come potrebbe fare il giudice istruttore della divisione giudiziale ordinaria, ex art. 788, comma 4,

operazioni di vendita, R. LOMBARDI, *Scioglimento di comunioni: un nuovo modulo procedimentale*, cit., p. 1083. Prospettiva, invece, rifiutata da R. GIORDANO, *op. cit.*, p. 832.

⁶² Per "altri interessati" debbono certamente intendersi quelli menzionati nel comma 3, primo periodo, dell'art. 791-*bis* c.p.c.

⁶³ Uno dei motivi di opposizione alla vendita potrebbe essere la determinazione di uno dei condividenti di chiedere l'attribuzione dell'intero non comodamente divisibile, ex art. 720 c.c., soluzione destinata a prevalere sulla vendita. Vedi le osservazioni di R. GIORDANO, *op. cit.*, p. 827-828, sulla praticabilità di tale ipotesi anche nell'istituto in esame.

⁶⁴ R. GIORDANO, *op. cit.*, p. 843.

c.p.c. (il tutto non aiuta certo a comprendere dove finisca la semplificazione che costituirebbe la *ratio* dell'istituto in esame e della scelta del rito sommario). Sostanzialmente, la risoluzione della controversia può non consistere in un mero accertamento sulla necessità della vendita, ed imporre, pertanto, il ricorso alla procedura di vendita forzata (delegata o meno). Inevitabili sono, però, gli interrogativi sulla compatibilità fra rito sommario e incidente traslativo.

Le controversie insorte nel corso del procedimento di vendita, come già detto per la divisione giudiziale notarile, andranno risolte, invece, con il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi⁶⁵.

A seguito dell'accoglimento dell'opposizione il giudice «dà le disposizioni necessarie per la prosecuzione delle operazioni divisionali e rimette le parti davanti al professionista incaricato» (art. 791-*bis*, comma 4, terzo periodo, c.p.c.). Non si comprende, innanzitutto, perché, in caso di rigetto dell'opposizione, non contemplata dalla norma, il giudice non dovrebbe provvedere nel medesimo modo. Nemmeno è chiaro se “*il giudice*” sia il tribunale, in composizione collegiale, competente sulla domanda di divisione congiunta; ovvero il tribunale, in composizione monocratica, chiamato a risolvere il conflitto insorto fra le parti (ovvero la corte di appello, in caso di proposizione di appello avverso la decisione, ex art. 702-*quater* c.p.c.). Preferisco ritenere che il giudice, nel caso in questione, sia quello pronunciatisi in sede contenziosa. Anche per la mancanza della previsione di qualsivoglia meccanismo di riassunzione davanti al tribunale in sede camerale e per non appesantire troppo il passaggio dalla decisione alla prosecuzione delle operazioni divisorie.

La mancata opposizione degli interessati, invece, rende definitivo il progetto divisionale - o la decisione sulla vendita dei beni, sebbene tale ipotesi non sia stata menzionata nel comma 5 dell'art. 791-*bis* c.p.c. - e comporta il deposito di questo nella cancelleria del giudice, che lo approva con decreto⁶⁶. Il controllo è da intendersi di natura formale, senza esami sul merito del progetto⁶⁷. A questo punto, il professionista incaricato dovrà eseguire gli adempimenti terminali della divisione approvata (trascrizioni, registrazioni, volturazioni etc.).

Parimenti, il professionista incaricato procederà alla eventuale estrazione a sorte per l'assegnazione delle porzioni corrispondenti a quote eguali o alla attribuzione di porzioni diseguali, secondo il progetto approvato.

In conformità con quanto previsto dall'art. 195, comma 2, disp. att., c.p.c., il decreto emesso dal giudice avrà valore di titolo esecutivo; ad esempio in relazione ai conguagli previsti dal progetto divisionale approvato.

L'effetto divisionale costituisce pur sempre il frutto di un accordo fra le parti, sia pure trasfuso in un progetto approvato con decreto, non idoneo a creare giudicato. Da ciò consegue che potranno essere esperite le normali impugnazioni previste per gli atti di natura negoziale (es. rescissione per lesione). A meno che, ovviamente, la contestazione non abbia dato vita all'impugnazione con rito sommario della quale si è detto, destinata a sfociare in un'ordinanza decisoria, idonea a creare giudicato ed impugnabile solo con i mezzi processuali.

Si è ritenuto che, una volta concluso il procedimento divisionale a domanda congiunta - o per accordo delle parti o per decisione, passata in giudicato, a seguito di opposizione ex art. 791-*bis*, comma 4, c.p.c. - sia sempre possibile a chi vi ha interesse dedurre le contestazioni preclusive della domanda di

⁶⁵ R. GIORDANO, *op. cit.*, p. 832-833. Vedi anche *supra*, nota 61.

⁶⁶ È stata sottolineata la differenza fra il decreto di cui all'art. 791-*bis*, ultimo comma, c.p.c., e l'ordinanza di cui all'art. 789, comma 3, c.p.c. da L. DI COLA, *op. cit.*, p. 1075, sotto il profilo solo la seconda si può fondare anche sulla non contestazione ed è quindi adottabile anche nella contumacia di taluna delle parti. Peraltro, è bene

notare che l'art. 791-*bis*, ultimo comma, c.p.c. non esige una manifestazione espressa di consenso, bastando alla emissione del decreto dichiarativo della esecutività del progetto di divisione la semplice mancata opposizione entro il termine di cui all'art. 791, comma 4, c.p.c. Il che differenzia l'istituto in esame da quello della divisione giudiziale notarile (vedi *supra*, spec. nota 41).

⁶⁷ L. DI COLA, *op. cit.*, p. 1079, nota 19.

divisione congiunta, circa l'*an dividendum sit* o sulla estensione delle quote⁶⁸.

Essendo, però, l'assenza di contestazione pregiudiziali un requisito di accesso all'istituto in esame, vi è da chiedersi come si concilierebbe, ad esempio, una contestazione sull'*an dividendum sit* con il prestato consenso alla divisione a domanda congiunta⁶⁹. Consenso che deve intendersi, pertanto, esteso al riconoscimento dell'assenza delle questioni pregiudiziali menzionate nel primo comma dell'art. 791-*bis* c.p.c.⁷⁰

In conclusione, ritengo che le aspettative riposte dal legislatore nella funzione deflattiva dell'istituto in questione siano destinate a rimanere deluse.

Non si riesce a comprendere per quale motivo i comproprietari che sono d'accordo sul diritto alla divisione, sulle rispettive quote e sulle altre, eventuali, questioni pregiudiziali (impugnative di testamento, diritti dei legittimari etc.), avrebbero bisogno di farsi indicare dal tribunale un notaio in grado di elaborare un progetto divisionale, anziché rivolgersi direttamente allo stesso, nell'ambito di un rapporto di natura privatistica.

Ancora, non è chiara la differenza fra l'istituto in esame e il procedimento di volontaria giurisdizione di cui all'art. 730 c.c., se non nel modo di dirimere le controversie che dovessero sorgere nel corso delle operazioni divisionali. Ordinario nel caso dell'art. 730 c.c.; sommario, nel caso dell'art. 791-*bis* c.p.c. I due istituti sembrano, altrimenti, l'uno la copia dell'altro, con una disciplina di maggior dettaglio per quello di più recente introduzione; il quale, però, a differenza di quello di cui all'art. 730 c.c., prevede il conferimento dell'incarico anche a favore di un avvocato⁷¹.

Escluse le anzidette questione preliminari, fra le parti potrebbero, comunque, residuare problematiche relative al rendimento dei conti (art. 723 c.c.). Ad esempio avendo uno dei comproprietari affrontato spese nell'interesse dell'asse comune o incamerato frutti da questo generati. Ma è chiaro che, in caso di controversia su tale punto - molto frequente, specie nelle divisioni ereditarie - il professionista incaricato non avrebbe alcun potere istruttorio per accertare le poste rispettivamente dovute e richiedibili e, fatalmente, un progetto divisionale redatto tenendo conto - o non tenendo conto - di tali spese o di tali entrate, sarebbe inevitabilmente destinato a sfociare in un'impugnativa che, rispetto alla divisione contenziosa ordinaria, avrebbe soltanto il pregio (posto che sia tale) di poter essere risolto con il ricorso al procedimento sommario (in questo riposa la sostanziale differenza con il procedimento di cui all'art. 730 c.c.).

Una concreta differenza rispetto alla delega di cui all'art. 786 c.p.c. sembra, inoltre, risiedere nel fatto che, nella divisione giudiziaria notarile, il disaccordo delle parti sul progetto divisionale comporta l'immediata trasmissione degli atti al giudice istruttore, come previsto dall'art. 791, comma 2, c.p.c. Nella divisione a domanda congiunta, invece, il dissenso delle parti rispetto al progetto redatto dal professionista incaricato richiede una specifica impugnativa, atta ad originare un procedimento governato dagli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c. Ma, tecnicità a parte, è evidente che, nella sostanza, il dissenso delle parti, nell'una come nell'altra ipotesi, non può che dar vita ad un contenzioso che solo l'autorità giudiziaria può dirimere.

Ci si è chiesti se la domanda di divisione congiunta può essere avanzata in un ambito endoesecutivo, quale modo di introduzione del giudizio divisionale di cui all'art. 600, comma 2, c.p.c. Non si ravvisano motivi di fondo per escludere tale possibilità. Il richiamo al codice civile contenuto nell'art. 600, comma 2, c.c., attiene non alla procedura adottabile, ma alla previsione sostanziale dello

⁶⁸ L. DI COLA, *op. cit.*, p. 1080.

⁶⁹ R. LOMBARDI, *Scioglimento di comunioni: un nuovo modulo procedimentale*, *cit.*, p. 1084.

⁷⁰ R. LOMBARDI, *Scioglimento di comunioni: un nuovo modulo*

procedimentale, *cit.*, p. 1078.

⁷¹ L. DI COLA, *op. cit.*, p. 1080, ritiene che, dopo l'introduzione dell'art. 791-*bis* c.p.c., anche nell'ambito del procedimento di cui all'art. 730 c.c. possa essere

scioglimento della comunione. Ciò posto, appare davvero utopistico ritenere che il comproprietario esecutato si presterà a proporre una domanda di divisione congiunta, non avendo egli alcun interesse ad una rapida definizione dell'espropriazione forzata iniziata in suo danno e degli incidenti cognitivi che in questa si possono innestare⁷².

nominato un avvocato.

⁷² R. LOMBARDI, *Scioglimento di comunioni: un nuovo modulo procedimentale*, cit., p. 1079.

Il *Common* ovvero della nuova moneta concorsuale

di Pasquale Liccardo¹

Direttore generale per i Sistemi informativi automatizzati (DGSI/A) del Ministero della giustizia

Il tempo della crisi e il tempo dell'insolvenza

È stato correttamente osservato che la crisi in atto dal 2008 non è una crisi congiunturale, come tale governabile dalle procedure generalmente predisposte dagli ordinamenti nella notoria alternanza delle fasi, ma è una crisi strutturale, che prefigura cambiamenti epocali e che impone processi di ristrutturazione forse superiori a quelli avvenuti con la crisi del '29².

La durata della crisi in corso impone una riflessione sulla sua natura e sulla nozione di tempo per l'economia, per la teoria delle obbligazioni ed in genere, per le istituzioni della giuridicità concorsuale: per quanto profondamente diversa per l'economista ed il giurista, la nozione di tempo conserva nelle due sfere un elemento di invarianza strutturale per il fatto di essere articolate in passato, presente e futuro, articolazione questa che esige un "ordinamento" per il raggiungimento di obiettivi pratici.

È stato più volte sottolineato che il senso dell'economia è nella considerazione che essa ha del tempo, della relazione tra presente e futuro (*perfidious future* keynesiano)³, intesa non quale mera successione lineare e sequenziale tra un prima e un dopo ma come passaggio incerto dalla contingenza conosciuta all'indeterminatezza futura.

La scomposizione del futuro a breve, a medio e a lungo termine ha da sempre innescato processi predittivi capaci di superare l'indeterminatezza futura, ingenerando aspettative sulle quali fondare il comportamento economico del presente: il *presente*, anticipando il futuro, diviene un spazio del tempo che supera la dimensione dell'attualità per proporsi come tempo della *compresenza* (di presente e futuro). A Keynes si deve la consapevolezza del ruolo economico delle aspettative e l'analisi delle loro relazioni temporali⁴, in quanto l'orientamento economico guarda al presente come intreccio di proiezioni presenti e passate, di *compresenze* di storia e di attese che superano il modello lineare del tempo come mera successione sequenziale.

La crescita ipertrofica della finanza ha profondamente alterato la nozione di tempo dell'economia: mai come in questo momento, pare corretto affermare che i mercati finanziari hanno inglobato il futuro consumandolo nelle speculazioni e nel *risiko* dei *futures*.

Il feticismo degli strumenti finanziari ha sopravanzato l'economia reale non tanto per intrinseca forza quanto per pervasività delle nuove tecnologie ICT di cui si avvale e che ha coperto fino alla crisi l'intrinseca inconsistenza delle convenzioni su cui si fonda l'operatività dei mercati finanziari⁵.

¹ Il presente studio risulta già pubblicato in Il Processo Esecutivo a cura di B. Capponi - B. Sassani A Storto - R. Tiscini, 2014, in onore del prof. Romano Vaccarella. Si ringraziano per gli spunti critici i colleghi della sezione IV del Tribunale di Bologna, nonché il prof. Francesco Vella, il prof. Danilo Galletti, il prof. Alessandro Guccione, il prof. Marco Lamandini, il prof. Paolo Bastia, il prof. Renato Santini ed il prof. Marcello Tarabusi, nonché il dott. Marco Zanzi, il dott. Piero Aicardi, il dott. Andrea Ferri. Il dott. Carlo Lovato ed la dott.ssa Enrica Piacquaddio.

² B. EICHENGREEN - K.H. O'ROURKE, «A Tale of Two Depression», *Advisor Perspectives*, 21 aprile 2009; M. DE CECCO, *Ma cos'è questa crisi?*, Roma, 2013; M.

AMATO - L. FANTACCI, *Fine della Finanza*, Roma, 2013; J.E. STIGLIZ, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, 2010; N. ROUBINI - S. MIHN, *La crisi non è finita*, Milano, 2010.

³ J.M. KEYNES, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta e altri scritti*, Torino, 1978, p. 36.

⁴ J.M. KEYNES, *op. cit.*, p. 206 per il quale: «È dunque il presupposto dell'eguaglianza fra il prezzo della domanda della produzione complessiva ed il suo prezzo di offerta che deve considerarsi "l'assioma delle parallele"».

⁵ Cfr. J.M. KEYNES, *op. cit.*, p. 206, 340 laddove osserva che «lo scopo sociale dell'investimento consapevole dovrebbe essere di sconfiggere le oscure forze del tempo e

Se l'economia reale è concretamente dominata dalla dinamica delle risorse, delle localizzazioni industriali, dei sistemi e degli ordinamenti che ne assicurano la consistenza e l'esistenza produttiva, ma che impongono anche l'articolazione spaziale e temporale in orizzonti ogni volta da delimitare proprio perché incerti, la finanza si propone invece come luogo della velocità operativa eterea e performante, indifferente alle scadenze temporali, che essa stessa prezza e monetizza, e intangibile alla delimitazione confinaria degli stati regolatori.

Il tempo della finanza è il tempo infinito del presente continuo senza futuro, della reiterazione scambista del qui ed ora.

Nella teoria delle obbligazioni, il tempo compare innanzitutto come "termine", quale semplice modalità di adempimento⁶: il tempo è in primo luogo, vicenda dell'adempimento (artt. 1183-1185 c.c.), della prestazione dovuta dal debitore, in quanto capace di *ordinare* le condotte del debitore e del creditore nell'attualità dell'immediata esigibilità ovvero nel differimento della sua esecuzione istantanea o protratta nel tempo (c.d. obbligazioni di durata). L'apposizione di un termine (*sub die*) sospende l'esigibilità dell'obbligazione che viene differita al futuro, immutando sostanzialmente la posizione del creditore rispetto a quella del creditore *sine die*, immesso nella pienezza delle sue facoltà dallo statuto originario dell'obbligazione.

Il futuro interviene come:

- "anticipazione" del termine, come decadenza dal suo beneficio laddove il debitore sia divenuto insolvente o abbia diminuito per fatto proprio le garanzie date o non ha dato le garanzie promesse (art. 1186 c.c.). In altre norme si assiste ad un processo di specificazione ed articolazione dell'irruzione del futuro nel presente: l'art. 2743 c.c. consente al creditore di richiedere l'adempimento immediato laddove siano diminuite le garanzie oggetto di pegno ed ipoteca, l'art. 1943 c.c. impone la sostituzione del fideiussore insolvente da parte del debitore obbligato a dare fideiussione, l'art. 1461 c.c. autorizza il contraente a sospendere la propria prestazione al semplice mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente⁷;

- sanzione nella responsabilità patrimoniale in quanto il debitore è tenuto all'adempimento con tutti i suoi beni, presenti e futuri: il futuro irrompe come tempo illimitato dell'apprensione dei beni necessari all'adempimento coattivo.

A norma dell'art. 55 L.fall., i debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, disposizione questa richiamata dall'art. 169 L.fall. in tema di concordato preventivo: con le procedure concorsuali, il presente diviene il tempo unico dell'adempimento dovuto di ogni obbligazione gravante sul debitore insolvente: al tempo *singolare* della obbligazione singola, si sostituisce il tempo unico del concorso tra i creditori.

Il tempo delle procedure concorsuali è oggi - dopo la riforma del 2005 - non più il tempo sequenziale della legge fallimentare del '42 ma il tempo parallelo delle fasi dell'accertamento del passivo, dell'esercizio provvisorio dell'azienda fallita, della liquidazione dell'attivo, con sequenzialità residua del solo riparto: ciononostante, il parallelismo delle fasi non riduce la criticità della liquidazione dell'attivo ma semmai ne amplifica la rilevanza in quanto è pur sempre demandata al suo esito ogni relazione soddisfattiva per i creditori insinuati al passivo della procedura.

Le procedure assumono il *paradigma della liquidità* a dinamica temporale di governo dell'insolvenza in

dell'ignoranza che avviluppano il nostro futuro. Invece, lo scopo privato dei più esperti investitori di oggi è tuo *beat the gun* come dicono gli americani (scattare prima del segnale di partenza), metter nel sacco la gente, riuscire a passare al prossimo la moneta cattiva o svalutata» e più avanti «Lo spettacolo dei moderni mercati di investimento mi ha talvolta portato alla conclusione che un rimedio utile per i nostri mali contemporanei potrebbe essere quello

di rendere un investimento permanente ed indissolubile come il matrimonio ...».

⁶ A. DI MAJO, *Adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 157 e ss.

⁷ A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 222; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano, 1974, p. 126 che riconduce la decadenza dal beneficio alla sanzione.

quanto demandano ad essa la propria ragion d'essere, ovvero sia il pagamento dei creditori intervenuti: «Il tempo presente delle procedure si converte in futuro solo per il tramite dei procedimenti di liquidazione dell'attivo, in quanto necessario tramite alla soddisfazione del ceto creditorio. La moneta fallimentare costituisce il nesso anche temporale tra l'attualità dell'insolvenza e la futurità del riparto». Il paradigma costitutivo delle procedure concorsuali è destinato ad entrare in crisi laddove la liquidità scarseggi per un lungo periodo quale quello in essere dal 2008: il nesso tra presente e futuro si interrompe senza alcuna possibilità predittiva se non quella connessa alla reiterazione degli incanti e delle diserzioni.

Il progetto di un'altra moneta concorsuale che dia liquidità ai crediti in attesa di soddisfazione a condizione che essi vengano spesi per l'acquisto dei beni inverte la logica finanziaria della conversione in denaro dei beni, in una logica di realizzazione dei valori. In questo senso la moneta concorsuale istituisce un nuovo nesso temporale, tanto economico quanto giuridico tra l'attualità dell'insolvenza e la futurità del riparto.

La *contemporaneità* delle procedure concorsuali conosce oggi più che mai un processo di erosione forte ed esteso della *regola economica* al pari di quello vissuto dalla norma in generale: proprio la corrosione del suo paradigma costitutivo fragilizza la sua capacità predittiva, non corretta dalla diffusività di una normazione votata alla contingenza in quanto emanata per la formazione singolare ed emergenziale senza alcun predicato di futurità.

Emerge così un'altra dinamica interna alla norma nella sua relazione con il tempo, il *tempo corrosivo* del diritto e della sua forza.

Il tempo per il diritto non è un aspetto secondario e marginale. Nel governo del futuro, la norma ha da sempre trovato la propria forza legittimante: se la forza della legge è da sempre antidoto all'incertezza, nella società del rischio le norme tendono ad adottare un orientamento meccanico alle conseguenze che prescinde (o, meglio, tende a prescindere) dalle condotte, ormai indifferenti al

78 processo di normativizzazione.

La *violazione della legge* non viene vissuta come restaurazione della prescrittività normativa ma come mero processo di regolazione previsiva e calcolante delle sue conseguenze: il futuro irrompe come regolazione dell'accadimento, come rischio positivizzato dalla disciplina dei suoi effetti concreti piuttosto che come narrazione futura dell'agire umano⁸.

L'intento regolativo delle conseguenze anima la riforma delle procedure concorsuali, la legge sul sovraindebitamento civile, in una successione ipertrofica di norme che smarriscono all'atto della loro emanazione, ogni capacità prescrittiva richiedendo un nuovo avvicendamento normativo.

Il futuro si è preso così la sua rivincita sulla legge e sulla sua forza atemporale: il diritto è condannato alla contingenza del presente, in quanto sarà sostituito nel futuro da un'altra norma anch'essa contingente.

La crisi e il paradigma della liquidità

La crisi in corso ha interessato pesantemente gli uffici giudiziari⁹ che registrano un aumento del numero e della rilevanza delle procedure concorsuali (*impaired assets*) e, al contempo, un complessivo decadimento dell'efficacia della loro azione in quanto:

⁸ J. DERDIDA, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"*, Torino, 2003, p. 22 che osserva: «La parola della legge è rappresentativa poiché svolge un'azione ordinatrice, ossessivamente ordinatrice. Il performativo è autorità presente, sebbene l'autorità risieda nel produrre dal proprio seno. Già l'idea di *auctoritas* rimanda a

quanto nella presenza non è presente ...» e più avanti «Il passaggio/traduzione dalla fondazione alla conservazione consente di occultare la forza, di trasformarla in qualcosa di corrispondente in toto all'ordine del tempo, a un ordine armonico, definito, stabile, eterno».

⁹ Il numero di fallimenti è aumentato a un ritmo di 11,6 per

- la completa stagnazione del mercato rende di fatto impossibile realizzare i beni dedotti in procedura, che risultano nel breve periodo invendibili o comunque esitabili solo a prezzi vili, dopo un lungo *iter* processuale incentrato sulle diserzioni degli incanti;
- l'incaglio di un monte crediti rilevante innesca un generale aggravamento della condizione di illiquidità del mercato, che non può beneficiare della liquidità prodotta dalle procedure in favore della massa dei creditori: la mancata liquidazione degli attivi a causa dell'illiquidità del mercato rende illiquidi i crediti al passivo e deprime ulteriormente la liquidità del mercato. In particolare, la platea dei soggetti (P.A. *in primis*, lavoratori, professionisti, artigiani e fornitori, ecc.) che vantano ragioni di credito anche rilevanti nei confronti delle procedure aumenta in misura consistente anno dopo anno, senza avere alcuna "*possibilità*" di recupero mediante le modalità di ordinario riparto degli attivi;
- l'aumento delle procedure promosse da Equitalia, dagli enti locali e dalle *utility* anche per importi minori, con innesco di problematiche sociali rilevanti in quanto le azioni sono promosse in danno di soggetti socialmente deboli e a rischio di povertà.

