

MODERATORE

..Che recupererà parzialmente il tempo che non ha potuto dedicare stamattina ad alcuni aspetti molto importanti, che pure erano affidati alla sua cura. Altra comunicazione di servizio: i professionisti o comunque i non magistrati presenti che fossero interessati a ricevere gli atti, la futura trascrizione, perché come è stato detto i lavori sono registrati, la futura trascrizione o le relazioni che i singoli relatori ci faranno pervenire o ci hanno fatto pervenire, e che non abbiano già segnalato il loro indirizzo di posta elettronica all'atto della prenotazione per qualunque motivo sono pregati nel loro interesse di fornirlo alla segreteria Edicom qui a fianco, all'ingresso. La sessione prevede per cause tecniche una brevissima sospensione fra il primo e il secondo argomento, che pure sono assolutamente centrali nell'attuale assetto del processo esecutivo. Il notaio Scilabra al termine della parte della sessione dedicata al primo argomento potrà quindi completare le sue riflessioni, le sue considerazioni.

Direi quindi di passare immediatamente come da programma, siamo riusciti a limitare il ritardo oggi, e passerei la parola, non c'è bisogno di presentazione né per il giudice consigliere Paluchowski né per il professore Saletti. Quindi ci parleranno appunto dei rapporti fra esecuzione individuale e concorsuale, come da loro indicazioni, il collega Abete appunto.., passo immediatamente la parola ad Alida, quindi mi correggo consigliere Paluchowski e consigliere Abete.

Un'altra comunicazione di servizio mentre c'è ancora qualcun altro, e poi basta, che si siede. Mi è stato fatto notare che per quanto riguarda la disciplina transitoria del 616, vi giuro che poi tacerò per sempre su questi argomenti, in un primo momento avevo sostenuto che anche le sentenze pubblicate prima del 4 luglio 2009 fossero appellabili. Il problema è delicato, è sub iudice, quindi la disciplina transitoria in materia di sentenze appellabili o ricorribili per Cassazione prendetelo, diciamo così, con più cautela. Anche la mia decisione, che per la verità è quella adombrata nell'ambito di un Collegio in Corte di Appello che, non so se è un caso, è quella che tende per l'inappellabilità, non posso svelare i segreti della Camera di Consiglio. Per cui bisognerà fare attenzione alla data di pubblicazione. Con quest'ultime battute che hanno consentito ancora a qualcuno di sedersi passo quindi subito la parola ad Alida Paluchowski, che ringrazio.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Grazie. Questa sessione ha come oggetto una sorta di disamina dei rapporti tra l'esecuzione concorsuale e l'esecuzione ordinaria individuale. La premessa quindi me la sono assunta io perché poi dopo le finezze le svolgerà o le inizierà a svolgere il collega Abete che, scoprirete, è talmente bravo che effettivamente non poteva che essere lui ad accoppiarmi oggi pomeriggio.

Certamente la caratteristica che evidenzia i rapporti tra le due procedure è la concorsualità da un lato, l'individualità dall'altro, ma il fine esecutivo, il fine liquidatorio di entrambe le procedure. Se il fine è l'esecuzione vuol dire che in

ambedue i casi si tenta di coartare il debitore che evidentemente da solo spontaneamente non adempie.

Le caratteristiche dell'esecuzione individuale sono quelle che voi tutti conoscete, limitata sotto il profilo soggettivo, viene intrapresa da un soggetto, limitata sotto il profilo oggettivo, colpisce un bene che è esistente in quel momento attraverso un vincolo di destinazione che è il pignoramento.

L'esecuzione concorsuale è un'esecuzione diciamo più raffinata. Perché? perché è l'esecuzione che il nostro ordinamento appronta quando un soggetto per la particolare situazione nella quale si trova, cioè è un imprenditore commerciale, è in grado di creare molte più situazioni di allarme sociale, di insoddisfazione nei suoi creditori, perché ha una pleora di rapporti commerciali nei quali accende obbligazioni. Ambedue, evidentemente, le esecuzioni sono caratterizzate dal principio generale per cui il patrimonio del debitore garantisce l'obbligazione. L'articolo 2740 quindi è basilare, il 2741 è certamente coniugato e rafforzato in ambito concorsuale, cioè il fatto che tutti i creditori hanno diritto ad uguale trattamento in relazione alla liquidazione del patrimonio del proprio debitore che li garantisce tutti, salve le cause legittime di prelazione. Questo principio che normalmente è chiamato par-condicio creditorum ha avuto la massima espansione, il massimo svolgimento e declinazione in sede fallimentare. E' anche vero che la riforma fallimentare recente ha posto in qualche maniera in crisi il principio di concorsualità di par-condicio creditorum. Perché? Perché ha cercato di attuare una sorta di "privatizzazione" della lotta alla crisi di impresa, privatizzazione della soluzione della crisi. E' evidente che ambedue le procedure esecutive, quella individuale e quella concorsuale, sono procedure che sono caratterizzate da un intervento autoritativo di qualcuno, perché abbiamo detto che l'imprenditore da un lato e il debitore dall'altro non collaborano, non adempiono spontaneamente. Parlare pertanto di procedura concorsuale privatizzata in qualche maniera, come potete immaginare, stride un po' con il concetto di procedura concorsuale, perché la procedura concorsuale in realtà è uno strumento approntato dallo stato per consentire di superare a tutti i creditori l'insolvenza dell'imprenditore.

Vedremo poi che in realtà questo concetto di privatizzazione tende in maniera, strisciante non lo so, comunque in maniera effettivamente lenta ma costante, a volersi