In particolare:

- a) con riferimento specifico al solo settore immobiliare, la crisi economica e la condizione d'illiquidità del mercato moltiplicano il numero delle procedure caratterizzate da *assets* consistenti non immediatamente liquidabili, la cui esitazione contemporanea realizza un drammatico eccesso di offerta¹⁰, innescando una spirale depressiva delle quotazioni immobiliari tanto più rilevante laddove si consideri che: i) rispetto ai complessi aziendali ed in genere ai beni mobili che registrano inevitabilmente un grado di volatilità economica elevato nei cicli economici, gli immobili non risentono se non in misura marginale, del decadimento valoriale legato al tempo soprattutto laddove si provveda alle ordinarie azioni di salvaguardia tecnica e gestionale del valore; ii) la progressiva caduta del valore ascrivibile alle garanzie immobiliari genera un fenomeno di deperimento del significato ad esso riconosciuto dal settore creditizio, con effetti depressivi ulteriori nella concessione del credito;
- b) con riferimento alle vendite di aziende o di beni mobili in genere anche di rilevante valore, l'impossibilità registrata dagli operatori economici di accesso al credito condanna le vendite fallimentari alla dispersione di valori quand'anche consistenti e soprattutto, alla sottrazione al ciclo produttivo di beni altrimenti impiegabili nell'immediato;
- c) con riferimento al recupero di crediti di importo minore da parte di Equitalia, enti locali e *utility*, le procedure registrano costi sociali elevatissimi, con marginalizzazione di fasce di popolazione storicamente mai prima colpite dal fenomeno dell'insolvenza.

La crisi impone un ripensamento mirato degli strumenti apprestati dalle procedure concorsuali per la liquidazione dei beni e per la valutazione dei crediti oggetto di verifica nelle procedure concorsuali: in altri termini, in un sistema che conosce una crisi di liquidità così diffusa, devono essere ricercati e valorizzati gli istituti che consentono il perseguimento della soddisfazione dei creditori con "altra moneta" rispetto a quella avente corso legale, ossia, più precisamente mediante la messa in atto di istituti economico-giuridici che siano in grado di invertire strutturalmente il circolo vizioso della liquidazione trasformandolo nel circolo virtuoso di una realizzazione effettivamente concorsuale dei valori economici messi a rischio dall'insolvenza.

cento all'anno negli ultimi tre anni, passando dalle 5.930 procedure attivate nel 2011 alle 7.380 attivate nel 2013. Il totale passivo delle imprese coinvolte in nuovi fallimenti è aumentato, nello stesso periodo, da 16,7 a 20,6 miliardi di euro. Includendo anche i concordati, il totale passivo implicato in procedure concorsuali negli ultimi tre anni è stato pari a 78,5 miliardi di euro. Per quanto concerne la distribuzione geografica, quasi la metà dei fallimenti,

per numero e volume del passivo, sono concentrati in Lombardia, Veneto e Emilia Romagna. Tuttavia, tale concentrazione dipende più da una più elevata densità del tessuto imprenditoriale che da una maggiore incidenza dei fallimenti (Prometeia, 2014).

¹⁰ Nel solo Tribunale di Bologna si prevede che nel corso del 2013 saranno posti in vendita immobili per varie centinaia di milioni di euro.

Le istituzioni della giuridicità concorsuale: l'insolvenza civile

Da ormai un decennio il mondo delle procedure esecutive e concorsuali è stato oggetto ininterrottamente di interventi riformatori: in un percorso non privo di contraddizioni, il nostro ordinamento ha conosciuto la complessiva riscrittura della legge fallimentare e l'introduzione delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento cui sono seguiti - in una sorta di sciame sismico - interventi di assestamento, ora radicali in quanto votati ad una rivisitazione complessiva del ruolo assolto dalle procedure ora animati da un intento di razionalizzazione minore perché rivolti alla "correzione" e parziale riscrittura degli istituti di maggior criticità applicativa come registrati nella quotidiana prassi giudiziaria.

Il mondo delle esecuzioni civili e delle procedure fallimentari ne esce fortemente innovato nel fondamento storicamente posto alla loro relazione: la "fallace distinzione"¹¹ che delimitava confinariamente l'azione prodotta dalle esecuzioni civili rispetto alle procedure concorsuali pare così destinata ad un lento ma inesorabile declino a seguito dell'introduzione, più volte reinterpretata dallo stesso legislatore, delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Non è un declino che non abbia significati ulteriori rispetto alla sostituzione di un paradigma processuale ad un altro, in quanto si disperde complessivamente un'idea diversificata di concorso rilevante ai fini dell'una o dell'altra procedura prima antiteticamente fondata sulla dimensione temporale di maturazione del credito, con logiche di inclusione/esclusione dell'azione concorsuale distinte quanto a metriche di calcolo dei crediti, a logiche distributive, a stabilità degli atti realizzati, a valore delle relazioni instaurate con il mercato¹².

Le ragioni fondamentali di una tale distinzione hanno perso oramai da tempo i connotati di nettezza propri di una visione aprioristica dell'interesse pubblico, come tale presente nelle sole insolvenze commerciali¹³, per aprire il campo ad una dimensione del concorso per sua natura generale, non limitata ai soli beni aggrediti individualmente dall'azione del ceto creditorio.

80

Con primo riferimento al solo mondo delle esecuzioni civili, le ragioni di una rivisitazione critica di una tale distinzione sono varie e per molti versi convergenti:

- l'implementazione registrata dalla geografia dei diritti e delle cause di prelazione ad opera di un legislatore scarsamente attento ai profili di sistematicità dell'intervento normativo¹⁴, ha innescato

¹¹ D.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, GU, 14 maggio 2005, n. 111; D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169; D.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134; D.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98. Si segnala il contributo di R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, p. 15, che ricollega al *Code Napoleon* del 1807 l'origine binaria del nostro sistema processuale per l'insolvenza; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Tratt. Galgano*, IX, Padova, 1986, p. 9. La stessa distinzione tra insolvenza civile e insolvenza fallimentare, imperniata sulla figura dell'imprenditore come definita dall'art. 2221 c.c. risulta consacrata nella lettura di C. Cost., 16 giugno 1970, *Foro it.*, 1970, I, c. 1857: «anche se iure condendo può disconoscersi l'opportunità di una diversa determinazione di campo di applicazione di quella disciplina»; C. Cost., 27 luglio 1982, n. 145, *Foro it.*, 1982, I, c. 3006.

¹² V. B. CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990, p. 20 e ss.; U. SANTARELLI, voce

Fallimento (storia del), *Digesto/comm.*, V, Torino, 1990, p. 366 per una analisi storica del fallimento.

¹³ R. PROVINCIALI, *op. cit.*, 22. Si pensi solo alla irruzione sempre più pesante del credito al consumo su cui v. G. ALPA, voce *Credito al consumo*, *Digesto/civ.*, V, Torino, 1989, p. 22 e ss.; G. CANALE - F. MACARIO - S.T. MASUCCI, «Norme di attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo (artt. 121-126, D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 - T.U. delle leggi in materia di credito al consumo)», in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 745 e ss.

¹⁴ Si vedano i problemi applicativi posti dalla L. 28 febbraio 1997, n. 30 e le diverse risposte interpretative fornite dal suo concorso con la garanzia ipotecaria, T. Genova, 25-1-2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 188, con le tre note critiche di G. TUCCI, «Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare», *ivi*, p. 476; G. GABRIELLI, «Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare», in *Vita not.*, 1998, p. 749; A. LUMINOSO, in *La trascrizione del*

processi di difficile dominio dei meccanismi concorsuali che avevano la propria ragione fondativa nell'equilibrio, originariamente esistente, tra regola generale della *par condicio creditorum* e cause di prelazione¹⁵: la crescita registrata degli strumenti di autotutela consensuale all'interno di modelli contrattuali atipici¹⁶, la circolazione di modelli giuridici propri di altri ordinamenti (es., per tutti, il *trust*), l'emersione di nuovi diritti hanno eroso nelle sue fondamenta la distinzione classica garanzia generica/garanzia reale, che manifesta nelle procedure esecutive e nei meccanismi di presidio della sua azione, gli estremi di una crisi di non facile composizione interpretativa¹⁷. La scarsa mobilità interpretativa del diritto delle garanzie reali, propria della nostra tradizione legislativa, ha prodotto la codificazione di regole di giudizio estremamente rigide, difficilmente permeabili alle istanze della nuova economia, vissuta come eversiva e/o elusiva della *par condicio creditorum*, di cui si declama l'intatta vigenza «senza alcuna pretesa di giustizia sostanziale»¹⁸. Si è interrotto, in altri termini, il legame di immediatezza che nell'ottica del legislatore del 1942, legava il sistema della responsabilità patrimoniale all'obbligazione inadempita¹⁹, prefigurando la necessità di strumenti che superino la valenza sanzionatoria propria dell'esercizio potestativo all'esecuzione, in favore di modelli di controllo gestorio capaci di promuovere e concretizzare nuove *aspettative soddisfattive* dal patrimonio del debitore; - la necessità di assicurare nuovi strumenti di composizione dell'insolvenza dei soggetti coinvolti in fenomeni di insolvenza minore: l'abuso degli istituti della conversione e della riduzione del pignoramento, le difficoltà di individuazione dei beni, la sempre più estesa rilevanza dell'esecuzione presso terzi, hanno evidenziato l'esigenza di una regola processuale nuova, capace di restituire dinamiche compulsive all'adempimento spontaneo ovvero di promuovere la soluzione dell'insolvenza minore in tempi compatibili con la natura dei beni e le possibilità di concreto realizzo, con efficacia esdebitatoria per il debitore (c.d. *discharge*)²⁰; - l'accresciuta rilevanza economica delle insolvenze civili quanto a numero ed entità della ricchezza aggredita rende evanescente il richiamo ad una «diversa costituzione del patrimonio del debitore commerciale rispetto a quello del debitore civile»²¹, rimandando per razionalità economica dell'azione esecutiva esplicita a momenti di «ridefinizione/ricostruzione dei beni oggetto di aggressione esecutiva» e conseguentemente, a strumenti di relazione con il mercato non immediatamente riconducibili agli stereotipi dell'azione individuale sui singoli beni²².
Con la L. 27 gennaio 2012, n. 3, come modificata dall'art. 18, D.l. 179/2012, convertito in L. 17

81

contratto preliminare, a cura di A. Luminoso - G. Pa-lermo, Padova, 1998, p. 86; G. GAZZONI, «Trascrizione del contratto di compravendita e obbligo di dare», *Riv. not.*, 1997, 3; contra, G. ALESSI, «Il privilegio immobiliare del promissario acquirente», *Foro amm.*, 1997, p. 362; G. CIAN, «Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare», *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 389; C.M. TARDIVO, «Trascrizione del preliminare di vendita e finanziamento fondiario», *Vita not.*, 1997, p. 117.

¹⁵ V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1985, p. 19; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali - Artt. 2740-2744 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, p. 157 e ss.

¹⁶ Il rinvio inevitabile è al leasing finanziario, v. D. DE MARTINI, *Proprietà e disponibilità dei beni negli investimenti comuni, nel leasing, nella multiproprietà*, Padova, 1988; G. TUCCI, voce *Garanzia - Diritti di Garanzia - Dir. comp.*, *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1988, p. 6 e ss.

¹⁷ M. FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 448; G. TUCCI, voce *Garanzia*, *Digesto/civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 581 e ss.

¹⁸ Così P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori ad essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 919 e ss., p. 930 e ss. e ivi ogni riferimento.

¹⁹ Per la tendenza della dottrina a risolvere la responsabilità patrimoniale nell'espropriazione forzata, v. A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1949; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1987, p. 564; V. ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1964, p. 245. In senso più articolato, L. BARBIERA, *op. cit.*, p. 24 e ss.

²⁰ Si veda per estensione di analisi, M. MARCUCCI, «Insolvenza del debitore civile e "fresh start". Le ragioni di una regolamentazione», in *An. giur. ec.*, 2004, 2; A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993; C.J. TABB, «Historical Evolution of Bankruptcy Discharge», in *American Bankruptcy L.J.*, 1991, 65.

²¹ Così R. PROVINCIALI, *op. cit.*, p. 22.

²² Si veda sul punto U. SANTARELLI, *op. cit.*, p. 366.

dicembre 2012, n. 221, si è proceduto quindi ad un necessario riallineamento delle procedure che hanno come destinatari il debitore civile ed il consumatore, l'imprenditore al di sotto della soglia di cui all'art. 1 L.fall., gli imprenditori agricoli e gli enti non commerciali.

Il parallelismo paradigmatico rispetto al fallimento è evidente laddove si considerino gli istituti dell'accordo e del piano, del procedimento di liquidazione del patrimonio (a sua volta distinto nelle fasi di apertura, accertamento del passivo, liquidazione, riparto ed esdebitazione), con parziale affrancamento dalle logiche d'azione proprie del libro III del codice di procedura civile²³. Le peculiarità dell'accordo e del piano rispetto alla procedura di concordato, le specificità del procedimento di liquidazione se da un lato denotano la diffusione dei fenomeni di ibridazione degli istituti da parte del legislatore, evidenziano per altro verso la necessità di nuovi presidi della responsabilità patrimoniale del debitore, capaci di assicurare l'effettività dell'adempimento dei crediti, in una successione non meramente sequenziale tra accordo e/o piano e procedimento di liquidazione.

Gli effetti prodotti dalla disciplina del sovraindebitamento sul sistema delle obbligazioni appaiono invero rilevanti.

In primo luogo, si introduce una regolazione diversa del concorso dei creditori, fondata sull'accordo di maggioranza, capace di vincere ogni diverso intendimento dei creditori minoritari. L'idea che anima anche le procedure di regolazione del sovraindebitamento è che la razionalità concorsuale sia proporzionale alla sua quota nel concorso, al pari di quanto previsto dal diritto delle società di capitali. Si ripropone anche per l'involontario concorso dei creditori, la regola delle regole, ovvero sia la regola della maggioranza, propria delle società di capitali: «la democraticità equivale qui a proporzionalità, sta nel fare esattamente corrispondere il peso che la volontà di ciascuno esercita sulla decisione collettiva all'entità della sua quota di proprietà»²⁴. Quanto sia coerente con l'obiettivo di efficiente e realistica allocazione dei rischi è stato più volte sottolineato, soprattutto in una dinamica delle relazioni contrattuali sempre più governata dall'asimmetria delle informazioni.

82 Si ridisegna al contempo, un ruolo residuale del meccanismo della responsabilità patrimoniale del debitore rispetto alla funzione assolta dal "dover prestare" propria della teoria dell'obbligazione²⁵. Nel sovraindebitamento, l'adempimento coattivo, al pari dell'adempimento spontaneo, rimanda ad un'iniziativa del debitore che definisce con la maggioranza dei propri creditori, un diverso adempimento rispetto a quello presidiato dall'esecuzione individuale, non legato necessariamente alle logiche meccaniche del concorso paritario dei creditori quanto piuttosto alla diversa razionalità assentita del piano e dell'accordo. Non è un caso che le procedure esecutive individuali rimangano, negli intenti del nostro legislatore, sullo sfondo, come *extrema ratio* del sistema, assicurando la tenuta del diritto delle obbligazioni laddove il debitore sia inerte o sia fallita la procedura di composizione concordata della crisi.

La responsabilità patrimoniale come disegnata dal legislatore del '42 ne esce fortemente ridefinita anche nella sua estensione espropriativa: l'illimitatezza o l'universalità della responsabilità patrimoniale ne escono ridimensionate dall'introduzione dell'esdebitazione, ridisegnando così la condizione di futura illimitatezza dello stato di insolvenza del debitore.

²³ V. AA.VV., *La crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. Di Marzio - F. Macario - G. Terranova, Milano, 2012; F. MACARIO, «La nuova disciplina del sovraindebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili», in *Contr.*, 2012, IV, p. 231; L. PANZANI, «La nuova disciplina del sovraindebitamento

dopo il D.l. 18 ottobre 2012, n. 179», in www.ilfallimentarista.it, p. 9.

²⁴ F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007, p. 98.

²⁵ In tal senso, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale - Libro quarto*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma,

Le istituzioni della giuridicità concorsuale: le procedure concorsuali

Del pari, sul fronte concorsuale, il materialismo fisico che motivava il processo nella sequenzialità delle fasi di accertamento del passivo e di liquidazione dei beni, sembra sempre più il retaggio di un passato industriale ormai concluso: l'impresa non appare più come costruito materiale dell'*imprenditore-investitore*²⁶, aggregazione di beni finalizzati al suo esercizio, caratterizzata da una fisicità per sua natura tendenzialmente stabile, geograficamente riconoscibile ma si pone per l'irruzione delle nuove tecnologie della comunicazione, come "luogo dei contratti" (espliciti o impliciti che siano), capace di innescare cambiamenti rapidi nei prodotti, nelle logiche di allocazione delle risorse, nella composizione dei fattori produttivi, nelle esternalizzazioni delle attività produttive.

Il nuovo diritto societario con i D.lgs. 6/2003 e 31/2004, la riforma del mercato del lavoro come operata dalla L. delega 30/2003 e dal D.lgs. 276/2003, la responsabilità del produttore di cui all'art. 4, D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224²⁷ e i contratti di subfornitura ex L. 192/1998, la ridefinizione dei termini e dei mezzi di pagamento come operata dal D.lgs. 231/2001 mirano a ricomporre un quadro normativo ormai storicamente datato, incapace di assecondare l'evoluzione registrata dall'impresa sul finire del secolo trascorso.

In questa sede basti osservare come l'impresa flessibile, pur nella concisione descrittiva del termine, proponga un concetto di impresa aperta, orizzontalmente organizzata, capace di assicurare fisicità alla produzione di beni e servizi attraverso una razionale filiera di esternalizzazioni ed acquisizioni, non localisticamente legate ad un territorio: la grande e la piccola impresa non costituiscono necessariamente dimensioni imprenditoriali antitetiche in quanto «l'impresa fabbrica si è pian piano trasformata in fabbrica di imprese, con una gerarchia sempre più aperta al mercato»²⁸. La dimensione molecolare della piccola e media impresa guarda al territorio come distretto, come luogo di reperimento immediato di fattori della produzione per alimentare processi di innovazione costanti, capaci di adeguare prodotti e servizi ai veloci mutamenti dell'ambiente esterno.

La funzione imprenditoriale ne esce fortemente ridisegnata dall'avvento delle nuove tecnologie, in quanto sempre più significativamente legata alle modalità organizzative delle competenze, del lavoro, del capitale cognitivo²⁹ e per ciò stesso votata ad un nuovo equilibrio tra contratti associativi e strumenti contrattuali: l'adozione estesa di modelli contrattuali come strumenti organizzativi dell'impresa (primo fra tutti, il *franchising*) non solo opera una ridefinizione dell'area di effettivo governo dell'organizzazione e dei suoi presidi gerarchici ma innesca processi di *deverticalizzazione* dell'impresa che modificano le aree tradizionali di presenza degli strumenti contrattuali³⁰, chiamati anch'essi ad un'opera di governo strategico mai prima registrata. Si interrompe così la dimensione interno/esterno dell'impresa, si incrina la distinzione classica tra *stakeholder* / *shareholder* nella misura in cui:

- a) il processo decisionale non risulta più fisicamente identificabile in un "soggetto" ma risulta il prodotto delle relazioni cooperative prodotte nella filiera produttiva dai contratti d'impresa;
- b) la produzione ed il consumo non costituiscono polarità opposte del processo produttivo ma dimensioni alterne di un unico processo produttivo in cui la conoscenza assume il ruolo decisivo di collante tra le fasi di creazione e vendita delle merci.

1988, p. 84.

²⁶ Si rinvia per l'esame teorico delle teorie aziendali, a P. BASTIA, *Pianificazione e controllo dei risanamenti aziendali*, Torino, 1996, p. 13 e ss.

²⁷ Si veda G. ALPA - M. BIN - P. CENDON, *La responsabilità del produttore*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 1989.

²⁸ Si veda G. DIOGUARDI, *L'impresa nel Terzo millennio*, Bari, 1995, p. 10 e ss.; significativamente più avanti, a p. 135, osserva come «È necessario sganciare il più

possibile l'impresa dalle decisioni del passato, cercando innanzitutto di attribuire a tali elementi le condizioni di quasi flessibilità. I costi di ammortamento devono essere tendenzialmente trasformati in costi variabili di gestione».

²⁹ E. RULLANI, *La fabbrica dell'immateriale*, Roma, 2004, p. 23 e ss.

³⁰ R. DE LUCA TAMAJO, «Metamorfofi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione», *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 167 e ss.

La stessa nozione di mercato cui sacrificare nella liquidazione concorsuale, l'impresa insolvente appare mutata. La moderna teoria dei costi di transazione ha evidenziato una nozione di "complementarietà" tra impresa e mercato che ne esalta gli estremi concorrenziali più che antagonistici³¹: «se impresa e mercato sono allora strumenti alternativi per comporre, per mettere in correlazione una molteplicità di atti produttivi complementari»³², appare allora evidente come la ricollocazione sul mercato dell'impresa insolvente non possa essere semplicisticamente ed episodicamente devoluta ad un atto traslativo ma passi necessariamente da un'opera di ricostruzione del suo stesso oggetto, possibile solo implementando il «novero delle decisioni possibili» sia nell'imminenza della procedure concorsuali da parte degli *stakeholder* sia da parte degli organi delle procedure concorsuali al loro interno.

La legge fallimentare ha perso così lentamente ogni capacità sistemica di governo del concorso, erosa dall'alto da dinamiche di gestione amministrativa delle grandi insolvenze, dal basso da un'opera di disallineamento costante dei propri principi in esito alla mutazione dell'oggetto della sua stessa azione, rendendo ormai evidenti:

- la necessità di introdurre strumenti di prevenzione della crisi capaci di ausiliare processi di ristrutturazione non più fondati sul decisionismo unilaterale dell'imprenditore in crisi, ma animati dalla ridefinizione delle dipendenze e relazioni di breve e lungo periodo attraverso metodologie della cooperazione e condivisione negoziale garantite da momenti di terzietà. La produzione di «costrutti decisionali condivisi per la crisi»³³ costituisce pertanto una strada obbligata per l'impresa moderna, in quanto la razionalità del piano di ristrutturazione guarda al mercato non solo nell'ottica riduttiva del consenso episodico, manifestato all'interno di un percorso processuale come richiesto nelle sole procedure concorsuali minori ma assume lo stesso a ragione strategica per la rinegoziazione dei contratti, delle cooperazioni interrotte, delle interazioni sociali alterate³⁴. Nell'ottica indicata, appaiono pertanto evidenti i limiti insiti nella procedura di concordato preventivo, in cui la rinegoziazione dell'insolvenza si avvantaggia di un apparato decisionale "unilateralmente" precostituito, senza alcun
- 84 apporto di terzietà e parità negoziale, ideologicamente demandata alla sola logica binaria del voto;
- la necessità di distinguere tra processi di ristrutturazione e procedure di liquidazione³⁵, ad oggi ibridamente compendiate nel concordato preventivo: va qui osservato come l'esito ampiamente censito del concordato preventivo quanto percentuale di pagamento pur attestata nel piano deve indurre ad una riflessione di coerenza dello strumento, privo di ogni pur limitata delimitazione tipologica pur necessaria alla concreta operatività dello strumento. L'implementazione delle funzioni assegnate alla procedura con l'introduzione del concordato di continuità costituisce un'ulteriore esempio di una dinamica normativa astratta rispetto alle dinamiche concrete della crisi, rivolta più ad una implementazione descrittiva delle attività che ad una differenziazione tipologica netta degli istituti: lo scarso successo del concordato di continuità dovrebbe costituire in tale senso motivo di riflessione critica e di ripensamento complessivo dell'istituto, ad oggi deprivato dall'iperattivismo legislativo, di ogni connotazione valoriale³⁶;
- la necessità di restituire efficienza nella "linea di trasmissione del comando insita nella successione

³¹ Coase 1937, soprattutto Willamson 1975, 1979, 1983.

³² Così P. BASTIA, *Gli accordi tra imprese*, Bologna, 1997.

³³ L'espressione è mutuata da P. BASTIA, *op. loc. ult. cit.*

³⁴ Si veda F. CAFAGGI, *Reti di imprese*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Bologna, 2004, p. 27 e ss.

³⁵ Per una ricognizione sistematica, G. BRUGGER, *Profili aziendali, sub Art. 160, in Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* diretto da Jorio, Bologna, 2007, p. 2301 e ss.

³⁶ S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 4 agosto 2013.; M. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività*

d'impresa, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Giuffrè, Milano, 2011, p. 137. A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXV, Torino, 2012. L. STANGHELLINI, «Il concordato con continuità aziendale», in *Il fall.*, 2013, p. 1222. G. TERRANOVA, «Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica», in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 1. U. TOMBARI, «Alcune riflessioni sulle fattispecie del concordato con continuità aziendale», in www.ifallimentarista.it.

sequenziale delle fasi del processo concorsuale³⁷. La difficile reperibilità dei beni non svuota dall'interno la *mission* della procedura concorsuale, ma la condanna all'evanescenza di significato sociale, di visibilità concreta dell'attività restitutiva proposta: la qualità ad oggi sempre più estesamente censita di *best practice*, di modalità di ricostruzione e arricchimento dei valori censiti deve necessariamente superare la condizione meramente materialistica che ne limita le possibilità di positiva esplicazione ai soli beni e diritti inventariati e alle azioni di reintegra della massa attiva, per consentire la costruzione di itinerari liquidatori che conoscano della ridefinizione di *assets* attraverso processi di (ri)composizione degli assetti organizzativi e contrattuali intesi quali componenti essenziali dei beni aziendali. Nell'insolvenza, la separazione classica tra organizzazione ed attività imprenditoriale, tra modello organizzativo di diretta diramazione del diritto societario e attività economica di stretto dominio contrattuale deve essere necessariamente oggetto di riconsiderazione in quanto la nuova qualità dei contratti (quali, ad es., i contratti di appalto, di subfornitura, di *franchising*, di somministrazione, di lavoro) si pone come dimensionamento organizzativo specifico del fenomeno imprenditoriale, capace di influire pesantemente sulla qualità e sul valore degli strumenti materiali reperiti all'atto del *default*: indice di tale nuova collocazione strategica dell'attività contrattuale può trarsi dalla disciplina dei contratti in corso di cui agli artt. 50 e 51, D.lgs. 270/1999 che nel generalizzare la facoltà di scioglimento del commissario dai contratti, implicitamente demanda allo stesso il dimensionamento delle attività imprenditoriali residue per il tramite del subentro, quand'anche questo venga attuato realizzando una sostanziale deroga alla dimensione temporale insita nell'ordinario concorso fallimentare³⁷;

- la necessità di recepire principi di regolazione uniforme dell'insolvenza, che fondino una legittimazione capace di superare gli estremi geografici del singolo stato per essere parte di regole comunemente riconosciute da altri stati partecipi degli stessi principi di economia di mercato³⁸. La dimensione dell'impresa dipende sempre più dalle dinamiche internazionali dei contratti, dalle diversificazioni produttive perseguite anche attraverso localizzazioni produttive ritenute strategicamente necessarie, innestando logiche d'azione che rimandano ad una dimensione di governo processuale anch'essa strategicamente votata all'azione complementare di più ordinamenti animati da un identico universo normativo.

85

Il nuovo tempo delle procedure

Le istituzioni della giuridicità concorsuale sono chiamate ad una lettura rinnovata del ruolo dalle stesse assolto in un quadro mutato che vede incrinati i paradigmi stessi della propria azione, quali ad esempio, la distinzione insolvenza civile e concorsuale, tra grande, piccola e media impresa, procedimenti di liquidazione e processi di ristrutturazione delle esposizioni debitorie.

L'insegnamento keynesiano della fallacia delle logiche del lungo periodo³⁹ deve guidare un pensiero riformatore che assuma il tempo presente come l'unico tempo responsabile per l'economia e per le istituzioni della giuridicità concorsuale: il tempo presente deve essere il tempo dell'istituzione del legame con il futuro.

La natura della crisi richiede pertanto uno spirito riformatore che non operi solo sulla norma fidando

³⁷ Si veda G. LO CASCIO, *Commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000, p. 236 e ss.; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, p. 1073.

³⁸ Si veda per tutti, R. EFRAT, «Global Trends in Personal Bankruptcy», in *American Bankruptcy L.J.*, 2002; la Germania, gli Stati Uniti e l'Inghilterra adottano procedure uniformi

sia per l'imprenditore che per il debitore comune, anche se con differenziazioni; di recente la Spagna ha proceduto all'unificazione delle procedure con la *Ley Organica* 8/2003 del 9 luglio 2003.

³⁹ A sua volta inteso come un «momento di equilibrio che prima o poi arriverà», v. M. AMATO - L. FANTACCI, *Fine della finanza*, Roma, 2012, cap. 6.

nella sua astratta capacità performativa, troppo facilmente contraddetta dall'esito invero incoerente di un decennio di riforme, quanto piuttosto miri a delineare una «nuova organizzazione del tempo presente delle procedure concorsuali» che muova dall'implementazione del significato anche monetario di ogni sua fase avvalendosi del supporto delle tecnologie ICT.

Il sistema normativo deve assumere una nozione di tempo capace di proporre un orientamento complessivo verso l'inattuale valorizzando la risorsa che è insita nella "forza della legge", ossia la sua propensione al futuro: se il tempo, per Luhmann, è «l'unità fattuale di attualità e inattualità»⁴⁰, il sistema normativo delle istituzioni della giuridicità concorsuale deve proporsi come luogo di censimento sistematico dei crediti e delle loro realistiche aspettative di soddisfazione, ovvero sia di congiunzione-coniugazione di riferimenti al passato per strutturare le operazioni presenti, *organizzando* il futuro e contribuendo alla sua realizzazione nel senso auspicato.

In particolare, si propone il superamento della condizione di inattualità propria dei crediti che insinuati al passivo delle procedure concorsuali, siano comunque assistiti da una razionale valutazione di capienza, al fine di consentire la loro partecipazione alle procedure di liquidazione degli attivi che abbiano conosciuto la diserenza degli incanti.

I procedimenti di valorizzazione dei crediti non costituiranno espressione della logica valutativa *singolare* della procedura nella sua relazione con il mercato ma rifletteranno la capacità predittiva assicurata dal complesso delle informazioni gestite dai sistemi informativi delle procedure concorsuali, superando pertanto il rischio insito in ogni processo valutativo condotto con metriche autoreferenziali. L'interruzione della linearità avviene pertanto con la correzione della «unicità del paradigma della liquidità» attraverso la valorizzazione di modalità soddisfattive diverse, proprie della teoria delle obbligazioni quali la *datio in solutum*, la compensazione non più legate alla singola vicenda processuale ma «estese per la capacità di connessione qualificata convalidata da valutazioni macroeconomiche e sistemiche e realizzata dall'ICT: in tale contesto e a queste condizioni, il pagamento con moneta concorsuale potrà assolvere - per previsione normativa, dovrà assolvere - alla medesima funzione della moneta legale, costituendo pagamento del dovuto».

86

Così inteso, il tempo consente al sistema di distaccarsi dalla sua contingenza in quanto capace di produrre - in un complesso reticolo di connessioni - uniformità, influenze, rettificazioni: il tempo dell'adempimento concorsuale sarà la strutturazione di sistemi capaci di ricorsività e circolarità virtuosa d'intrecci e sovrapposizioni tra operazioni precedenti e successive.

In relazione al tempo, il sistema produce un suo ordine non più lineare: prepara il futuro con le proprie azioni (certificazione di capienza dei crediti) e contemporaneamente, si alimenta di un reticolo di aspettative e proiezioni capace di orientamento nelle procedure volte alla liquidazione attuale dei beni.

Il nuovo tempo delle procedure liquidative

L'unicità lineare del tempo di liquidazione dell'attivo è già interrotta - nel suo paradigma - da un sistema di assegnazione soddisfattiva dell'attivo ad oggi scarsamente diffuso e utilizzato.

La norma di riferimento immediato deve essere rinvenuta nell'art. 505 c.p.c., laddove definisce gli estremi dell'assegnazione come mezzo di soddisfazione alternativo rispetto alla vendita forzata⁴¹. È stato correttamente osservato come l'assegnazione si differenzia dalla vendita per due estremi: i) l'aggiudicatario non è un soggetto terzo ma una parte del processo esecutivo; ii) non realizza la

⁴⁰ LUHMANN, *op. cit.*, p. 132.

⁴¹ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, rist. 1966, p. 201.

conversione in una somma di denaro del bene pignorato, salvo le ipotesi di conguaglio, bensì il suo diretto trasferimento al creditore offerente a soddisfazione totale o parziale del suo credito.

L'assegnazione consiste in un negozio attributivo dalla duplice natura in quanto insieme alla specifica funzione traslativa all'assegnatario di un bene del debitore, realizza una specifica funzione satisfattiva in tutto o in parte del credito portato dal titolo esecutivo vantato dai creditori intervenuti. Al pari della vendita coattiva, il trasferimento in assegnazione realizza un acquisto a titolo derivativo in quanto l'assegnatario acquista un diritto di contenuto omologo a quello del debitore e non già autonomo o indipendente⁴².

L'assegnazione si frantuma in diverse tipologie previste dal legislatore del codice di procedura civile:

- a) assegnazione satisfattiva, laddove il valore del bene assegnato sia pari o inferiore all'importo del credito vantato dall'interessato e delle spese di procedura, assolvendo ad una funzione solutoria indiretta senza alcun esborso ulteriore di denaro;
- b) assegnazione vendita o assegnazione sostitutiva laddove, nel concorso di più creditori, il valore dei beni assegnati superi quello del creditore assegnatario, tenuto al versamento di un importo pari almeno al valore delle spese di esecuzione e dei crediti aventi diritto di prelazione anteriori;
- c) assegnazione mista quando il valore della cosa assegnata ecceda il credito dell'assegnatario, chiamato a versare nelle forme dei depositi giudiziari la sola differenza titolo di conguaglio, trattenendo l'eccedenza titolo satisfattivo.

Pur sorretta da una parziale identità di regime giuridico rispetto alla vendita coattiva⁴³, l'assegnazione comunque costituisce per le esecuzioni, una modalità minore in quanto: a) l'istanza di assegnazione può essere formulata solo ad esperimento di vendita deserta; b) l'istanza di assegnazione necessita, in caso di concorso di più creditori⁴⁴, del loro assenso.

La condizione "minoritaria" della assegnazione rispetto alla vendita è pertanto per intero iscritta all'interno del "tempo storico" della sua concreta esperibilità:

- a) l'assegnazione ha luogo solo laddove si verifichi la mancanza di offerte⁴⁵;
- b) l'assegnazione nell'espropriazione immobiliare con più creditori intervenuti, dopo la riforma del 2005, può essere formulata solo nelle forme dell'assegnazione vendita;
- c) l'istanza del creditore può essere disattesa dal giudice laddove vi sia la ragionevole attesa di un successivo incanto fruttuoso.

Da sempre, si è ritenuto che l'istituto dell'assegnazione dei beni non sia applicabile alle procedure fallimentari⁴⁶. Le ragioni addotte sono varie, quali la compiutezza del sistema di liquidazione dell'attivo delineato dalla legge fallimentare, che tende alla necessaria trasformazione in denaro dei beni del fallito per il successivo riparto fra i creditori, il rispetto del principio della *par condicio creditorum*, che sarebbe violato dalla preferenza accordata al creditore assegnatario ed in genere, l'incompatibilità con la struttura del fallimento dell'assegnazione-vendita⁴⁷, «tenuto conto della sua obiettiva proiezione funzionale a presidio, *rectius*, ad ulteriore rafforzamento, della posizione di creditori determinati quali i titolari di prelazioni aventi grado peggiore»⁴⁸.

⁴² A. BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1998, p. 182.

⁴³ Si veda A. BONSIGNORI, *op. loc. cit.*, p. 212 e ss.

⁴⁴ S. SATTI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁵ Ipotesi questa distinta dalla mancanza di offerenti, v. P. CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Torino, 2010, p. 670.

⁴⁶ Con riferimento alla legge fallimentare del '42, v. A. BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo*, in *Comm. Scialoja, Branca L.fall.*, Bologna-Roma, 1976, 33; R. PROVINCIALI, *op. cit.*, p. 1585; E.F. RICCI, «Profili

di legittimità costituzionale della devoluzione allo stato dell'immobile pignorato dall'attore», in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 182; per un'apertura all'istituto v. P. PAJARDI, «Nota a Cass., 22 luglio 1983, n. 5069», in *Giur. fall.*, 1983, p. 108; M. MONTANARI, *I procedimenti di liquidazione e ripartizione dell'attivo fallimentare*, Torino, 1995, p. 47 e ss.

⁴⁷ In tal senso, Cass., 22 luglio 1983, n. 5069, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 186; in *Foro amm.*, 1984, p. 438.

⁴⁸ Così M. MONTANARI, *op. cit.*, p. 47, richiamandosi a A. BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, *cit.*, p. 181.

I primi segni di un parziale superamento del disfavore indicato possono cogliersi nella riforma del concordato preventivo laddove espressamente si consente la «soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma ivi compresa l'attribuzione ai creditori nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di credito» [art. 160, comma 1, lett. a)] e la possibilità che i creditori possano essere assuntori ovvero società da questi partecipate [art. 160, comma 1, lett. b)].

L'apertura operata con l'introduzione di modalità di soddisfazione diverse ha peraltro avuto un riscontro irrisorio nella prassi quotidiana degli uffici giudiziari, votati generalmente alla liquidazione dei beni dedotti in concordato, sebbene in forma contrattualmente governate: resta da chiedersi se la disaffezione registrata sia imputabile agli istituti genericamente coinvolti nelle forme di soddisfazione diverse dall'adempimento monetario ovvero sia in qualche modo il portato di una criticità costitutiva del concordato preventivo introdotto dalla L. n. 80 del 2005.

In generale, deve osservarsi:

- le forme di adempimento diverso rispetto alla ripartizione monetaria risentono dell'impossibilità di applicazione coattiva in quanto richiedono un consenso individualmente formulato per ognuno dei soggetti coinvolti nella vicenda satisfattiva: come osservato in sede di prima applicazione dell'istituto, non è dato alla maggioranza definire per il singolo creditore forme di soddisfazione del credito diverse dalla ripartizione monetaria, quali ad esempio, l'assegnazione di un bene a tacitazione del credito privilegiato vantato⁴⁹;

- le forme di adempimento con moneta concorsuale rimandano ad una visione sistematica della singola procedura nell'ambito più ampio costituito dalla pluralità delle procedure attive, consentendo così la creazione di un *legame monetario* diverso rispetto a quello della liquidazione mercantile dei beni, legame monetario possibile in ragione della visione macroeconomica resa possibile dalla compensazione ed effettiva dalle tecnologie ICT.

- 88 Tale condizione di minorità deve essere superata attraverso il complessivo ridisegno del “sistema delle compensazioni”, che consenta di addivenire a forme di allocazione satisfattiva dei beni quando la relazione con il mercato della “liquidità primaria” abbia dato esito negativo.

Il nuovo tempo: “la moneta concorsuale”

Lo stato attuale delle procedure registra: i) la presenza di ingenti valori mobiliari ed immobiliari oggetto di procedure di vendita infruttuosa; ii) masse creditorie incagliate in attesa dei realizzati delle procedure di esitazione, senza alcuna possibilità di diversa “liquidazione”.

Se si consentisse di “spendere” nell'acquisto dei beni messi in vendita, i crediti che hanno una “ragionevole attesa di soddisfazione” (quand'anche in misura diversa e minore rispetto alle ragionevoli attese), il sistema registrerebbe la *conversione* dei crediti fallimentari incagliati in potere di acquisto reale unitamente al ritorno dei beni dedotti in vendita fallimentare alla loro pertinente funzione economico-sociale⁵⁰.

⁴⁹ Trib. Bologna, decr. 16 dicembre 2008 per il quale «Al riguardo, osserva il Collegio come l'apertura della procedura concordataria a momenti di negoziabilità regolativa dell'inadempienza maturata e, per il suo tramite, dell'insolvenza deve comunque essere ricondotta ai principi che presidono l'adempimento, ed in particolare, con riferimento all'ipotesi in esame, la *datio in solutum*, non essendo possibile demandare semplicisticamente - in assenza di un preventivo accordo - al potere dispositivo

della maggioranza dei creditori, forme di adempimento che non avvengano con denaro».

⁵⁰ Si pensi al caso di un artigiano, creditore privilegiato in un fallimento, che potesse spendere il proprio credito per acquistare beni produttivi; ad un professionista che potesse acquistare un autoveicolo da un fallimento saldandolo con il proprio credito verso altro fallimento; ad un dipendente che potesse impiegare i propri crediti per retribuzioni e Tfr per acquistare un'abitazione o, magari in gruppo con

Consentire il reimpiego dei crediti incagliati nell'acquisto di beni dedotti nelle vendite fallimentari significa restituire gli *assets* al loro più proficuo impiego e concentrare progressivamente le posizioni illiquide all'interno delle procedure (resi cessionarie dei crediti verso altre procedure di chi abbia pagato con "moneta fallimentare")⁵¹, diminuendo così sensibilmente il rischio di "contagio" della crisi, originato dal noto fenomeno delle c.d. "insolvenze a catena"⁵².

L'intero sistema dovrebbe funzionare su base opzionale, senza imporre il modello ai singoli creditori ma offrendo loro una semplice opportunità di impiego alternativo: peraltro operata la scelta, la stessa dovrebbe essere irrevocabile.

La fisiologica delimitazione del fenomeno necessita di condizioni d'operatività rigide quali:

i) la procedura che accetta in pagamento il credito, è una procedura che ha già cercato il mercato senza successo (diserzione delle vendite) e che quindi può attendere la conversione della moneta concorsuale, avendo peraltro la necessità di esitare nell'immediato i propri beni (ad es. macchinari a rischio di obsolescenza);

ii) i crediti devono essere assistiti da una certificazione di capienza che ne consenta la spendibilità: la definizione di un corretto «rapporto di conversione dei crediti in moneta legale in crediti in moneta fallimentare» costituisce lo snodo fondamentale dell'intero sistema in quanto tale rapporto non può essere determinato in modo automatico ed univoco ma dovrà necessariamente essere determinato caso per caso, attraverso un procedimento di stima validata da parte di soggetto terzo con adeguati requisiti di competenza, affidabilità ed indipendenza, che provveda alla valutazione dello stato della procedura, della composizione quali-quantitativa del suo attivo e delle caratteristiche intrinseche del credito (grado di privilegio, garanzie, grado di realizzabilità degli *assets* etc.). Al riguardo, appare possibile ipotizzare che una volta chiuso lo stato passivo⁵³ e compiuta una prima valutazione dell'attivo realizzabile, venga formato per ciascuna procedura un "progetto di conversione in moneta fallimentare", che indichi a ciascun creditore, il valore del suo credito in moneta fallimentare, in modo da consentire una scelta il più possibile serena e ponderata sin dall'avvio della procedura. In altri termini, nella formazione dello stato passivo le procedure dovranno assicurare sia la quantificazione dei crediti in moneta legale, sia la conversione dei crediti "capianti" nella moneta fallimentare;

iii) la procedura che accetta il credito in pagamento può trarne un vantaggio ulteriore quale insito nella vendita a prezzo d'asta pieno rispetto alla normale riduzione degli incanti successivi.

89

Operazioni preliminari



altri lavoratori, per rilevare un'azienda e mettersi in proprio.

⁵¹ Si impiega questa terminologia per semplicità e per il suo valore evocativo, ma il meccanismo potrebbe, *mutatis mutandis*, funzionare anche per le esecuzioni individuali.

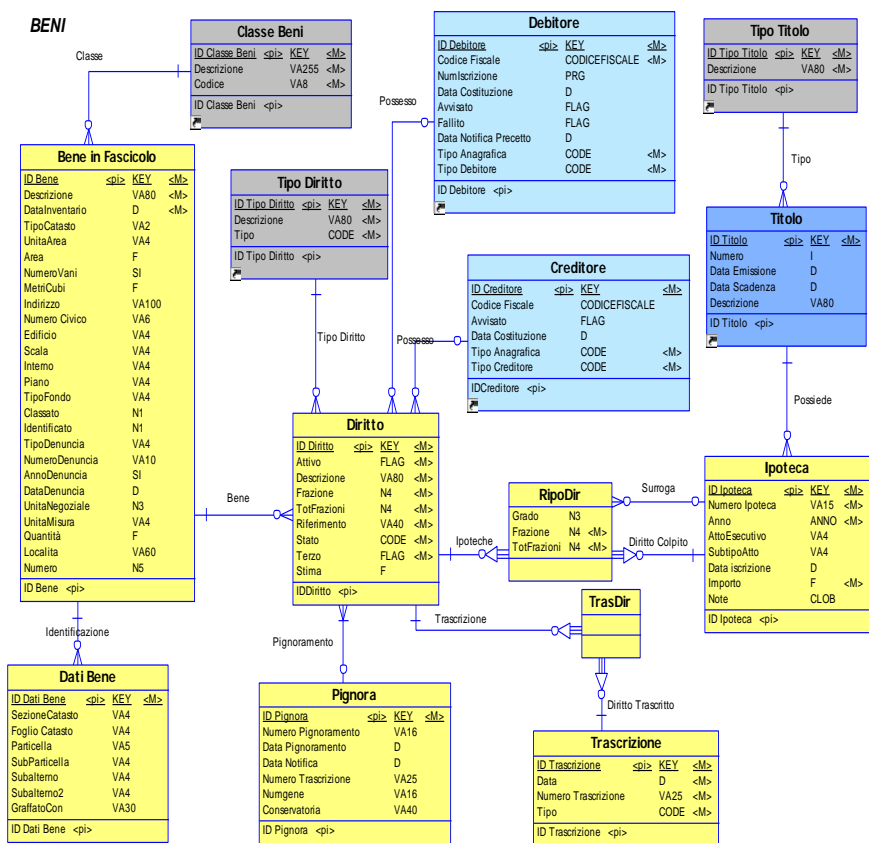
⁵² Fenomeno che nell'ultimo anno, anche per effetto di un

uso a volte distorto del nuovo concordato c.d. in continuità, assume i contorni di una vera e propria potenziale *race to the bottom*.

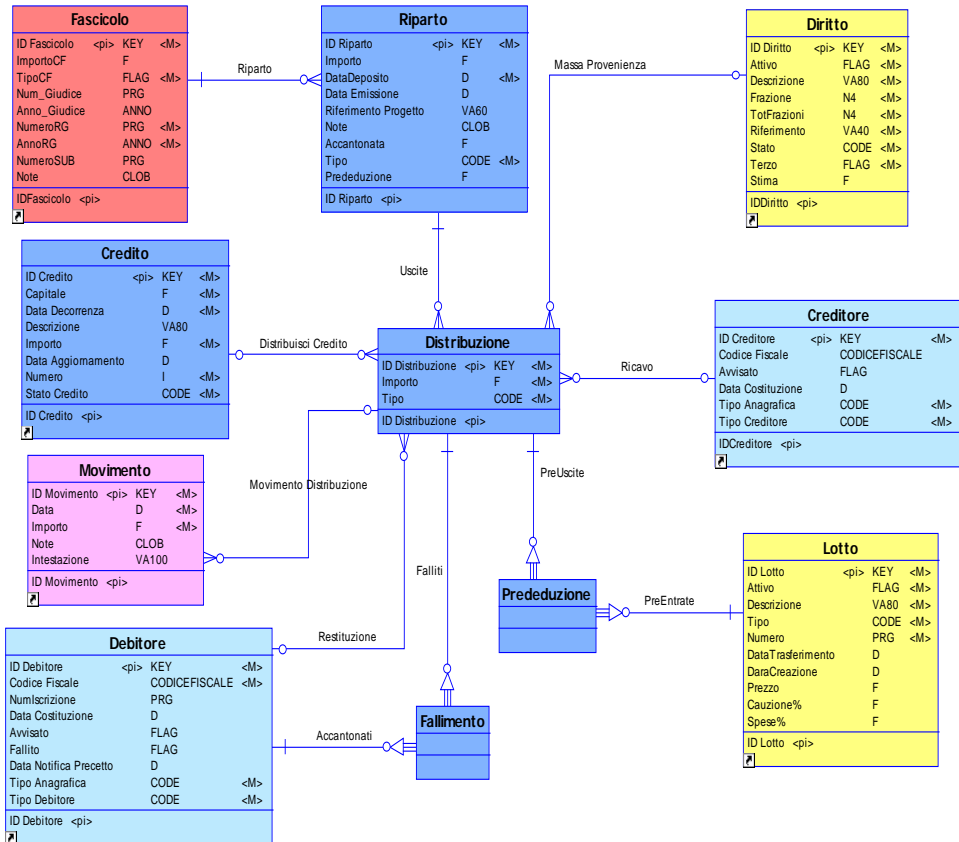
⁵³ Ancora una volta, si impiega un termine strettamente fallimentare, ma analoghe considerazioni valgono per

Sistemi informativi e moneta concorsuale

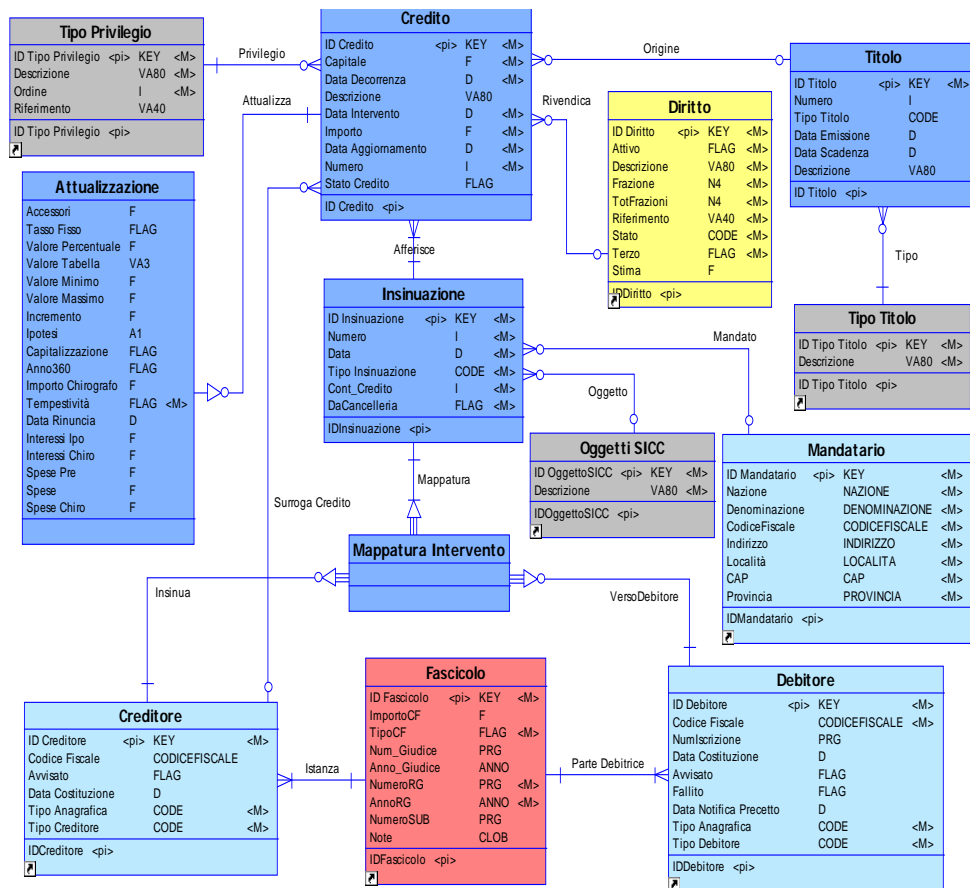
L'operatività del sistema di moneta concorsuale è per intero demandata alla qualità delle informazioni processate dai sistemi informativi ad oggi in uso, opportunamente implementati per consentire ad un ente, quale la Cassa di compensazione e garanzia, il pieno assolvimento dei compiti alla stessa demandati.



Schema credito



Schema riparto



92

Il sistema informativo ad oggi gestisce:

a) *metriche di misurazione per fase processuale con selezione dei momenti ad alta criticità gestionale.*

La costruzione del S.I. con macchine a stati paralleli per le fasi processuali ha già interrotto l'unicità della dinamica sequenziale propria delle fasi di inizio procedura/fine procedura, per aprire alla gestione separata delle fasi di accertamento del passivo, esercizio provvisorio, liquidazione, chiusura, con vantaggi insiti nella selezione delle informazioni rilevanti per ogni fase del processo e possibilità di aggregazione per soggetti interessati dall'insolvenza. Si è provveduto, pertanto, a semplificare la rappresentazione cognitiva delle fasi processuali variamente diversificate dalle varie procedure esecutive e concorsuali proponendo la seguente aggregazione rappresentativa.



Figura 1 - Tripartizione delle fasi processuali delle procedure esecutive e concorsuali

b) *sistema di rilevazione qualitativa dei diritti oggetto di aggressione esecutiva o concorsuale*: la valutazione del credito dipende anche dalla qualità del diritto oggetto di aggressione esecutiva e dagli incidenti introdotti all'interno dell'esecuzione medesima, rimandando ad una serie di giudizi quali quello di appartenenza, di alienabilità, di stima e di soddisfazione la cui metrica razionale dipende solo in parte dai processi di elaborazione delle informazioni della singola procedura. Le procedure sono chiamate a dare evidenza ai *giudizi di appartenenza*⁵⁴ come veicolati dall'apprensione dei beni operata all'interno delle procedure. La crescente difficoltà di procedere alla facile e corretta individuazione dei beni oggetto di aggressione⁵⁵ e la accresciuta complessità dei diritti gravanti sugli immobili costituiscono un elemento di criticità mai troppo evidenziato. In particolare, la stessa connotazione geografica dei diritti reali ha assunto da tempo confini nuovi e estremamente problematici laddove si confrontano con il pignoramento ed il vincolo di indisponibilità conseguente. L'accresciuto ricorso a patrimoni di destinazione⁵⁶, l'ampliamento delle connotazioni di inerenza conosciute da diritti una volta minori rimandano sempre più a valutazioni cognitive di non facile dispiegamento, quanto mai necessarie a instaurare una relazione con il mercato incentrata su una dimensione informativa completa ed affidabile. Al riguardo, con riferimento ai soli beni immobili, si rammenta come la formulazione di un tale giudizio rimandi sempre più pesantemente alla definizione di problematiche innescate: 93

- dalla consistenza dei diritti come asseverati dalla documentazione ipotecaria e catastale, spesso caratterizzata dalla carenza di requisiti di continuità e ponderabilità trascrizionale dei diritti medesimi;
- dalla coesistenza sul medesimo bene di diritti di godimento di terzi con problematiche ad oggi irrisolte quali ad esempio quelle interessate dalla natura dei diritti interessati dalla costituzione in fondo patrimoniale⁵⁷;
- dall'esistenza di domande giudiziali anteriori alla trascrizione del pignoramento⁵⁸, ovvero dalla trascrizione di un contratto preliminare operata dalla L. 28 febbraio 1997, n. 30⁵⁹, con l'introduzione di effetti prenotativi ovvero di opportunismi distributivi di non facile composizione in sede esecutiva. Si propone pertanto un aggregato delle rappresentazioni possibili con l'utilizzo delle metriche indicate.

⁵⁴ G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961.

⁵⁵ L.P. COMOGLIO, «Direzione del processo e responsabilità del giudice», *Riv. dir. proc.*, 1977, II, p. 14 e ss.; ID., «L'individuazione dei beni da pignorare», *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 83 e ss.; E. MERLIN, «L'individuazione dei beni da pignorare e la "trasparenza" dei patrimoni: riflessioni "de iure condendo"», *Giur. it.*, 1993, IV, p. 205; ID., *Prospettive di riforma parziale del diritto dell'esecuzione forzata: l'individuazione dei beni da pignorare e la garanzia patrimoniale c.d.*

generica dell'obbligazione civile, Milano, 1994.

⁵⁶ M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; AA.VV., *Mandato, fiducia e trust. Esperienze a confronto*, a cura di Alcaro-Tommasini, Milano, 2003; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001.

⁵⁷ Si veda per tutti, T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1992, p. 171 e ss.

⁵⁸ Si veda G. MICCOLIS, *Giudizi sull'appartenenza e pignoramento*, Napoli, 1994, p. 33 e ss.

⁵⁹ Si veda A. LUMINOSO, *op. cit.*

@- Judge evaluation credits

creditore	giudizio di appartenenza	giudizio di alienazione	valore stimato	valore realizzato	grado di soddisfazione
privilegiato 1° <input type="checkbox"/>	positivo <input type="checkbox"/> negativo <input type="checkbox"/>	positivo <input type="checkbox"/> negativo <input type="checkbox"/>	€ _____	€ _____	% _____
privilegiato 2° <input type="checkbox"/>	positivo <input type="checkbox"/> negativo <input type="checkbox"/>	positivo <input type="checkbox"/> negativo <input type="checkbox"/>	€ _____	€ _____	% _____
privilegiato 3° <input type="checkbox"/>	positivo <input type="checkbox"/> negativo <input type="checkbox"/>	positivo <input type="checkbox"/> negativo <input type="checkbox"/>	€ _____	€ _____	% _____
chirografario <input type="checkbox"/>	positivo <input type="checkbox"/> negativo <input type="checkbox"/>	positivo <input type="checkbox"/> negativo <input type="checkbox"/>	€ _____	€ _____	% _____

94

c) *sistema di calcolo dei crediti*: il richiamo ai recenti orientamenti in tema di anatocismo nei contratti bancari, ivi compreso il mutuo, rendono ragione della maturata inidoneità del sistema complessivo a sorreggere metriche economiche di calcolo univoche e condivise⁶⁰. La moneta concorsuale necessita di un sistema di calcolo che assuma le mutazioni indotte dal quadro normativo e la ridefinizione dei parametri concreti di riferimento a capacità decisionale che superi le incoerenze ad oggi registrate nel calcolo del medesimo credito da parte degli attori sociali del sistema;

d) *apertura e correlazione con le tecniche di stima e valutazione del settore bancario*: non è questa la sede per l'esame *funditus* di una tale normativa, del valore alla stessa assegnato dagli attori di settore, delle implicazioni interne prodotte sull'azione degli intermediari finanziari sia con riferimento alle dinamiche di dimensionamento nella concessione del credito sia con riferimento alla qualità sistemica degli indicatori prodotti⁶¹. Va solo qui evidenziato come: i) le mutazioni registrate dal sistema creditizio sia nella dimensione istituzionale che nelle dinamiche di mercato hanno imposto la strutturazione dei requisiti informativi del sistema capace di sostenere una lettura ampia ed articolata delle informazioni da processo; ii) nella definizione architettonica del sistema informativo realizzato, si è cercato non solo di perseguire logiche di gestione repertoriale proprie dei registri di cancelleria, ma, avuto riguardo ai mutamenti complessivamente registrati dal settore creditizio, si è cercato di ausiliarne le funzioni decisionali nella consapevolezza che una più fluida esplicazione delle stesse ha riflessi positivi non solo all'interno del singolo processo, nella relazione da insolvenza dallo stesso governata, ma sull'intero ufficio quale organizzazione chiamata alla gestione della relazione.

⁶⁰ Cfr. sulla sola problematica degli interessi, Cass., 16 marzo 1999, n. 2374; Cass., 30 marzo 1999, n. 3096, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1153, con nota di Palmeri e Pardolesi; Cass., 11 novembre 1999, n. 12507, *ivi*, 2000, I, c. 451, con note di Palmeri e Nigro; Cass., 20 febbraio 2003, n. 2593, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1774. Si veda per tutti, O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001; G. LA ROCCA, *Dall'inadempimento ai contratti di credito*,

Napoli, 2002; B. INZITARI, «Il mutuo con riguardo al “tasso soglia” della disciplina antiusura e al divieto di anatocismo», in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 257 e ss.

⁶¹ Si veda L. BUZZACCHI, M. PAGNINI, I. VALSECCHI, *Credit scoring e organizzazione dell'attività del prestito nelle banche: una rassegna della letteratura*, in *Le banche e il credito alle imprese durante la crisi*, a cura di A. Zazzaro, p. 213, Bologna 2014.

La necessità di consentire anche nell'insolvenza una lettura del rischio capace di rendere realistiche operazioni di dimensionamento si è posta come requisito di concretezza progettuale, in quanto prodotto di una gestione informativa del processo estremamente aperta alle interrogazioni qualitative⁶².

Le informazioni censite all'interno delle procedure, ad oggi oscurate nella dimensione indistinta dell'atto di intervento, consentono a regime una serie di interrogazioni capaci di ausiliare lo sviluppo di sistemi di valutazione dei crediti azionati nelle procedure.

Rimandando alla letteratura specialistica sul punto, il sistema dovrà rendere possibile l'aggregazione di una serie di osservazioni storiche su un numero consistente di procedure al fine di permettere agli utenti:

- la misurazione della perdita subita dal creditore per la totale o parziale impossibilità di recuperare per via stragiudiziale o giudiziale il credito vantato in danno del debitore in *default*, opportunamente aumentato dagli interessi connessi al ritardato recupero delle somme e dagli oneri connessi al recupero (c.d. *Loss Given Default*)⁶³;

- il dimensionamento del tasso di perdita atteso (Elr) garantendo continuità informativa ai fini del suo costante aggiornamento per intervalli temporali⁶⁴.

Appare necessaria la previsione di un ruolo di controparte economica assunto da una Cassa di compensazione e garanzia con prestazione di servizi di pagamento ai sensi dell'art. 114-*sexies* Tub.

La moneta concorsuale per gli immobili

Non è escluso peraltro che gli interventi operati non consentano la rapida e produttiva collocazione degli immobili dedotti nelle procedure di esecuzione sia civili che concorsuali: la profondità ed estensione della crisi che ha colpito il settore delle costruzioni edili impone la ricerca di una soluzione specifica, che consenta nell'immediato di provvedere a forme di gestione produttiva dei beni e al contempo, alleviare lo stato di sofferenza del ceto creditorio.

Gli immobili oggetto delle vendite forzate che hanno conosciuto un processo qualificato di diserzione⁶⁵ verrebbero concentrati all'interno di un fondo-cuscinetto, che ne acquisirebbe la proprietà e la gestione, con lo scopo di:

- rilasciare gradualmente gli immobili sul mercato in un momento più favorevole di quello presente, in modo da massimizzare le potenzialità di realizzo;

- gestire nelle more i beni oggetto di esecuzione, curando di assicurarne non solo la massimizzazione del rendimento, ma anche l'ottimizzazione della funzione sociale e produttiva.

La segregazione patrimoniale costituisce comunque un costo sia dal punto di vista gestionale che dal punto di vista tributario (ad es. Imu), costo che diventa un ostacolo insormontabile all'efficacia dello strumento.

Eppure, va rilevato:

ì) il disagio abitativo costituisce un fenomeno sempre più diffuso (a Bologna gli sfratti settimanali sono passati dalla media di 50 a quella di 140). La società di segregazione immobiliare potrebbe pertanto garantire con una quota consistente del patrimonio e con "contratti di solidarietà abitativa" una prima attenuazione del fenomeno, a fronte di una fiscalità premiale che ne ausili nel tempo la gestione

⁶² G. DE LAURENTIS, *Rating interni e credit risk management*, Roma, 2001, p. 29: «A livello di bilancio della banca, le perdite attese determinano rettifiche del valore del libro dei prestiti (di prassi, con procedure forfetarie per quelli in bonis, con procedure analitiche per quelli in sofferenza e con procedure ora analitiche ora forfetarie

per quelli incagliati), mentre le perdite inattese richiedono un equivalente ammontare di capitale di rischio».

⁶³ V. G. DE LAURENTIS, *op. cit.*, p. 253.

⁶⁴ Sul punto, v. G. DE LAURENTIS, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁵ Inizialmente si ipotizza un progetto su base locale, ma nulla vieta che in prospettiva lo strumento possa assumere

patrimoniale⁶⁶;

ii) la desertificazione industriale e/o commerciale potrà essere in parte arginata destinando gli immobili produttivi a soggetti meritevoli (imprenditori, professionisti, lavoratori), con “contratti di solidarietà industriale e commerciale” che incentivino la nascita o la ristrutturazione delle imprese.

Conclusioni

Il tempo del processo e il tempo del mercato escono profondamente modificati dall'introduzione della moneta concorsuale e della Cassa di compensazione e garanzia.

La linearità sequenziale che ne animava il loro succedersi si arricchisce del significato assegnato alle aspettative, che rendono quantomeno attendibile ciò che appartiene alla indeterminatezza futura.

Le procedure assumono pertanto una dinamica valoriale nuova per il complesso dei nessi e delle relazioni che sono capaci di intessere con il mercato e con il sistema complessivo delle insolvenze, si confrontano con il futuro in quanto capaci di uno sguardo sul presente che non sia animato dalla “osservanza” passiva della norma ma da una visione razionale dell'incertezza.

valenza regionale o sovraregionale.

⁶⁶ Si prefigura un utilizzo degli immobili abitativi in progetti di *social housing*, con contratti di solidarietà abitativa di durata temporanea: il conduttore si impegna a godere dell'immobile secondo le regole del buon padre di famiglia, nel decoro proprio e nel rispetto del termine massimo concesso, salvo suo acquisto.

Al rilascio dell'immobile, la società di *housing* chiederà che il tribunale rilasci un attestato di onorabilità in favore di quanti si siano comportati secondo le regole prefissate, attestato spendibile in vari contesti e servizi alla cittadinanza.

Dovranno essere previste procedure in autotutela in danno dei soggetti trasgressori.

Le prospettive del contributo del Notariato alla difficile opera di risanamento della giustizia civile

di Andrea Proto Pisani
già Ordinario di Diritto processuale civile

La giustizia civile è in crisi profonda.

Per superare questa situazione è necessaria una serie coordinata di interventi:

- interventi ordinamentali : qualcosa si è fatto con la revisione nel 2012-13 delle circoscrizioni giudiziarie, circoscrizioni che risalgono all'Italia preunitaria; per sopperire però alle scarse risorse offerte dai giudici togati, occorre agire anche sul versante della magistratura onoraria (giudici di pace, giudici onorari di tribunale e viceprocuratori onorari), intervento questo difficilissimo poiché nel corso degli ultimi venti anni una cattiva amministrazione ha dato luogo al crearsi di un grosso precariato di oltre 5.500 persone (con grosse differenze di trattamento economico), creando aspettative che rendono difficilissimo qualsiasi intervento razionalizzatore: ne è prova il D.d.l. governativo n. 1738/2015 di cui in questi giorni dovrebbe iniziare l'esame da parte della comm. giustizia del Senato;

- indispensabili sono poi interventi di carattere organizzativo, volti a creare un vero ufficio del giudice (del processo si preferisce equivocamente dire ora), volto a munire ciascun giudice togato di uno (o più) ausiliari laureati in giurisprudenza con rapporto di lavoro a tempo indeterminato e non con rapporto precario, ausiliari cui devolvono tutte le funzioni che non attengono alla attività decisoria in senso stretto, quali le ricerche di legislazione, dottrina, giurisprudenza e anche la redazione di minute ecc.; ma la creazione - al pari di tutti gli altri paesi europei - di un vero ufficio del giudice comporta interventi di spesa (con le ben note difficoltà);

- infine occorre favorire la risoluzione stragiudiziale delle controversie, cosa che si è tentato di fare con l'introduzione di tentativi obbligatori di conciliazione e la negoziazione assistita degli avvocati previsti dal D.lgs. 28/2020 e dal D.l. 132/2014, interventi entrambi però - come vorrei evidenziare nella parte finale di questa mia chiacchierata - caratterizzati da gravi deficienze sul piano tecnico e come tali incapaci di incidere davvero sui grossi numeri della giustizia civile.

97

In questa delicatissima situazione il contributo dei notai e del Notariato in genere assume una notevole importanza.

Vorrei riportare le parole che nel 1999 formulò al riguardo l'allora Presidente del Consiglio nazionale del Notariato Gennaro Mariconda, parole ancora attualissime: «Oggi siamo direttamente chiamati a dare il nostro contributo per aiutare il paese ad affrontare l'emergenza giustizia. L'infinita durata del processo, sia esecutivo sia ordinario, rappresenta infatti una giustizia non attuata e cioè il venir meno di una delle funzioni fondamentali dell'ordinamento. È una sconfitta della legge che provoca danno non soltanto ai soggetti coinvolti nella singola vicenda ma a tutta la consociazione ed in particolare a quelle componenti che del rispetto della legge e della buona amministrazione della giustizia debbono sentirsi protagonisti e sostenitori. Noi abbiamo cultura, indipendenza, rigore, capacità organizzativa

* Relazione conclusiva al convegno sulle "Deleghe di giurisdizione" organizzato dalla Scuola Superiore per la Magistratura e dalla Fondazione del Notariato il 17 e 18 giugno 2015, già pubblicata in *Il giusto processo civile*, 2015, p. 779 e ss. La relazione è dedicata a Salvatore Tondo, grande amico e nume tutelare del Notariato, grazie

al quale circa venticinque anni fa entrai in contatto col Notariato ed ebbi a conoscere persone dal grande spessore umano e culturale fra cui mi piace ricordare gli amici Giorgio Baralis e Nicola Raiti. Nella relazione utilizzo, spero con qualche approfondimento, studi pubblicati sul *Foro italiano* del 2000 e dal 2003 in poi.

per rispondere positivamente a questo appello ed il Consiglio nazionale del Notariato non farà mancare neanche per un attimo tutto il suo appoggio in strutture e in energie culturali per favorire l'assolvimento del compito che a ciascuno di noi spetterà in questo straordinario sforzo a favore del paese».

Gennaro Mariconda parlava all'indomani della introduzione con la L. 302/1998 della delega ai notai degli incanti nelle espropriazioni forzate immobiliari, delega poi, sul piano oggettivo (e soggettivo), ampliata di molto dalle leggi 80 e 263 del 2005 come ci ha ricordato Ernesto Fabiani nella relazione introduttiva di questo convegno.

È da ricordare poi la L. 24/11/2000 n. 340 che sopprime il giudizio di omologazione dell'atto costitutivo di società per azioni e attribui al solo notaio il relativo controllo preventivo di legalità (attuale testo dell'art. 2330 c.c.).

Nel corso di questa mia relazione vorrei saggiare la correttezza teorica e le prospettive pratiche di un ampliamento del contributo del Notariato nella difficile opera di risanamento della giustizia civile.

Ove si rinunci o, almeno in prima battuta, si prescinda da definizioni contenutistiche della giurisdizione, si può ben dire che l'attività giurisdizionale si caratterizza come attività posta in essere da un giudice: cioè da un soggetto che ai sensi degli art. 101 e ss. Cost. è sottoposto unicamente alla legge (e quindi è *terzo* rispetto agli interessi su cui è chiamato a provvedere) e indipendente (rispetto a qualsiasi specie di potere o da qualsiasi specie di soggezione).

A questo soggetto volutamente privilegiato dall'ordinamento sono dovute a un complesso di funzioni; funzioni che, alla stregua di una proposta dottrinarie (Montesano), possono distinguersi a seconda che si tratti di funzioni giurisdizionali costituzionalmente necessarie (cioè che il legislatore ordinario non può non attribuire al giudice) e funzioni giurisdizionali costituzionalmente non necessarie (cioè che il legislatore ordinario è libero di attribuire o no al giudice).

98 L'area della giurisdizione costituzionalmente necessaria coincide nella sua massima parte con l'area della giurisdizione tradizionalmente denominata come contenziosa, o, il che è lo stesso, relativa alla tutela dei diritti soggettivi, degli *status* e degli interessi legittimi (nonché, sul versante penale, della cognizione e punizione dei reati).

Gli art. 24 e 111 Cost. sono chiarissimi in tal senso: il riconoscimento a livello di diritto sostanziale di una situazione di vantaggio (cioè di un interesse giuridicamente protetto su di un bene o ad un bene) comporta come conseguenza necessaria la concessione del diritto di azione (art. 24), cioè di forme adeguate di tutela giurisdizionale idonee a consentire al titolare della situazione di vantaggio di ottenere tramite il processo, nei limiti del possibile, quelle stesse utilità che non è riuscito a conseguire a causa della mancata o difettosa cooperazione da parte di chi era tenuto al rispetto di regole di condotta poste a garanzia del godimento della singola situazione di vantaggio riconosciuta dal diritto sostanziale.

Limitando volutamente il discorso alla sola tutela giurisdizionale civile dei diritti (e *status*), è da dire che le forme e i contenuti in cui la giurisdizione contenziosa deve necessariamente articolarsi sono costituiti dal processo a cognizione piena destinato a concludersi con un provvedimento avente attitudine di giudicato formale e contenente un accertamento idoneo al giudicato sostanziale, processo a cognizione piena accompagnato *ex ante* dalla tutela cautelare ed *ex post* da adeguate modalità di attuazione o esecutive.

Quanto detto però non significa affatto che nella sua discrezionalità il legislatore ordinario non possa prevedere che taluni specifici diritti non possano essere tutelati *anche* (cioè fermo restando sempre la possibilità di essere dedotti in ogni tempo davanti al giudice in processi a cognizione piena cautelari e esecutivi) secondo modalità diverse. Mi spiego rapidamente: l'esperienza dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale (penso all'atto pubblico ricevuto dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato a riceverlo; penso all'ordinanza-ingiunzione ex art. 18, comma 6, L. 689/81 con la quale si conclude il procedimento amministrativo che irroga una sanzione amministrativa; penso al decreto

con cui il giudice attribuisce efficacia esecutiva al processo verbale di conciliazione di cui all'art. 411 c.p.c. ecc. ecc.) lo dimostra con tutta evidenza.

La considerazione di questa possibilità e di questi istituti consente una prima grossa precisazione. Non tutta la c.d. giurisdizione contenziosa (cioè la tutela dei diritti oggettivi o *status* costituzionalmente necessaria) deve essere necessariamente attribuita al giudice: ferma la necessità che i diritti e gli *status* debbano sempre poter essere fatti valere davanti al giudice in processi a cognizione piena con attitudine al giudicato (formale e sostanziale), in processi esecutivi (che mettano a capo i risultati stabili) e in processi cautelari, rientra nella discrezionalità del legislatore ordinario prevedere che taluni diritti o *status* possano trovare tutela *anche* (sottolineo anche) secondo modalità aggiuntive diverse svolte anche da soggetti diversi dal giudice.

Individuati i limiti entro cui la giurisdizione contenziosa, la tutela dei diritti e *status* è costituzionalmente necessaria, è giunto il momento di notare come tradizionalmente il legislatore abbia attribuito al giudice anche compiti di gestione di interessi: è il settore della giurisdizione c.d. non contenziosa o volontaria.

Si tratta di un'area che concerne funzioni *ulteriori* rispetto a quello della tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status*, area che il legislatore ordinario potrebbe legittimamente rimettere nella sua discrezionalità anche *in toto* ai poteri privati o alla potestà amministrativa o ad altri soggetti (salvi i controlli giurisdizionali a tutela dei diritti o interessi legittimi su cui i poteri privati o pubblici incidono). Alcuni rapidi esempi.

La nomina e la rimozione di rappresentanti legali ai minori, agli incapaci, ai patrimoni separati o ai gruppi collettivi, può essere liberamente rimessa dal legislatore a potestà amministrative (o in taluni casi anche a poteri privati), come invece al giudice.

La valutazione dell'opportunità di porre in essere atti di straordinaria amministrazione nell'interesse di minori, incapaci, persone giuridiche può essere liberamente rimessa dal legislatore ai poteri dei rappresentanti o invece a potestà amministrative, ovvero ancora al giudice (v., per tutti, gli artt. 17 - nel testo anteriore all'abrogazione disposta dall'art. 13 L. 127/97 - e 374-375 c.c.).

La liquidazione di patrimoni separati o del patrimonio delle persone giuridiche può liberamente essere rimesso dal legislatore alla autonomia dei rappresentanti, o invece a liquidatori nominati dalla autorità amministrativa o dal giudice (v., per tutti gli art. 31, 2275 c.c.).

Il riconoscimento delle persone giuridiche può liberamente essere ricollegato dal legislatore al compimento di atti di autonomia privata, o invece essere rimesso al previo controllo di legittimità (e/o di merito) di una potestà amministrativa, ovvero del notaio ancora del giudice (v., per tutti, l'art. 12 e i vari testi succedutisi dell'art. 2330 c.c.). Le vendite coattive in genere possono essere liberamente rimesse dal legislatore alla potestà amministrativa o al giudice, o a liberi professionisti.

L'esemplificazione, come è evidente, potrebbe continuare a lungo.

Quella svolta mi sembra però che nella sua voluta elementarietà ed essenzialità sia sufficiente allo scopo di evidenziare come in queste e nelle molte consimili ipotesi il giudice è chiamato non a risolvere controversie relative a diritti o a *status*, non ad assicurare la tutela giurisdizionale di diritti o *status* violati, bensì a gestire interessi di minori, incapaci, patrimoni separati, gruppi collettivi.

Il carattere volontario, costituzionalmente non necessario, di queste attività devolute al giudice deriva dalla circostanza che si tratta di compiti, di funzioni che il legislatore nella sua discrezionalità (volontarietà) poteva anche non affidare al giudice.

Col che, però, il tema della distinzione della giurisdizione contenziosa dalla giurisdizione volontaria è solo impostato. Le vere grosse difficoltà sorgono infatti non riguardo al nucleo centrale delle funzioni giurisdizionali necessarie o contenziose e rispettivamente volontarie o non contenziose, bensì in ordine alle molto estese zone di confine.

In particolare la distinzione presenta difficoltà soprattutto riguardo a due settori: in primo luogo tutte le ipotesi di procedimenti bilaterali o plurilaterali, nelle quali al giudice è devoluta la gestione

d'interessi (di minori, incapaci, patrimoni separati, gruppi collettivi) che sono in conflitto con interessi altrui, è immanente la possibilità che l'attività di gestione dell'interesse entri in contrasto - incida si dice - su veri e propri diritti o *status* altrui: si pensi alle ipotesi di rimozione del tutore (art. 384 c.c.), di revoca dell'amministratore di condominio (art. 1129, comma 1, c.c. e 64 disp. att. c.c.), di revoca di amministratori e di sindaci di società per azioni (art. 2409, comma 4, c.c.). In tutte queste ipotesi a fronte dell'interesse del minore, dell'incapace, del patrimonio separato, del gruppo collettivo da gestire, da amministrare, vi sono corposi diritti soggettivi del tutore, amministratore di condominio, liquidatore, sindaco, amministratore societario rimosso, diritti che non possono non trovare tutela (nonché solo risarcitoria) in un processo a cognizione piena davanti al giudice.

Sarebbe poi da accennare come settore in cui sono massime le difficoltà di distinguere tra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria, le ipotesi di tutela dell'interesse dei minori a fronte del diritto-potestà (responsabilità), dei genitori. Si va dalle già gravissime ipotesi di rimozione dall'amministrazione, di decadenza dalla potestà, di "provvedimenti convenienti" ivi compreso l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare, di affidamento temporaneo del minore in mancanza di assenso dei genitori (artt. 330, 333, 334, c.c. e art. 4 L. 184/83), alla dichiarazione dello stato di adottabilità (artt. 8-21 L. 184/83), alla dichiarazione di adozione (artt. 25-28 L. 184/83). In casi di questa specie la contrapposizione tra gestione dell'interesse del minore e tutele del diritto-potestà parentale (responsabilità genitoriale) è massima: soprattutto, a differenza di quanto può avvenire nelle ipotesi cui si è precedentemente accennato, la contrapposizione non sembra componibile in modo alcuno tramite la scissione tra giurisdizione non contenziosa sulla gestione dell'interesse del minore e giurisdizione contenziosa sulla tutela del diritto del genitore.

Delimitati i settori in cui la giurisdizione civile è costituzionalmente necessaria, deve cioè necessariamente essere attribuita al giudice, da quelli in cui non lo è, si sono poste le premesse teoriche indispensabili per assolvere uno degli scopi principali di questa relazione: verificare se ed in che limiti il Notariato, i notai possono inserirsi nella indispensabile opera di risanamento della giustizia civile cui si accennava all'inizio.

A mio avviso i settori in cui ciò è possibile sono soprattutto due:

- a) in primo luogo il settore della c.d. giurisdizione volontaria caratterizzata da procedimenti unilaterali e bilaterali in assenza (e forse anche talvolta in presenza) di conflitto d'interessi (che non assurgano però a livello di veri e propri diritti soggettivi);
- b) in secondo luogo il settore del tentativo di conciliazione stragiudiziale e -come dirò- di decisione allo stato degli atti.

Iniziamo dalle ipotesi di giurisdizione volontaria che ben potrebbero essere devolute ai notai.

Innanzitutto vengono in considerazione le ipotesi di nomine di rappresentanti a minori, incapaci, patrimoni separati e di autorizzazioni a compiere negozi o a stare in giudizio.

Non è questa la sede per indicare analiticamente le singole ipotesi.

Sia pertanto sufficiente indicare che nella categoria ora enunciata rientrano a titolo di esempio la nomina del tutore e protutore ex art. 346, la nomina del curatore dell'eredità giacente ex art. 528 c.c.; forse vi potrebbero rientrare la nomina del curatore speciale (ex art. 320, ultimo comma, 321 8e 394, ultimo comma, e 395 c.c.) in ipotesi di conflitto di interessi fra figli e genitori esercenti la potestà o di rifiuto dei genitori a compiere un atto nell'interesse del figlio, la nomina dell'amministratore alla comunione ex art. 1105, ultimo comma, c.c.; non vi dovrebbero rientrare invece i provvedimenti di rimozione del tutore per negligenza, abuso di poteri, ecc., ex art. 384 c.c., di esclusione dall'amministratore del coniuge che abbia male amministrato ex art. 183 c.c., di rimozione del genitore dall'amministrazione ex art. 334 c.c., di revoca dell'amministratore di condominio se vi sono fondati sospetti di irregolarità ex art. 1129, comma 11, c.c. e 64 disp. att. c.c. ecc.

Sempre nella categoria ora in esame rientrano a titolo di esempio le autorizzazioni *ad negotia* o a

stare in giudizio ex art. 320, comma 3, 4, e 5, art. 371, comma 1, nn. 2 e 3, art. 371, comma 2, artt. 372 a 376, 424, 425, 460, comma 2, 493, 694, 703 c.c.; mentre forse potrebbero rientrarvi, sempre ad esempio, l'autorizzazione con cui si supplisca al rifiuto di consenso di un coniuge in regime di comunione legale al compimento di un atto di straordinaria amministrazione la cui stipulazione sia «necessaria nell'interesse della famiglia o dell'azienda» ex art. 181 c.c.; escluderei invece che vi rientrino le procedure bilaterali di fissazione di termini e di imposizione di cauzione cui si riferiscono gli art. 749 e 750 c.p.c.

In tutte le ipotesi ora individuate le attribuzioni conferite al giudice (giudice tutelare o tribunale collegiale) prescindono del tutto sia dalla presenza anche di un mero conflitto di interessi in atto (o di un conflitto con veri e propri diritti soggettivi), sia dalla professionalità specifica del giudice; l'unico vero motivo per cui queste attribuzioni sono conferite al giudice è la terzietà ed indipendenza che esso garantisce. Ma se le cose stanno in questo modo, allora non mi sembra irragionevole ipotizzare che queste attribuzioni possano essere devolute ai notai, cioè a soggetti estranei sì alla magistratura, ma estranei anche alla pubblica amministrazione, soggetti titolari di pubbliche funzioni dei quali l'ordinamento garantisce al massimo grado l'indipendenza e l'autonomia (da qualsiasi altro organo che possa influenzare l'operato) nonché la terzietà rispetto agli interessi coinvolti dalla loro attività (v. art. 28 L.N.). Vi è di più, dato che il *proprium* dell'attività notarile consiste nella «funzione, insieme garantista e creativa, che il notaio svolge nella *sostanza* del regolamento negoziale» (Nigro), la professionalità specifica del notaio sembra giustificare molto più di quanto non sia per il giudice l'attribuzione di questi compiti.

È quanto, con riferimento al controllo preventivo di legalità dell'atto costitutivo di società per azioni è stato fatto dalla L. 340/2000 (art. 2330 c.c.).

Con un certo qual coraggio (utilizzando l'art. 68, comma 2, c.p.c. nel senso proposto da Ernesto Fabiani) si potrebbe infine pensare di attribuire (se del caso ad istituendo uffici composti da notai) la quasi totalità delle funzioni oggi attribuite al giudice tutelare.

101

Sempre nell'ambito della c.d. giurisdizione volontaria caratterizzata da provvedimenti, questa volta bilaterali, in assenza di conflitti di interessi si colloca la separazione consensuale di cui agli art. 158 c.c. e 711 c.p.c. e il divorzio per decorrenza dei termini. Ma come è noto il D.l. 132/2014 e la relativa legge di conversione hanno di recente compiuto scelte diverse da quella del ricorso ai notai.

Avvicinandomi alla parte finale della mia relazione, vorrei accennare ora al contributo che i notai potrebbero fornire riguardo al tentativo obbligatorio di conciliazione decisione agli stati degli atti, in funzione di effettiva (e non declamatoria, come invece D.lgs. 28/2010 e D.l. 132/2014) deflazione del carico di lavoro dei giudici togati.

Vorrei iniziare richiamando l'attenzione sulla L. 689/1981 c.d. di depenalizzazione e alle altre leggi successive nello stesso senso. Con queste leggi fu attuata nel penale una operazione di vasta portata: la c.d. depenalizzazione. Molti illeciti furono depenalizzati e trasformati da reati di competenza dei magistrati in illeciti amministrativi. L'accertamento in prima battuta di questi illeciti amministrativi fu attribuita ad autorità amministrative (normalmente al prefetto) le quali, a termine di rudimentali processi in contraddittorio, emanavano (e emanano), in caso di accertamento positivo dell'illecito, c.d. ordinanze esecutive irrogatrici di sanzioni amministrative, ordinanze suscettibili di essere "opposte" per qualsiasi motivo di fatto o di diritto davanti al giudice civile (giudice di pace o tribunale).

Non si è mai dubitato della legittimità costituzionale di una simile operazione; basti pensare infatti per tutti alla efficacia esecutiva di lodi arbitrali, di conciliazioni obbligatorie o raggiunte a termine da una procedura di negoziazione assistita da avvocati, si pensi soprattutto al fenomeno dei titoli esecutivi stragiudiziali: dall'atto pubblico, alla scrittura privata autenticata, alla cambiale in regola col bollo (che è addirittura una scrittura privata non autenticata).

Questa via si è tentato di seguire con la previsione della conciliazione obbligatoria ex D.lgs. 28/2010

(e successive modificazioni).

Questa via, pur avendo impegnato molti operatori giuridici, non ha dato buoni frutti così come poco è da sperare dalle convenzioni negozialmente assistite dagli avvocati.

Il motivo di tale insuccesso deriva a mio avviso da due fattori:

a) il tentativo obbligatorio di conciliazione si svolge quasi sempre davanti a un terzo che è del tutto ignaro dei termini effettivi della controversia;

b) non è previsto soprattutto alcuno strumento tecnico volto a far sì che le parti indichino in questa fase tutte le domande eccezioni e prove (precostituite e costituenti, neanche quelle prove atipiche costituite dalle scritture contenenti dichiarazioni di terzi o consulenze tecniche stragiudiziali): che cioè le parti calino le proprie carte, scarichino tutte le loro batterie (tanto non è previsto neanche dalla procedura di convenzione negoziazione assistita che pure si svolge con l'assistenza di avvocati).

Orbene, un intervento ragionevole (e non illusorio come quello previsto dal D.lgs. 28/10 o dal decreto legge 132/2014) potrebbe essere il seguente: prevedere che con riferimento ad alcune, determinate categorie di controversie relative a diritti disponibili, individuate in ragione della materia (ad es. tutte o quasi le controversie di lavoro e previdenziali, controversie locative, controversie in materia di diritti reali, controversie da infortunistica stradale, controversie successorie e altre da individuare), sia introdotto, in via legislativa, quale condizione di procedibilità del processo, il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi ad un terzo imparziale (notai, funzionari specializzati delle Camere di commercio, ex avvocati dello Stato, ex giudici onorari, ex funzionari della pubblica amministrazione, ecc.).

Perché un simile istituto abbia successo, possa incidere sui grandi numeri che affliggono la giustizia civile, occorre però prevedere:

102 a) in primo luogo, che il tentativo di conciliazione sia effettuato da un collegio di conciliazione costituito da un terzo tendenzialmente imparziale che lo presiede e da due rappresentanti delle parti (che ben potrebbero o addirittura dovrebbero essere gli stessi difensori) appositamente designati dalle parti stesse;

b) in secondo luogo: - che la richiesta del tentativo di conciliazione debba contenere, a pena di inammissibilità, l'esposizione dei termini della controversia, dei fatti e delle ragioni posti a fondamento della pretesa e delle prove di cui si dispone con produzione dei documenti (e delle prove atipiche costituite dalle scritture contenenti dichiarazioni di terzi o consulenze tecniche stragiudiziali); - che debba essere preventivamente comunicata alla controparte e che questa debba depositare osservazioni scritte tramite le quali prendere posizione specifica sui fatti posti dall'istante a fondamento della sua pretesa, sollevare eccezioni e indicare i mezzi di prova di cui si dispone con produzione dei documenti (e delle prove atipiche) ed eventuale proposizione di domande riconvenzionali. *Per rendere effettiva tale fase preparatoria del procedimento, occorrerebbe prevedere che nel successivo, eventuale, processo davanti al giudice non possono essere proposte domande o allegati, fatti eccezioni prove non proposte o allegati nella fase del tentativo obbligatorio di conciliazione;*

c) in terzo luogo, che davanti al collegio di conciliazione debbano comparire personalmente le parti per essere interrogate liberamente;

d) in quarto luogo, che il collegio di conciliazione, anziché limitarsi a formulare una proposta per la bonaria composizione della controversia, una volta fallita anche quest'ultima possibilità di accordo, il collegio, o meglio il suo presidente debba redigere un verbale nel quale decidere la controversia allo stato degli atti, ed il verbale contenente tale accertamento, ove sia nel senso di accoglimento della istanza, abbia *ex lege* valore a tutti gli effetti di titolo esecutivo stragiudiziale. Si tratterebbe, nella sostanza, in caso di accoglimento della istanza, di creare una nuova ipotesi di titolo esecutivo di formazione stragiudiziale alla stessa stregua di quanto ad es. effettuato dall'art. 18 L. 689/1981 riguardo alla ordinanza irrogatrice di sanzioni amministrative.

Vi è di più. Con un poco di immaginazione si potrebbe - e a mio avviso si dovrebbe - pensare che l'accertamento allo stato degli atti sia idoneo a costituire non solo *ex lege* titolo esecutivo di

formazione stragiudiziale, ove sia nel senso di accoglimento dell'istanza, ma, indipendentemente da se l'accertamento sia positivo o negativo, sia anche destinato a divenire immutabile ove nessuna delle parti instauri un processo (ex art. 645 c.p.c.) a cognizione piena di primo grado entro un determinato termine perentorio. Anche qui il regime della ordinanza irrogatrice di sanzioni amministrative sta ad indicare quanto meno la possibilità di una tale scelta.

I rilievi da sempre svolti dalla dottrina processualistica sulla teoria degli equivalenti giurisdizionali, e le riflessioni svolte, anche di recente, sulla giurisdizione quale potere di attuare in forma ultima il diritto oggettivo, sono tutti nel senso di dare piena giustificazione sistematica all'ipotesi prospettata, nonché a porla a riparo da qualsiasi sospetto di illegittimità costituzionale.

Questa proposta, se adeguatamente attuata, avrebbe i vantaggi:

aa) di essere a costo zero o quasi perché il compenso del terzo graverebbe sulle parti (e in ultimo sulla parte soccombente);

bb) di non preveder l'assistenza degli avvocati perché essi sarebbero già componenti del collegio di conciliazione e sarebbero sempre retribuiti dalla parte (e in ultimo dalla parte soccombente);

cc) di incidere davvero sui grossi numeri della giustizia civile, perché, una volta introdotto il regime di preclusioni di cui *supra* ho detto, è ragionevole prevedere che il numero delle opposizioni davanti al giudice dovrebbe essere notevolmente ridotto;

dd) essa opererebbe - è opportuno aggiungere - la più grossa privatizzazione mai tentata nella giustizia civile (per trovare qualcosa di analogo occorre risalire alla attribuzione di efficacia esecutiva alla cambiale disposta dal cod. comm. del 1882), ma tale privatizzazione non sarebbe in modo alcuno adeguamento al liberismo sfrenato che sembra caratterizzare l'attuale fase dei rapporti politico sociali, e lascerebbe inalterate le garanzie e l'equilibrio delle parti.

In questo settore - a mio avviso di grandissimo rilievo pratico - i notai - *ove sostengano tale proposta* - sarebbero chiamati a svolgere un ruolo relevantissimo: si pensi, per tutte, alle controversie in tema di diritti reali, alle controversie condominiali, a quelle successorie, a quelle di scioglimento della comunione legale fra coniugi, ecc. 103

PARTE SECONDA
Seminari

Il bene immobile nella fase della vendita e del trasferimento: rassegna sistematica di questioni

di *Valerio Colandrea*

Giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere

Il bene immobile nella fase della vendita e del trasferimento: validità vs competitività

L'esame delle principali questioni in tema di individuazione del bene immobile oggetto della vendita forzata impone una sorta di premessa metodologica: appare cioè opportuno segnalare come le varie questioni che si pongono in materia possano essere analizzate in realtà da due diversi punti di vista (o "prospettive" d'analisi):

- da un lato, la prospettiva della *validità* della vendita forzata: in altre parole, la prospettiva diretta ad analizzare la conformità dell'atto (in primo luogo, dell'atto di pignoramento) al modello legalmente determinato, cioè ai fini della legittima realizzazione della vendita;

- dall'altro lato, la prospettiva della *competitività* della vendita forzata: in altre parole, la prospettiva diretta a verificare la mera "opportunità" dell'adozione di determinate soluzioni da parte del giudice e del professionista delegato, cioè ai fini della migliore realizzazione del risultato della vendita.

Appare quindi opportuno che l'analisi delle questioni pratiche sia sempre condotta distinguendo l'una e l'altra prospettiva.

Non può escludersi, infatti, che determinate soluzioni possano giustificarsi in un'ottica non già di "validità" della vendita, bensì di "competitività" della stessa. Il che significa distinguere il profilo della "necessità" da quello della mera "opportunità" (in ordine al quale viene piuttosto in gioco una valutazione in termini di "costi/benefici").

105

L'individuazione del bene immobile oggetto della vendita forzata: i dati di identificazione catastale

Il ruolo dei dati di identificazione catastale e l'eterogenesi dei fini

L'individuazione del bene immobile oggetto della vendita forzata è funzionalmente dipendente dalle modalità con cui deve aver luogo il pignoramento: l'oggetto della vendita coincide infatti con l'oggetto del pignoramento.

Conseguentemente, tale individuazione postula l'indicazione nell'atto di pignoramento e nella relativa nota dei dati di identificazione catastale.

È noto infatti come, a seguito della riforma operata con la legge n. 52 del 1985 (con la quale è stata introdotta la meccanizzazione delle Conservatorie dei RR.II. ed è stato modificato l'art. 2826 c.c.), il bene pignorato debba essere individuato - ai sensi dell'art. 555 c.p.c. e stante il rinvio operato alle norme in tema di iscrizione ipotecaria - mediante i dati di identificazione catastale.

Questi ultimi assumono valenza in via esclusiva al fine di individuare il cespite pignorato (essendo gli unici elementi da richiamarsi nell'atto di pignoramento) ed hanno, di conseguenza, valenza costitutiva del vincolo, nel senso cioè che la concreta determinazione di esso discende dal richiamo a tali dati. Ciò è ovviamente consentito in quanto i dati di identificazione catastale, a loro volta, rinviano - per gli

immobili censiti a Catasto Fabbricati - a una determinata scheda depositata, nonché - per gli immobili censiti al Catasto Terreni - alla relativa mappa.

Peraltro, in via incidentale può osservarsi come il ruolo sempre più rilevante dei dati di identificazione catastale abbia trovato riconoscimento nella più recente giurisprudenza di legittimità.

Sul punto possono richiamarsi alcune interessanti pronunce della Corte di Cassazione.

Cass. 21 maggio 2014, n. 11272: la sentenza in questione ha analizzato la problematica dell'estensione del pignoramento alle pertinenze (questione su cui si tornerà nel prosieguo) e contiene ampie considerazioni in ordine al ruolo dei dati di identificazione catastale quale strumento fondamentale per l'individuazione dell'oggetto del pignoramento, pervenendo infatti alla conclusione di escludere l'estensione del vincolo nel caso di pertinenze aventi autonomo identificativo catastale laddove questo non sia parimenti indicato nel pignoramento;

Cass. 26 agosto 2014, n. 18249: la sentenza in questione ha affermato espressamente che «è elemento essenziale per la stessa funzionalità del processo esecutivo che il bene sia compiutamente e con certezza identificato fin dal pignoramento, al fine di garantirne la successiva circolazione - che si fonda sulla sua descrizione come operata appunto con l'atto iniziale della procedura espropriativa - come connaturata alle finalità del processo esecutivo»;

Cass. 3 aprile 2015, n. 6833: la sentenza in questione ha richiamato l'esigenza della compiuta e certa identificazione del bene sin dal pignoramento, sebbene sottolineando come la nullità dello stesso sussista solo in caso di assoluta incertezza sul bene indicato.

Tra l'altro, deve osservarsi come il ruolo vieppiù crescente del dato catastale nella fase del trasferimento immobiliare sia in linea con l'evoluzione normativa complessiva del sistema. Se è vero infatti - ed è ben noto - che il Catasto nasce in un'ottica fiscale e tributaria, è altrettanto vero che il ruolo dei dati catastali ha finito oramai per andare al di là dell'ambito meramente tributario: i dati di identificazione catastale rivestono infatti una posizione centrale quanto meno nel sistema della pubblicità immobiliare (impennato sulla descrizione "catastale" del bene) e, conseguentemente, nel sistema civilistico della circolazione degli immobili.

106

Del resto, questa sorta di eterogeneità dei "fini" (tributari) risulta rafforzata alla luce degli interventi in tema di regolarizzazione degli immobili "fantasma" e di allineamento oggettivo, interventi che parimenti nascono in un'ottica meramente tributaria ma che riverberano i propri effetti sul piano sostanziale: basti solo pensare alla sanzione della nullità prevista dall'art. 29, comma 1-bis, legge n. 52 del 1985.

Il problema dell'erronea indicazione dei dati di identificazione catastale nell'atto di pignoramento

1. Criteri per l'analisi dei casi pratici

Il ruolo centrale dei dati di identificazione catastale nell'individuazione dell'oggetto del pignoramento e, conseguentemente, del bene immobile interessato dalla vendita forzata pone anzitutto il problema di come considerare i casi in cui - per le ragioni più varie - l'atto di pignoramento contenga l'indicazione di dati catastali errati o comunque non rispondenti a quelli esistenti.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità fornisce alcune direttive di massima che possono essere utilizzate nell'esame delle questioni pratiche di maggior rilievo.

In particolare, possono richiamarsi alcune pronunce di maggior rilievo (di cui appare opportuno - per ragioni di chiarezza discorsiva - richiamare la massima ufficiale).

Cass. 7 novembre 2013, n. 25055: «L'indicazione, nel pignoramento e nella sua nota di trascrizione, di dati catastali non aggiornati al momento del pignoramento stesso (segnatamente, della scheda catastale, notoriamente preparatoria e quindi sovente di molto anteriore nel tempo - dell'attribuzione

dei dati definitivi, rispetto a questi ultimi) non vizia né l'uno né l'altra, ove non vi sia comunque incertezza sulla fisica identificazione dei beni ed ove sussista continuità tra i dati catastali precedenti e quelli corretti all'atto dell'imposizione del vincolo, sì che l'erroneità, di per sé considerata, non comporti confusione sui beni o perfino un riferimento a beni ontologicamente differenti».

In realtà, il caso di specie da cui ha preso le mosse la pronuncia in questione riguardava un'opposizione di terzo all'esecuzione. Segnatamente, l'opposizione era stata spiegata da un soggetto che aveva acquistato un immobile identificato nell'atto di acquisto con la scheda catastale X; era stata quindi promossa una procedura espropriativa contro il dante causa su immobili identificati con le schede catastali Y e Z; l'opponente postulava che il suo titolo di acquisto comprendesse anche tali beni e ne rivendicava conseguentemente la titolarità.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che il ricorso fosse infondato nel merito, sul presupposto che «gli errori o le improprietà di identificazione del bene negli atti di provenienza non potrebbero giammai essere opponibili, di per sé soli considerati, ai terzi di buona fede che abbiano diligentemente compulsato i registri immobiliari, i quali pignorano in modo corretto ciò che in testa al debitore risulta da questi al momento del pignoramento».

In buona sostanza, i giudici di legittimità hanno richiamato il principio dell'autosufficienza della nota di trascrizione: se la nota di trascrizione del titolo indica un bene, i terzi possono fare affidamento sulle risultanze di quella nota (e nel caso di specie la nota di trascrizione del titolo d'acquisto non comprendeva - tra gli immobili trasferiti al soggetto poi opponente di terzo - quelli identificati con le schede Y e Z).

Le affermazioni sulla problematica della corretta indicazione dei dati di identificazione catastale costituiscono comunque una sorta di "indicazione preventiva" dei giudici di legittimità, atteso che la Corte "suggerisce" la necessità di alcune condizioni ai fini della validità del vincolo del pignoramento e, segnatamente:

- in primo luogo, che vi sia "continuità" tra i dati catastali indicati e quelli corretti alla data del pignoramento;

- in secondo luogo, che non vi sia incertezza sul bene fisicamente identificato.

Cass. 31 gennaio 2014, n. 2110: «L'errore contenuto nell'atto di pignoramento sugli elementi identificativi del bene pignorato non è causa di nullità del pignoramento, tranne nel caso in cui comporti incertezza assoluta sul bene stesso».

Anche in tal caso, la Suprema Corte invoca il criterio della incertezza o meno dell'identificazione del bene.

2. Casistica in tema di erronea indicazione dei dati di identificazione catastale

È possibile a questo punto esaminare alcune ipotesi di erronea indicazione dei dati di identificazione catastale che possono ricorrere con una certa frequenza nella pratica, utilizzando le indicazioni di massima della giurisprudenza di legittimità quale criterio di soluzione dei problemi.

A ogni modo, come sopra già precisato, l'analisi deve essere sempre condotta distinguendo il piano della "validità" dell'atto di pignoramento e quello della mera "opportunità" dell'adozione di determinate soluzioni.

Variatione catastale "nominale"

Una prima ipotesi possibile (e frequente) si ha nel caso di mutamento dei dati catastali che si risolve in una mera variazione "nominale" (ovverosia, una variazione che investe il solo dato catastale in sé considerato e non anche l'immobile richiamato da quel dato).

Qualche esempio può essere utile per chiarire la possibile casistica:

- una ipotesi di variazione meramente nominale si verifica nel caso in cui il bene non subisce alcuna variazione (anche in ordine alla planimetria), ma la modifica si risolve in una variazione per modifica

identificativo ed allineamento mappe (variazione che nasce dall'esigenza di procedere all'allineamento degli identificativi del C.T. e del C.F.);

- una seconda ipotesi si verifica allorché a mutare sia unicamente la denominazione di un subalterno (ad esempio, da subalterno 1 a subalterno 4).

In questi casi, l'assoluta omogeneità del bene fisicamente identificato con quei dati catastali induce a ravvisare - alla luce dei criteri sopra precisati dalla Corte di Cassazione - la validità del pignoramento: vi è infatti continuità dei dati indicati rispetto ai dati attuali e non vi è incertezza sul bene.

Variazione catastale "sostanziale"

Vi sono ipotesi in cui la variazione catastale ha carattere per così dire "sostanziale", nel senso cioè che la variazione investe la rappresentazione stessa del bene in catasto: il mutamento riguarda cioè la consistenza del bene richiamato dai dati catastali.

I criteri forniti dalla Corte di Cassazione sopra richiamati possono aiutare a verificare se la variazione sia o meno idonea a determinare un problema di validità del pignoramento.

a) *Ipotesi di erronea indicazione non suscettibile di viziare il pignoramento.*

Un primo gruppo di casi comprende ipotesi in cui l'erronea indicazione del dato catastale non è comunque suscettibile di dar luogo ad un vizio del pignoramento:

- fusione od accorpamento (ad esempio, di subalterni) con soppressione dell'unità preesistente, qualora il pignoramento contenga comunque l'indicazione di tutti i subalterni che abbiano contribuito alla fusione.

Esempio: pignoramento che contenga l'indicazione dei subalterni x ed y, laddove alla data dello stesso risulti già essere intervenuta la fusione di entrambi i subalterni nell'unitario subalterno z;

- attribuzione alla scheda catastale di autonomi dati di identificazione corrispondenti a quella scheda.

Esempio: pignoramento di fabbricato con indicazione sia della scheda catastale 1/1980 che dei dati del terreno risultanti al C.T., laddove nelle more alla scheda catastale sia stato assegnato un autonomo

108 identificativo al C.F.

In entrambe le ipotesi sopra richiamate l'errore catastale non incide sulla "continuità" dei dati catastali (che sussiste pienamente), né è idonea a generare un'effettiva incertezza sul bene oggetto del pignoramento.

b) *Ipotesi di erronea indicazione suscettibile di viziare il pignoramento.*

In altri casi, l'erronea indicazione del dato di identificazione catastale può tradursi in un vizio di validità dell'atto di pignoramento:

- erronea indicazione nell'atto di pignoramento del foglio catastale: il pignoramento fa riferimento ad un foglio catastale diverso da quello effettivamente esistente (esempio: foglio 4 in luogo di foglio 6).

Spunti nel senso dell'esistenza in siffatta ipotesi di un motivo di invalidità dell'atto di pignoramento possono trarsi da alcune pronunce della Corte di Cassazione.

In particolare, può richiamarsi al riguardo *Cass. 8 marzo 2005, n. 5002.*

Nel caso di specie, veniva in discussione un'opposizione di terzo all'esecuzione promossa da un soggetto che aveva acquistato il bene pignorato nell'ambito di una precedente espropriazione forzata, espropriazione nella quale tuttavia il bene era stata erroneamente indicato quanto al dato del foglio catastale: benché la sentenza si soffermi ampiamente sui principi della trascrizione e sull'art. 2665 c.c., i giudici di legittimità hanno evidenziato come comunque non vi fosse un problema di incertezza della nota, in quanto l'errore non era della nota di trascrizione, bensì dell'atto di pignoramento;

- pignoramento di fabbricato con indicazione dei dati del C.T. nonostante l'intervenuto accatastamento al C.F. in data antecedente al pignoramento medesimo.

Il problema nasce spesso perché talvolta il creditore si limita a ripetere pedissequamente la descrizione del bene riportata nell'atto di acquisto (ovverosia, l'informazione desumibile dai registri della Conservatoria) e può accadere che - soprattutto in caso di atti di acquisto risalenti nel tempo - il bene abbia acquisito nelle more un autonomo identificativo al C.F. per effetto dell'intervenuta edificazione. Orbene, sussiste un problema di identificazione dell'oggetto del pignoramento (e quindi di "validità"

dell'atto) ogniqualvolta il pignoramento colpisca unicamente una porzione del fabbricato.

Un esempio può chiarire la situazione: il dato del C.T. (mappale 100) individua un'area complessiva sulla quale ha avuto luogo la realizzazione di un fabbricato, suddiviso in distinte porzioni, ciascuna dotata di un autonomo identificativo catastale al C.F. (p.lla 100, sub 1, 2, 3, 4, ecc.).

In tal caso, la mancata indicazione dei dati del C.F. già esistenti impedisce - attraverso il riferimento alle planimetrie sottostanti - l'esatta individuazione del bene e può quindi ritenersi generi una situazione di incertezza in ordine al bene pignorato;

- fusione od accorpamento (ad esempio, di subalterni) con soppressione dell'unità preesistente, qualora il pignoramento non contenga l'indicazione di tutti i subalterni che abbiano contribuito alla fusione.

Anche in tal caso può essere utile procedere ad un'esemplificazione pratica: pignoramento che contenga l'indicazione del subalterno x, laddove alla data dello stesso risulti essere intervenuta la fusione con il subalterno y (non indicato) nell'unitario subalterno z.

In questo caso difetta a ben vedere la continuità dei dati catastali: il bene esistente alla data del pignoramento non è infatti compiutamente identificato attraverso il richiamo al dato catastale preesistente (manca il subalterno y).

3. "Aggiornamento" della trascrizione del pignoramento con indicazione dei dati catastali corretti

Posto che vi possono essere casi in cui l'indicazione nell'atto di pignoramento di dati catastali non aggiornati non incide sulla validità del pignoramento, ci si può domandare se - in tali casi - possa essere opportuno procedere ad una sorta di "aggiornamento" della nota di trascrizione con indicazione dei dati catastali esatti.

Ovviamente, si tratta di un'iniziativa che sarebbe diretta non già a colmare un vizio di validità, ma solo a prevenire eventuali conflitti ed assicurare la certezza dell'informazione risultante dai registri di Conservatoria. 109

Le opzioni possono essere in buona sostanza due.

a) *Rettifica della nota di trascrizione.*

Una rettifica della nota di trascrizione potrebbe essere ammessa sotto forma di integrazione dell'originaria nota diretta a precisare sia i dati catastali precedenti che quelli attuali.

Occorre infatti considerare che il quadro B della nota di trascrizione già consente al creditore di indicare sia il dato catastale attuale che quello precedente.

Una rettifica della nota di trascrizione originaria (ovviamente, contenente l'indicazione del solo dato catastale precedente) potrebbe essere concepita sotto forma di trascrizione contenente entrambe le possibilità consentite dal quadro B (dato catastale attuale/dato catastale precedente).

L'idea di una rettifica della nota di trascrizione potrebbe peraltro trovare un aggancio in *Cass. 3 aprile 2015, n. 6833*: la Corte di Cassazione ha infatti riconosciuto alla nota di trascrizione la funzione di elemento di un atto complesso (il pignoramento) idonea ad influire bidirezionalmente sullo stesso.

b) *Trascrizione di un provvedimento del giudice dell'esecuzione.*

In via del tutto alternativa, sarebbe in astratto possibile concepire un provvedimento del giudice dell'esecuzione contenente la precisazione dell'oggetto esatto, provvedimento da sottoporre a trascrizione: si tratterebbe, in buona sostanza, di una sorta di annotazione all'originaria trascrizione.

La descrizione materiale del bene

L'indicazione dei tre confini

Il ruolo centrale dei dati di identificazione catastale nell'identificazione dell'oggetto della vendita forzata pone una serie di problemi ulteriori che investono la descrizione materiale del bene.

Anzitutto, viene in gioco il problema della rilevanza della disposizione dell'art. 29 della legge 27 febbraio 1985, n. 52 (che, come ben noto, impone l'indicazione di almeno tre confini del bene negli atti da trasciversi) e della "validità" o meno del pignoramento che sia privo della compiuta indicazione di tali confini.

Sul punto, ritengo che la mancata indicazione dei tre confini non sia fonte di invalidità dell'atto di pignoramento.

Spunti in tal senso possono trarsi da alcune pronunce della Corte di Cassazione (che si esaminano di seguito).

Anzitutto, può richiamarsi *Cass. 31 gennaio 2014, n. 2110*, a tenore della quale «L'errore contenuto nell'atto di pignoramento sugli elementi identificativi del bene pignorato non è causa di nullità del pignoramento, tranne nel caso in cui comporti incertezza assoluta sul bene stesso».

Nel caso di specie, il soggetto esecutato aveva spiegato opposizione agli atti esecutivi lamentando la mancata indicazione nell'atto di pignoramento di almeno tre confini (oltre ai dati di identificazione catastale), indicazione postulata come necessaria ai sensi dell'art. 29 della legge n. 52 del 1985.

Il giudice di primo grado aveva rigettato l'opposizione agli atti esecutivi su di un duplice presupposto: da un lato, che l'indicazione dei tre confini non fosse più necessaria, stante il rinvio operato dall'art. 555 c.p.c. al solo art. 2826 c.c. (disposizione quest'ultima che non indica più come necessaria l'indicazione dei tre confini); dall'altro lato, che - in ogni caso - l'omessa indicazione dei tre confini, laddove ritenuta necessaria, non avrebbe comportato la nullità in ragione del principio della sanatoria per il raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c.

110

In concreto, la Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso in quanto non veniva censurata anche la seconda delle due *rationes decidendi*.

La relazione ex art. 380-bis c.p.c. riprodotta nel contenuto della sentenza (alla quale il Collegio comunque rinvia) contiene tuttavia affermazioni rilevanti ai fini della soluzione della questione dell'indicazione dei tre confini.

In particolare, si afferma: anzitutto, che l'art. 555 c.p.c. rinvia unicamente all'art. 2826 c.c. (in tal modo escludendo la necessità dell'indicazione dei tre confini in quanto contenuta in altra disposizione di legge); in secondo luogo, che comunque nessuno degli elementi richiamati dall'art. 555 c.p.c. è indispensabile, a meno che non comporti incertezza assoluta sul bene pignorato;

Nella medesima prospettiva può richiamarsi *Cass. 20 marzo 2006, n. 6166*, a tenore della quale «Il requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, in caso di compravendita di bene immobile, non postula l'indicazione dei tre confini, richiesta dall'art. 29 della legge 27 febbraio 1985, n. 52 al solo fine della trascrizione dell'atto, ma soltanto la sicura individuabilità del bene, per la quale può essere sufficiente, nel contratto, l'indicazione dei suoi dati catastali ed il riferimento alle mappe censuarie».

La massima (benché riferita ad una vendita libera e non già ad una vendita forzata) chiarisce come la necessità dell'indicazione dei tre confini sussista unicamente ai fini della trascrizione dell'atto.

Infine, deve ricordarsi altresì il principio di diritto affermato da *Cass. 4 settembre 1985, n. 4612*, secondo cui «L'incompletezza, nell'atto di pignoramento immobiliare, degli estremi richiesti dal primo comma dell'art. 555 c.p.c., che non si traduca nell'assoluta incertezza nell'individuazione del bene, determina una nullità non assoluta, ma sanabile, ove non dedotta con opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c., nel termine perentorio di cinque giorni dalla data di effettuazione del pignoramento medesimo».

La pronunzia si riferisce ad una ipotesi cui era applicabile il previgente art. 555 c.p.c.

In conclusione, può ritenersi che l'indicazione dei tre confini costituisca una specificazione della necessità di sufficiente individuazione dell'oggetto del pignoramento e del trasferimento, fermo restando che la mancata indicazione di tali confini non è ostantiva se la sufficiente individuazione comunque sussista.

Le difformità catastali di fatto

Un secondo ordine di problemi si pone ogniqualvolta la situazione risultante dai dati catastali (ovverosia, l'immobile come descritto dalla planimetria catastale) non corrisponda alla situazione di fatto dello stesso.

Ovviamente, le difformità di fatto possono essere di vario tipo ed in genere esse non hanno alcuna incidenza sulla "validità" del pignoramento: il creditore non può infatti che indicare i dati come esistenti.

Il problema è a ben vedere duplice.

Anzitutto, occorre domandarsi se nell'ambito della vendita forzata trovi applicazione l'obbligo dell'allineamento c.d. oggettivo sancito dall'art. 29, comma 1-*bis*, legge 52 del 1985: la soluzione positiva determinerebbe infatti la necessità - ai fini della validità del trasferimento immobiliare - di eliminare la difformità riscontrata.

A questo proposito, tuttavia, appare da condividersi in pieno la soluzione nel senso della non applicabilità dell'obbligo di allineamento oggettivo alla vendita forzata espressa dal Consiglio nazionale del Notariato: il sistema costruito dall'art. 29, comma 1-*bis*, legge 52 del 1985 appare infatti incompatibile con un sistema di vendita non libera, bensì coattiva.

Una volta esclusa l'applicabilità dell'art. 29, comma 1-*bis*, legge 52 del 1985 alla vendita forzata e fermo restando che l'introduzione dell'obbligo di allineamento oggettivo per i trasferimenti tra privati è comunque destinato nel tempo a ridurre l'eventualità che sussista la difformità tra la situazione catastale e quella di fatto, il vero problema è di valutare l'opportunità di procedere o meno già nell'ambito della procedura all'aggiornamento o piuttosto di demandare tali incombenze al soggetto eventualmente aggiudicatario.

Vi sono tuttavia ipotesi in cui la difformità sostanziale può ingenerare problemi più ampi in ordine alle modalità di prosecuzione della procedura.

Si segnalano al riguardo alcune ipotesi problematiche.

a) *Sconfinamento del fabbricato dall'area di sedime.*

Un esempio (non infrequente) può essere il seguente: il pignoramento colpisce un fabbricato esattamente individuato, ma realizzato con sconfinamento sul terreno in proprietà di un terzo.

In tal caso, non si pone un problema di "validità" dell'atto di pignoramento (sia che il fabbricato presenti un autonomo identificativo al C.F., sia invece che difetti l'accatastamento): infatti, il bene è oggettivamente e sufficientemente identificato attraverso l'indicazione del dato catastale corretto.

Il problema concerne piuttosto il *modus procedendi* della vendita forzata, atteso che l'acquisto è esposto al rischio della inopponibilità - ovviamente, con riguardo alla porzione oggetto di sconfinamento - nei confronti del proprietario del terreno confinante (rischio che può tradursi o in un'opposizione del terzo all'esecuzione ex art. 619 c.p.c., oppure in una successiva evizione parziale dell'aggiudicatario).

In proposito, è stato opportunamente osservato come il quadro giuridico di riferimento sia dato dalle norme in tema di usucapione (che può essere invocata se il tempo del possesso sia maturato) oppure dalle norme in tema di accessione invertita ed in particolare l'art. 938 c.c. (che viene in gioco qualora non sia maturato il tempo del possesso per l'usucapione).

Nella prospettiva della vendita "competitiva" sopra richiamata (e nel quadro della valutazione di costi/benefici ad essa sottesa) l'alternativa può quindi essere la seguente:

- da un lato, procedere ad un'azione giudiziaria da parte del creditore procedente (in surrogazione del proprietario esecutato ex art. 2900 c.c.) finalizzata a conseguire la dichiarazione di usucapione o l'acquisto ex art. 938 c.c.;

- dall'altro lato, procedere a fornire una completa informazione della situazione di sconfinamento (sia nella relazione dell'esperto stimatore, che nell'avviso di vendita del professionista delegato) ed a "monetizzazione" del costo (attraverso la riduzione del prezzo base d'asta).

b) *Pignoramento parziale di un immobile strutturalmente e funzionalmente unico.*

Il problema si pone quando i dati catastali indicati nell'atto di pignoramento coincidono con una parte soltanto di un bene.

Sul punto, può richiamarsi il principio di diritto affermato da *Cass. 4 settembre 1985, n. 4612*, secondo cui «Il proprietario di un appartamento, ancorché ubicato in edificio condominiale, non può essere assoggettato ad esecuzione per espropriazione forzata limitatamente ad alcuni vani o porzioni dello appartamento medesimo, dato che questo costituisce, funzionalmente e giuridicamente, un'unità indivisibile, suscettibile di frazionamento in più beni distinti solo con modifiche strutturali affidate all'iniziativa del proprietario stesso».

Conseguentemente, se il pignoramento colpisce solo una porzione di un bene che, funzionalmente e giuridicamente, si presenta come un'unità indivisibile, si configura la nullità dello stesso.

c) *Mancata indicazione di ulteriori beni in collegamento con il bene pignorato.*

Il caso è diverso da quello precedente e postula che il bene pignorato sia in collegamento sì funzionale con altri beni (dotati di autonomo identificativo catastale) ma senza che sussista l'ipotesi dell'unità indivisibile.

Anche in questa ipotesi può essere opportuno procedere ad esemplificazioni pratiche.

Una prima situazione è quella del pignoramento di un appartamento (dotato dell'identificativo catastale x) ma non anche dell'autorimessa (dotata dell'identificativo catastale y).

112 In tal caso può escludersi un problema di validità del pignoramento: l'autorimessa è sì collegata all'appartamento, ma si tratta di un collegamento per così dire unicamente "economico" (in quanto si traduce nella migliore appetibilità di appartamento dotato altresì di autorimessa).

Si può discutere se nella prospettiva della vendita competitiva sia opportuno "arrestare" l'ulteriore corso della procedura al fine di consentire l'estensione del pignoramento anche all'autorimessa.

Una seconda situazione è quella del pignoramento di un appartamento (dotato dell'identificativo catastale x) ma non anche dell'autorimessa (dotata dell'identificativo catastale y) che sia stata tuttavia trasformata materialmente (ad esempio, in tavernetta collegata all'appartamento).

L'esempio è una sorta di complicazione del precedente: in questo caso, però, a mio giudizio le ragioni della vendita competitiva appaiono particolarmente cogenti, stante la seria difficoltà di pervenire diversamente all'esito della vendita.

d) *Modifiche e fusioni di fatto di subalterni.*

Anche in questa ipotesi può essere opportuno procedere ad esemplificazioni pratiche.

Primo esempio: il creditore esegue il pignoramento su due appartamenti contigui in titolarità dell'esecutato (subalterno 1 e 2); la situazione di fatto degli appartamenti non corrisponde tuttavia alle planimetrie catastali in quanto un vano del subalterno 1 sia stato materialmente separato ed accorpato al subalterno 2 e la variazione non sia stata comunicata al catasto.

In un caso del genere, alcun problema si pone in termini di validità del pignoramento, il quale colpisce infatti i dati catastali correttamente esistenti.

Appare tuttavia necessario procedere all'aggiornamento catastale ai fini dell'esatta corrispondenza del bene descritto come oggetto di vendita con il bene descritto dal dato catastale, salvo che - per ragioni concrete - si opti per la vendita in blocco (nel qual caso l'attività di aggiornamento può essere demandata all'acquirente, "monetizzando" l'importo e scomputandolo dal prezzo).

Secondo esempio: il creditore esegue il pignoramento su tutti i beni in titolarità dell'esecutato quali risultanti attraverso la consultazione dei registri del catasto e della conservatoria (sub 1, 2 e 3); la

situazione di fatto del bene risulta tuttavia difforme dalla consistenza catastale in quanto uno dei subalterni corrisponde in concreto ad alcune stanze prive di autonomo accesso e materialmente fuse con il bene di un soggetto terzo.

In questo caso l'unica soluzione praticabile a mio giudizio è di porre in vendita la porzione pignorata, defalcandosi dal prezzo base d'asta i presumibili costi necessari a renderla autonoma.

e) *Riduzione della consistenza del mappale.*

Esempio: il pignoramento riguarda genericamente un determinato mappale del C.T., laddove è intervenuta in data antecedente una variazione con riduzione della consistenza (il mappale 1 di mq 100 subisce lo stralcio di una porzione di mq 20 che genera il mappale 2).

Il problema in questo caso è capire se l'oggetto del pignoramento investa il mappale originario o quello risultante dal frazionamento e si traduce in una *quaestio facti* da risolvere alla luce delle indicazioni contenute nell'atto di pignoramento.

Fermo restando che, in difetto di diversi e significativi elementi contenuti nell'atto, non potrà che farsi riferimento alla consistenza catastale effettiva alla data del pignoramento.

Il problema delle pertinenze

Il discorso sull'oggetto del pignoramento e sul ruolo dei dati catastali induce in via consequenziale ad esaminare il problema delle pertinenze.

Per vero, nella più recente giurisprudenza di legittimità si riscontra la presenza di approcci non del tutto uniformi quanto ai rapporti tra pignoramento e pertinenze.

Il problema nasce a ben vedere dalla necessità di coordinamento di due gruppi di disposizioni.

Da un lato, viene in rilievo sia l'art. 818 c.c. (a tenore del quale gli atti ed i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze, se non diversamente disposto), sia l'art. 2912 c.c. (a tenore del quale il pignoramento comprende gli accessori e le pertinenze della cosa pignorata).

Dall'altro lato, viene in rilievo la circostanza per cui l'atto di pignoramento postula l'indicazione dei dati di identificazione catastale (cfr. l'art. 555 c.p.c. in riferimento all'art. 2826 c.c.), ragion per cui l'estensione del pignoramento alla pertinenza pone difficoltà nel caso in cui la pertinenza presenti un autonomo identificativo catastale (non indicato nell'atto di pignoramento).

Orbene, la giurisprudenza di legittimità sembra oscillare tra un approccio per così dire "sostanziale" (diretto cioè a privilegiare un'indagine effettiva della sussistenza delle condizioni del vincolo pertinenziale, prescindendo o comunque lasciando sullo sfondo il profilo catastale) ed un approccio per così dire "pubblicitario" (diretto cioè a privilegiare l'esigenza di conoscibilità da parte dei terzi dell'estensione del vincolo pertinenziale a beni aventi comunque un autonomo identificativo catastale).

Espressione del primo orientamento può considerarsi la pronuncia di *Cass. 20 gennaio 2015, n. 869*, a tenore della quale «La costituzione del vincolo pertinenziale presuppone un elemento oggettivo, consistente nella materiale destinazione del bene accessorio ad una relazione di complementarità con quello principale, e un elemento soggettivo, consistente nella effettiva volontà del titolare del diritto di proprietà o di altro diritto reale sui beni collegati, di destinare il bene accessorio al servizio o all'ornamento del bene principale, ma non si traduce in un modo di acquisto della proprietà, sicché è comunque necessario l'accertamento del diritto dominicale sulla cosa accessoria. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che una volta accertata la destinazione a pertinenza da parte dell'unico proprietario del bene principale e di quello accessorio l'omessa menzione del bene destinato a pertinenza in un decreto di trasferimento emesso a seguito di procedimento espropriativo non impedisse l'operatività dell'art. 2912 c.c.)».

La pronuncia appare particolarmente interessante perché, nel caso di specie, la controversia riguardava

la titolarità di un bene avente autonomo identificativo catastale ed adibito a cortile, bene del quale si discuteva circa la configurabilità come pertinenza di altro bene.

L'interesse della pronuncia (e la riconducibilità della stessa a quello che si è sopra definito l'orientamento "sostanziale") nasce dal fatto che i beni dei proprietari in controversia erano stati acquistati nell'ambito di una procedura espropriativa laddove però i relativi decreti di trasferimento non contenevano alcuna indicazione dei dati di identificazione catastale del bene costituente la supposta pertinenza (il cortile). La Corte ha quindi seguito un approccio sostanziale in quanto ha ritenuto che: la omessa menzione nel decreto di trasferimento del bene (pur avente autonomo identificativo catastale) non aveva impedito il trasferimento degli accessori e delle pertinenze ai sensi dell'art. 2912 c.c.; conseguentemente, andava verificato piuttosto se, in concreto, il cortile costituisse pertinenza dell'immobile che era stato oggetto del trasferimento a favore della parte.

Il secondo orientamento sopra indicato trova invece espressione in *Cass. 21 maggio 2014, n. 11272*, a tenore della quale «La mancata indicazione espressa, nel pignoramento e nella nota di trascrizione, dei dati identificativi catastali propri, esclusivi ed univoci, di una pertinenza, a fronte dell'espressa indicazione di quelli, diversi e distinti, di altri beni, integra, in difetto di ulteriori ed altrettanto univoci elementi in senso contrario (ricavabili, ad esempio, da idonee menzioni nel quadro relativo alla descrizione dell'oggetto o nel quadro "D" della nota meccanizzata), una diversa risultanza dell'atto di pignoramento e della sua nota di trascrizione, idonea a rendere inoperante la presunzione dell'art. 2912 c.c.».

L'approccio sotteso alla pronuncia in questione muove infatti dalla valorizzazione del dato di identificazione catastale quale strumento idoneo ad assicurare la conoscibilità a terzi e, conseguentemente, la certezza dei traffici giuridici.

Sul punto, la Corte di Cassazione sembra portare alle naturali conseguenze le spinte verso la costruzione di un sistema di circolazione dei beni su base reale connesse alla meccanizzazione delle

114 Conservatorie ed al ricorso ai dati catastali.

Il rilievo assunto dai dati di identificazione catastale nell'individuazione dell'oggetto del pignoramento conduce la Corte ad un'interpretazione "congruente" anche dell'art. 2912 c.c.

Tale ultima soluzione appare per la verità preferibile: l'attribuzione di un autonomo identificativo catastale può oramai considerarsi - anche alla luce dell'evoluzione normativa sopra richiamata in punto di rilievo non esclusivamente tributario del dato catastale - come manifestazione dell'autonomia del bene (quanto meno in termini economici).

In questa prospettiva, è possibile "armonizzare" altresì la frequente affermazione della Corte di Cassazione secondo cui «il pignoramento di un terreno si estende, in difetto di espressa previsione contraria, al fabbricato che insiste sul terreno medesimo, ove tale fabbricato manchi di autonomia economica (possibilità di separazione dal suolo) o di autonomia giuridica (spettanza della proprietà ad un soggetto diverso dal proprietario del suolo), sì da costituire parte integrante di un'unica entità territoriale» (*Cass. 26 marzo 1981, n. 1766*): l'individuazione catastale autonoma del bene può ritenersi costituisca l'espressione dell'autonomia del bene e, conseguentemente, rappresenta il limite all'effetto estensivo del pignoramento ex art. 2912 c.c.

La medesima prospettiva può essere invocata peraltro nel caso inverso, in relazione, cioè, alla questione dell'estensione del pignoramento dell'edificio anche al terreno circostante, questione rispetto alla quale la Corte di Cassazione ha affermato che «il terreno latitante o circondante un edificio pignorato può, in concrete circostanze, essere considerato unica cosa con il bene pignorato, e quindi soggetto allo stesso pignoramento, ancorché non esplicitamente indicato, al pari delle costruzioni che siano in rapporto di accessorietà o pertinenziale con il bene principale sottoposto all'esecuzione» (*Cass. 28 aprile 1993, n. 5002; Cass. 16 novembre 2000, n. 14863*).

Tale interpretazione e la funzione di conoscibilità nei confronti dei terzi assegnata ai dati di identificazione catastale impone tuttavia una precisazione: è possibile cioè assegnare rilievo al dato catastale della pertinenza solo laddove esso abbia una sua effettiva consistenza.

In altri termini, può ritenersi che l'effetto di estensione del pignoramento ad un bene accessorio avente le caratteristiche di pertinenza non sussista quando la pertinenza abbia una propria "effettiva" autonomia catastale e, viceversa, sussista quando l'autonomia catastale "effettiva" manchi.

Tale ultima situazione ricorre, ad esempio: in caso di mera "graffatura" della p.lla accessoria a quella principale (esempio: corte esclusiva identificata come p.lla graffata alla principale); in caso di porzioni materiali indicate con un autonomo subalterno catastale unicamente nell'elaborato grafico (ad esempio: porzioni destinate a posto auto nella disponibilità esclusiva di un appartamento); in caso di porzioni identificate in catasto come beni comuni non censibili collegati ad altre porzioni autonomamente identificate (ad esempio: corte individuata come bene comune non censibile); in caso di area di sedime del fabbricato identificata al C.T. con altro identificativo (per difetto di allineamento). La plausibilità di una tale interpretazione può desumersi anche guardando ai casi concreti esaminati in alcune pronunce della Corte di Cassazione.

Anzitutto, può richiamarsi *Cass. 11 febbraio 2011, n. 3359* la cui massima afferma «In tema di pignoramento immobiliare, la corte che sia legata alla "res" principale da un vincolo di pertinenzialità desumibile dalla funzione esclusivamente servente l'immobile oggetto di espropriazione costituisce con questo una "unicum" inscindibile, sicchè deve ritenersi compresa nell'atto di pignoramento anche in assenza di una sua specifica menzione. (Principio espresso ai sensi dell'art. 360-bis n. 1 c.p.c.)».

La pronuncia in questione appare interessante se il principio di diritto in astratto affermato viene letto alla luce del caso di specie: la questione riguardava infatti un bene che costituiva una corte esclusiva identificata catastalmente come porzione accorpata o "graffata" alla p.lla principale.

La Corte di Cassazione ha affermato in un'ipotesi del genere l'effetto di estensione del pignoramento, ciò che può giustificarsi per l'assenza di autonomia del dato di identificazione catastale della pertinenza. In secondo luogo, poi, può richiamarsi anche la sopra richiamata *Cass. 21 maggio 2014, n. 11272*. Invero, non bisogna dimenticare come, nel caso sottoposto all'esame della Corte, si controverteva dell'estensione dell'effetto traslativo del decreto di trasferimento ad un bene autonomamente identificato: il decreto di trasferimento conteneva l'indicazione dei subalterni 3 e 5, laddove si controverteva dell'inclusione altresì del subalterno 4.

Si tratta cioè di un caso in cui il bene costituente asseritamente una pertinenza aveva una chiara, autonoma ed univoca identificazione catastale.

non soltanto ai soggetti coinvolti nella singola vicenda ma a tutta la consociazione ed in particolare a quelle componenti che del rispetto della legge e della buona amministrazione della giustizia debbono sentirsi protagonisti e sostenitori. Noi abbiamo cultura, indipendenza, rigore, capacità organizzativa.

Le funzioni del notaio nella fase di liquidazione dell'attivo

di *Piervincenzo D'adamo*

Avvocato in Bologna

e *Stefano Fazzari*

Notaio in Salerno

Prefazione

Questo intervento ha lo scopo fondamentale di evidenziare agli operatori una nuova e diversa visione del notaio all'interno della procedura liquidativa endoconcorsuale, divincolandolo dall'abituale veste di pubblico ufficiale che attesta la avvenuta liquidazione di beni compiuta da altri, ma acquisisce il nuovo e diverso ruolo compartecipe della strategia liquidativa della procedura fallimentare. Non si deve dimenticare che il notariato ha già avuto importanti successi professionali in ambito endo-procedimentale quando, nell'ormai lontano 1998, con la legge n. 302 è stato voluto, dal legislatore, quale sostituto del giudice nelle esecuzioni individuali. In tale contesto il notariato ha contribuito a ridurre notevolmente i tempi di liquidazione dei beni immobili oggetto di pignoramento e a dare maggiore certezza alla circolazione dei beni con la redazione di decreti di trasferimento più puntuali, maggiormente analitici e senza dubbio emessi in tempi più rapidi.

A questo punto, partendo dall'esperienza ultradecennale in materia di esecuzioni immobiliari si vuole prospettare la poliedricità di tale figura nella nuova riforma della liquidazione endofallimentare, alla luce dell'esperienza di alcuni tribunale virtuosi, evidenziandone i vari diversi ruoli che il notaio può avere in tale contesto processuale da mero fotografo delle condizioni catastali, urbanistiche ed amministrative dei beni appartenenti al fallito, a vero e proprio consulente giuridico e delegato alla liquidazione da parte del curatore o dello stesso giudice delegato.

Brevi cenni sulla riforma della legge fallimentare

Solo attraverso la pubblicazione del Decreto legislativo n. 169 del 2007 si è portata a conclusione la riforma delle procedure concorsuali che ha avuto tre passaggi normativi:

1. Il D.l. 35\05 recante disposizioni urgenti nell'ambito delle procedure concorsuali del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale convertito con modifiche con la legge n. 80\05;
2. Il D.lgs. n. 5 del 2006 recante la riforma organica delle procedure concorsuali, emanato in attuazione della suindicata legge 80\05;
3. Il D.lgs. 169\07 emanato anch'esso in attuazione della legge n. 80\05.

La riforma della procedura fallimentare voluta dal legislatore per adeguare le nostre procedure concorsuali a quelle, considerate, più evolute degli altri stati europei passa attraverso pochi ma fondamentali punti focali:

- a. Una forte limitazione alla "fallibilità"; il nuovo art. 1 della legge fallimentare ha introdotto soglie molto più alte per la sottoposizione di un imprenditore ad una procedura concorsuale;
- b. Una forte limitazione all'esercizio dell'azione revocatoria;
- c. L'eliminazione della portata affittiva del fallimento e l'introduzione del concetto di esdebitazione; in sostanza il debitore fallito una volta conclusasi la procedura concorsuale non rimane obbligato perpetuamente al pagamento dei propri debiti ma può ripartire con una nuova attività imprenditoriale senza il peso dei propri errori economici, il cd. *Fresh start*, nella speranza che questo nuovo inizio sia

produttivo di nuove attività, nuove finanze e nuovi posti di lavoro;

d. Una tendenziale “privatizzazione” della gestione della fase liquidativa che passa attraverso una enfaticizzazione del ruolo del comitato dei creditori che diviene l'organo guida nella monetizzazione dei diritti del fallito, sotto, però, il controllo di legittimità giuridica del giudice delegato;

e. L'introduzione del concetto di vendite competitive; il legislatore, con l'art. 107 L.fall., slega gli organi della procedura dagli stretti vincoli delle forme di vendita previste dal codice di rito, gli consente modalità liquidative più libere ed elastiche, anche se legate ad alcuni pilastri invalicabili: 1) un sistema incrementale di offerte, 2) una adeguata pubblicità, 3) una forte trasparenza endo-processuale, 4) regole prestabilite e non discrezionali di selezione dell'offerente;

f. L'attribuzione al curatore del ruolo di materiale liquidatore dei beni del fallito; il curatore dovrà esporre la sua strategia liquidativa nel suo programma di liquidazione, atto con il quale si rende edotti il giudice delegato e il comitato dei creditori di quali saranno le metodologie e le tempistiche che si intendono adottare per ottimizzare la monetizzazione dei diritti del fallito;

In concreto il legislatore del 2007, nell'intento di ammodernare le procedure concorsuali del nostro ordinamento giudiziario ed adeguarle ai diversi standard delle altre nazioni, soprattutto nordeuropee, si è spinto verso una sostanziale “privatizzazione” di tali procedure; tale tendenza allo snellimento e alla semplificazione hanno enfatizzato il ruolo del curatore quale materiale liquidatore dei beni del fallito sottoposto ad un duplice controllo da parte del comitato dei creditori nel merito della strategia liquidativa, nel merito delle valutazioni peritali che quantificano i valori dei beni da vendere, nel merito delle modalità con le quali si intende vendere i beni del fallito, e da parte del giudice delegato che invece pone in essere un controllo di legittimità su ogni singolo atto della procedura; il giudice delegato, quindi, dovrà vigilare sulla rispondenza dell'attività del curatore a quanto descritto nel programma di liquidazione, ma soprattutto dovrà vigilare sul rispetto della legge in tutto l'operato del curatore, dando la sua approvazione, o negandola, su tutti gli atti da quest'ultimo posti in essere.

La dottrina prevalente (E. Fabiani) ritiene che il controllo del G.D. sia un *controllo di legittimità*; secondo questa accezione il controllo del giudice è un controllo di *conformità* che si sostanzia in una verifica astratta della rispondenza dell'atto liquidatorio alle previsioni contenute nel programma (c.d. *controllo di denotazione*), il giudice deve quindi verificare se l'atto liquidativo era previsto dal programma ed in caso contrario deve negare l'autorizzazione convocando il curatore per chiarimenti o invitandolo ad un supplemento di programma.

117

Un secondo e più stringente contenuto del controllo di conformità concerne la verifica dei caratteri dell'atto liquidatorio, quali la tipologia, la forma giuridica, le condizioni, i parametri di stima e valutazione del bene modalità di individuazione del contraente, attività pubblicitaria (c.d. *controllo di connotazione*).

È ovvio che un simile sistema di controllo richiede un alto livello di dettaglio del programma di liquidazione, tanto è vero che la dottrina sostiene in modo univoco che la assenza di un adeguato livello di dettaglio del programma soprattutto sulle modalità delle vendite competitive sia motivo di diniego dell'autorizzazione.

Il controllo di conformità si estende anche al c.d. *controllo di correlazione (o di coerenza) tra atto e programma*, vale a dire che il giudice delegato dovrà, altresì valutare, se il singolo atto liquidativo è *sincronico* rispetto all'intero programma di liquidazione e se quel determinato atto è coerente con la strategia liquidativa generale evidenziata nel programma di liquidazione.

Il vero passaggio culturale approntato dalla riforma fallimentare del 2007, per quanto attiene alla fase di liquidazione dei beni passa attraverso due norme:

a. L'art. 107 che al primo comma introduce il concetto di “vendite competitive”, mentre nel secondo comma reintroduce la possibilità di utilizzare il giudice delegato quale materiale liquidatore dei beni del fallito attraverso le norme del codice di procedura civile compatibili con il fallimento;

b. L'art. 104-ter che nel III comma, chiaramente prevede che «il curatore può essere autorizzato dal giudice delegato ad affidare ad altri professionisti alcune incombenze della procedura di liquidazione

dell'attivo».

Tali norme sono di particolare importanza perché sono, materialmente, le fonti normative dell'ingresso dei notai all'interno della procedura fallimentare.

Notaio e funzioni notarili ordinarie in ambito fallimentare

a) Notaio e certificazione ipotecaria (art. 567 c.p.c.)

Il primo momento in cui il notaio può comparire all'interno della procedura fallimentare è addirittura antecedente alla fase di materiale liquidazione dei beni del fallito.

Come già previsto per le esecuzioni individuali anche per le procedure fallimentari il notaio può essere incaricato dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, della redazione di una relazione notarile ai sensi dell'art. 567 c.p.c. Spesso accade che nelle procedure fallimentari, al pari delle esecuzioni individuali, sia necessario procedere alla liquidazione di un bene immobile; in tali casi il curatore dovrà procedere alla nomina di un consulente tecnico d'ufficio (CTU) che provveda alla individuazione catastale del bene, alla sua valutazione ed all'acquisizione di tutte quelle informazioni che possono ausiliare il curatore o il giudice nella vendita e trasferimento del bene; contestualmente si procederà alla nomina di un notaio, che quale consulente, provvederà a redigere una relazione ipocatastale, che fornisca alla procedura tutte quelle informazioni che consentano una regolare vendita del bene oggetto del fallimento stesso. In questo contesto, quindi, il notaio è nominato dal curatore, previa approvazione del giudice delegato e quindi è consulente di parte; di fatto in questa sede il notaio è consulente della stessa procura fallimentare sotto lo stretto controllo del curatore e la vigilanza del giudice delegato.

118 b) Notaio e atto di trasferimento a seguito di aggiudicazione nell'ambito di procedura competitiva di vendita gestita dal curatore (art. 104 L.fall.).

A parte questo piccolo ruolo del notaio quale consulente, che accomuna le esecuzioni individuali alle procedure concorsuali, in realtà la riforma della legge fallimentare del 2007 proprio attraverso gli art. 107 e 104-ter consente un più ampio ingresso del notaio all'interno della procedura fallimentare, con ruoli e funzioni molto variegate che comportano, ovviamente, responsabilità ed impegni molto diversi tra di loro.

In tutti quei casi in cui la liquidazione dei beni oggetto della procedura fallimentare rimanga sostanzialmente affidata al curatore, il notaio rimane professionista delle parti e scelto dalle stesse. Il curatore in questi casi procede alla vendita dei beni secondo le modalità analiticamente indicate nel programma di liquidazione o, in alternativa, nell'istanza 104-ter VI comma. L.fall. In concreto il curatore attiverà le procedure competitive, attraverso una adeguata pubblicità commerciale, ed arriverà all'aggiudicazione dei beni messi in vendita, a questo punto in accordo con la parte aggiudicataria si recherà dal notaio scelto di comune accordo e procederà al trasferimento dei beni aggiudicati attraverso la gara; questa che è l'ipotesi più consueta di trasferimento endo-procedimentale, vede il notaio nella sua più pura funzione di pubblico ufficiale rogante. Il notaio in tale occasione acquisirà le relazioni peritali prodotte all'interno della procedura fallimentare, acquisirà il verbale d'asta, o meglio il verbale di vendita con modalità competitive, acquisirà tutta la documentazione contenuta nel fascicolo del fallimento ed attinente ai beni venduti, tra cui il documento attestante l'avvenuto pagamento integrale del prezzo, acquisirà la volontà delle parti di procedere a tale trasferimento, procederà, ove necessario ad aggiornare le informazioni necessarie alla vendita (Es. aggiornamento delle visure ipocatastali, aggiornamento delle planimetrie catastali, verifica delle necessarie autorizzazioni amministrative) e con atto negoziale, su base coattiva, procederà a trasferire il bene a quel soggetto che dal verbale di aggiudicazione risulti essere il legittimato; successivamente, nella stragrande maggioranza dei casi, o contestualmente, in casi rarissimi, il giudice delegato provvederà ad emettere il decreto di purgazione

dei gravami ai sensi dell'art. 108 ultimo comma.

Appare chiaro che in questa sede il notaio rogante non riveste nessuna funzione endo-processuale; in tutti questi casi il notaio mantiene il suo più puro compito di pubblico ufficiale rogante ed ha il solo compito di trasferire, con un apposito atto alienativo, quanto programmato con il programma di liquidazione e determinato con la procedura di vendita competitiva.

Attraverso la lettura dei lavori preparatori alla legge di riforma alla legge fallimentare, appare chiarissimo che il legislatore abbia voluto svincolare il trasferimento dei beni del fallimento dai ristretti ambiti dei provvedimenti giudiziari (Es. decreti di trasferimento), sia per concedere maggiore elasticità al momento alienativo attraverso l'utilizzo di forme e clausole inammissibili all'interno di un provvedimento giudiziario sia per alleggerire i giudici delegati e la cancelleria fallimentare da onerosissimi provvedimenti giudiziari a contenuto alienativo che impegnavano gli organi giudiziari in una materia, quella degli atti alienativi, non propria ed assai complessa, elemento questo che ha determinato finora ritardi, anche notevoli, nei trasferimenti su base coattiva nascenti da provvedimento giudiziario.

Come già precisato in precedenza, il legislatore, ha lasciato in capo all'organo giudiziario il potere di purgazione dei gravami, che dovrà aversi con provvedimento giudiziario ai sensi dell'art. 108 ultimo comma L.fall. Purtroppo molto raramente l'emanazione di tale provvedimento di purgazione è contestuale alla redazione dell'atto di trasferimento davanti al notaio, nella stragrande maggioranza dei casi lo segue dopo molti mesi; questa asincronia di sistema non pochi problemi ha recato alle prime vendite competitive avutesi dopo la riforma. Acquisire, con atto notarile, un bene, ancora gravato da ipoteche, pignoramenti o sentenze di fallimento, di fatto determina una difficilissima spendibilità del bene sul reale mercato economico; pochissimi istituti di credito erogheranno un finanziamento utilizzando a garanzia un bene gravato da simili elementi pregiudizievoli.

A tale riguardo cogliamo l'occasione per ipotizzare l'emanazione di cd. Decreto condizionato;

l'art. 108 ultimo comma L.fall. subordina l'emanazione del decreto di purgazione da parte del GD a due condizioni: 119

- a) L'effettuazione della vendita
- b) L'integrale pagamento del prezzo.

Queste due precondizioni fanno sì che vi sia sempre uno scollamento tra fase alienativa della vendita e fase purgativa ad essa collegata. Il giudice dovendo verificare, per l'emanazione del decreto di purgazione, che si sia effettivamente avuta la vendita e che sia stato integralmente pagato il prezzo fa sì che la cancellazione dei gravami avvenga sempre in momento successivo al momento in cui di fatto si è avuto il passaggio di proprietà.

Per evitare questo scollamento tra fase alienativa e fase purgativa che potrebbe arrecare gravi danni a chi compra all'asta con difficoltà ad ottenere mutui relativamente ad un bene che risulta ancora gravato da sentenza dichiarativa di fallimento ed ipoteche esistono due metodi:

Il primo è quello di provvedere al trasferimento con decreto di trasferimento provvedimento che può contenere in sé sia l'effetto alienativo che l'effetto purgativo dei gravami;

il secondo è quello ipotizzare un decreto di purgazione ex art. 108 ultimo comma condizionato all'effettivo avvenuto trasferimento e all'effettivo avvenuto pagamento del prezzo; il giudice, ad, esempio potrebbe emettere un provvedimento di purgazione prima ancora che sia stata effettuata la vendita ordinando al notaio rogante di procedere alla cancellazione dei gravami indicati nel provvedimento solo quando avrà verificato che la vendita sia stata effettivamente esperita e il prezzo integralmente versato nel conto corrente della procedura.

A mio personalissimo parere è assolutamente ipotizzabile un decreto di tal specie pur dovendo evidenziare tutta una corrente dottrinale che invece nega legittimità giuridica ad un provvedimento giudiziario che subordini l'esperimento dei suoi effetti principali al verificarsi di accadimenti incerti e futuri.

Il notaio delegato dal GD alla redazione della bozza del decreto di trasferimento con contestuale purgazione dei gravami

Proprio per ovviare al pericoloso scollamento tra fase alienativa, che si conclude con l'atto notarile davanti al notaio scelto dalle parti e fase di purgazione dei gravami, che non può che concludersi con un provvedimento giudiziario (decreto di purgazione ai sensi dell'art. 108 ultimo comma L.fall.) alcuni tribunali hanno previsto la possibilità che il curatore chieda al giudice delegato di concludere la fase di trasferimento dei beni oggetto delle vendite competitive con un decreto di trasferimento. Nessun dubbio vi è su tale possibilità nei casi in cui sia stato lo stesso giudice delegato ad aver venduto ai sensi dell'art. 107 II comma, in quanto tale norma prevede espressamente che la vendita venga effettuata secondo le modalità previste dal codice di rito che non possono che concludersi con il decreto di trasferimento quale atto conclusivo del trasferimento stesso. Pochi dubbi, sulla utilizzabilità di tale metodologia, sorgono anche nel caso in cui sia lo stesso curatore ad aver utilizzato le forme del codice di rito per procedere alla liquidazione dei beni del fallimento; ad esempio il curatore avrebbe potuto decidere di vendere attraverso le forme della vendita senza incanto, che è dettagliatamente disciplinata dagli art. 570 e ss. del c.p.c. , in questo caso si ritiene che logica conseguenza di una tale metodologia liquidativa sia il provvedimento giudiziario di trasferimento (decreto di trasferimento) contenente , al suo interno, anche l'ordine di purgazione dei gravami esistenti sui beni venduti.

120 Qualche dubbio in più, circa l'ammissibilità di una simile metodologia di trasferimento, potrebbe sorgere nel caso in cui il curatore abbia provveduto alla vendita dei beni con modalità competitive non esattamente rispondenti ai protocolli previsti dal codice di procedura civile, ovvero non abbia utilizzato la vendita con o senza incanto. La dottrina in questi casi non è unanime; alcuni autori ritengono che il ricorso al decreto di trasferimento possa essere possibile solo nel caso in cui la vendita si sia effettuata con le regole del codice di rito, al contrario, altri autori, ritengono che il concetto di vendita competitiva sia un modello aperto, avente come unico limite il rispetto di quei pilastri regolamentari a cui la dottrina ha più volte fatto cenno, e che ciò consenta al curatore, che sceglie una determinata metodologia di vendita, di utilizzare quale atto di trasferimento un provvedimento giudiziario anziché un atto negoziale, sul presupposto che entrambe hanno un'identica origine coattiva nascente dall'esigenza di monetizzare i diritti del fallito e ripartire le somme ricavate tra i creditori insinuati al passivo.

In tutti questi casi il giudice delegato può, ai sensi dell'art. 104-ter III comma, qualificandolo come proprio ausiliario, ovvero ai sensi dell'art. 107 II comma in combinato disposto con l'art. 591-bis, qualificandolo come vero e proprio sostituto del giudice, delegare un notaio alla redazione del decreto di trasferimento, alla purgazione dei gravami insistenti sui beni venduti, alla registrazione ed alla trascrizione del provvedimento giudiziario di trasferimento firmato dal giudice delegato stesso, al pari di quanto accade abitualmente nelle esecuzioni immobiliari quando il giudice dell'esecuzione delega il notaio alla sola redazione del decreto di trasferimento ai sensi dell'art. 591-bis c.p.c.

Con questa tecnica processuale, come già detto in precedenza, si evita lo scollamento tra fase di trasferimento e fase di purgazione dei gravami; in questo modo si concentra tutto in un unico provvedimento affidandolo ad un unico redattore direttamente nominato dall'organo giudiziario e sotto il suo diretto controllo: il notaio

L'affidamento dell'attività di redazione del decreto di trasferimento con in esso contenente anche l'ordine di cancellazione dei gravami eventualmente insistenti sul bene venduto oltre che essere uno strumento di particolare efficienza procedimentale, perché affida al professionista più specializzato in materia, il notaio, il compito di redigere il documento di materiale alienazione dei beni del fallimento, applicando anche in campo concorsuale la cd. Delega frazionata che tanto aveva caratterizzato le "best practices" in materia di esecuzioni individuali, rappresenta anche il primo vero ingresso del notaio all'interno della procedura come organo della procedura stessa.

Materialmente l'incardinamento del notaio in questa veste potrà avvenire in due modi:

- a. Se il suo intervento quale ausiliario è espressamente richiesto dal curatore, quest'ultimo nello stesso programma di liquidazione potrà prevedere che la liquidazione dei beni del fallito si concluda con l'emissione di un decreto di trasferimento a firma del giudice delegato ma redatto dal notaio nominato ai sensi dell'art. 104-ter III comma; ovviamente una simile strategia sarà poi sottoposta al vaglio del comitato dei creditori e all'approvazione del giudice delegato stesso;
- b. Al contrario se il curatore nulla ha previsto nel suo programma di liquidazione riguardo alle modalità materiale trasferimento del bene aggiudicato o se addirittura ha previsto che, ai sensi dell'art. 107 II comma, la vendita venga effettuata direttamente dal giudice delegato, secondo le regole stabilite dal codice di rito, allora il giudice in fase di approvazione del programma di liquidazione o dei singoli atti della fase di liquidazione può stabilire, ai sensi dell'art. 107 II comma L.fall. in combinato disposto con l'art. 591-bis c.p.c. che il decreto di trasferimento venga delegato ad un notaio di sua fiducia che provvederà a registrare e trascrivere il decreto stesso e a cancellare gli eventuali gravami esistenti sui beni venduti, ai sensi dell'art. 108 ultimo comma L.fall., così come espressamente indicati nel decreto di trasferimento stesso.

Il notaio come delegato alla vendita dei beni del fallimento

Appare, ora, opportuno evidenziare quella che è la funzione del notaio, forse più evoluta e piena di responsabilità, ma più vicina alle esigenze di razionalizzazione funzionale che il legislatore della riforma voleva raggiungere.

Già in altre sedi si era evidenziato che il legislatore del 2007 molto aveva preso dalle cd. "Best Practices" che avevano caratterizzato i grandi successi di alcuni tribunali italiani avutisi, negli anni 90, in materia di esecuzioni individuali.

Proprio partendo da questo assunto il Tribunale di Bologna, ormai già dal 2008, ha provveduto a nominare il notaio come liquidatore dei beni del fallito; le tecniche processuali e le norme utilizzabili per porre in essere tale delega sono sostanzialmente due: l'art. 104-ter III comma L.fall. e l'art. 107 II comma L.fall. Per la disamina delle problematiche processuali legate all'utilizzo di tali disposizioni normative si rimanda a quanto già evidenziato in altri studi del CNN, in questa sede è, invece, importante chiarire quali siano i passaggi endoprocedimentali per arrivare all'incardinamento del notaio nella fase di liquidazione dei beni.

Abbiamo già chiarito che l'atto di programmazione generale nel nuovo fallimento è il programma di liquidazione. Nel tribunale emiliano la parte del programma di liquidazione attinente alla vendita dei beni viene redatto congiuntamente dal notaio delegando e dal curatore; la stesura congiunta della parte liquidativa del programma di liquidazione tra curatore e notaio, consente di provvedere ad una programmazione estremamente analitica delle tempistiche relative alle vendite, ma soprattutto, essendo in possesso di tutte le relazioni peritali attinenti ai beni da mettere in vendita, consente di affrontare con consapevolezza tutte le più adeguate metodologie liquidative e soprattutto l'inserimento nel programma di liquidazione e successivamente, nell'avviso di vendita, di tutte quelle particolari clausole che possono essere di particolare utilità all'alienazione del bene oggetto del fallimento; si pensi ad esempio all'esigenza di apporre la clausola di accollo del Tfr in capo all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 105 ultimo comma L.fall., quale particolare modalità di pagamento, oppure alla possibilità di prevedere una fideiussione bancaria con clausola *solue et repele*, al posto del materiale pagamento con versamento in conto corrente bancario. Queste scelte è importante che vengano fatte congiuntamente dal notaio che materialmente dovrà provvedere alla vendita e dal curatore che è il responsabile della liquidazione di tutti i beni del fallito, in quanto vanno contemporaneamente tenute in considerazione le esigenze di ottimizzazione della vendita con quella del rispetto della legalità e di

tenuta giuridica degli atti che seguiranno alla vendita dei beni.

Una volta redatto il programma di liquidazione, anche nella parte in cui si prevede la nomina del notaio quale ausiliario alla vendita ai sensi dell'art. 104-ter III comma L.fall., questo viene sottoposto all'approvazione del comitato dei creditori e del giudice delegato.

A questo punto il notaio nominato ausiliario alla vendita col programma di liquidazione procede, al pari di quanto accade nelle vendite immobiliari delegate ai sensi dell'art. 591-bis c.p.c., a redigere l'avviso di vendita ed il testo della pubblicità, che il legislatore della riforma fallimentare ha reso obbligatoria, ponendola a fondamento della necessaria trasparenza richiesta ad una vendita coattiva. Successivamente all'avviso di vendita il notaio terrà la gara basata su un sistema incrementale di offerte e provvederà all'aggiudicazione dei beni a colui che risulterà essere il legittimato; il trasferimento del bene aggiudicato si avrà solo a seguito dell'integrale pagamento del prezzo e conformemente a quanto stabilito nel programma di liquidazione e nell'avviso di vendita; a tale riguardo è importante precisare che il trasferimento del bene aggiudicato potrà aversi con decreto di trasferimento, se espressamente previsto, ovvero con atto notarile redatto dallo stesso notaio che ha proceduto alla vendita al cospetto dell'aggiudicatario e del curatore. Come già precisato in precedenza la scelta del trasferimento con decreto consente di evitare lo scollamento tra fase di trasferimento del bene e fase di purgazione dei gravami esistenti sui beni venduti; nel caso in cui si scelga l'atto notarile, quale strumento alienativo, si dovrà fare attenzione che il decreto di purgazione, ai sensi dell'art. 108 ultimo comma, segua a strettissimo giro l'atto notarile, in modo da non pregiudicare le potenzialità economiche della vendita appena terminata.

Per onere di completezza non si può non ricordare che la nomina del notaio a responsabile delle vendite nella procedura fallimentare può avvenire anche in applicazione dell'art. 107 II comma L.fall. La norma appena citata dispone che «il curatore può provvedere nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate dal giudice delegato
122 secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili»; in sostanza il curatore può chiedere al giudice di procedere lui stesso alla vendita invece di lasciarla al curatore istante.

La norma suindicata, facendo riferimento al codice di procedura civile e alle norme di questo compatibili con la legge fallimentare, consente al giudice di delegare la vendita, a lui richiesta, ad un notaio di sua fiducia ai sensi dell'art. 591-bis c.p.c.; in questo modo il notaio delegato dal giudice alla vendita dei beni del fallimento ai sensi dell'art. 107 II comma in combinato disposto con l'art. 591-bis c.p.c., e quindi in vece dell'organo giudiziario espressamente richiesto dal curatore, esercita l'attività liquidativa quale sostituto del giudice e non come ausiliario.

In concreto la reale differenza rispetto alla nomina ex art. 104-ter III comma L.fall., consiste nel fatto che in quest'ultima ipotesi la nomina e la disciplina della stessa può essere materialmente fatta all'interno del programma di liquidazione e quindi il giudice non fa altro che recepire l'istanza autorizzando il programma, al contrario per la nomina ai sensi dell'art. 107 II comma il giudice deve recepire l'istanza del curatore e con provvedimento motivato, anche in calce al programma di liquidazione, provvedere alla nomina del notaio disciplinandone, eventualmente l'attività liquidativa secondo le regole del codice di procedura civile.

Conclusione

Appare chiaro che anche nelle procedure fallimentari il ruolo del notaio può essere di particolare importanza ai fini di un necessario snellimento delle metodologie alienative, ma soprattutto a garanzia della tenuta giuridica delle modalità di vendita e dei conseguenti atti di alienazione.

La funzione prima dello studio era quella di evidenziare le diverse graduazioni dell'intervento del Notariato nella nuova procedura fallimentare, chiarendone in modo semplificato, rispetto agli altri

studi in materia, la portata, le prospettive e le funzioni.

Si conclude ricordando che al pari dei successi già ottenuti in materia di esecuzioni individuali, anche l'ambito concorsuale potrà, nei prossimi anni, offrire nuove prospettive professionali e nuovi orizzonti di confronto scientifico ed intellettuale e che quindi a tale materia è necessario riservare uno spazio dedicato della propria attività lavorativa.

ANNOTAZIONI

Finito di stampare nel mese di Maggio 2016
Fotocomposizione: Fondazione Italiana del Notariato
Stampa: Mediascan Srl – Via Mecenate, 76 – 20138 Milano

Per tutte le informazioni sui nostri libri,
riviste, servizi on line e news
consulta

Diritto 24

Il portale del GRUPPO 24 ORE dedicato al mondo del diritto

www.diritto24.ilsole24ore.com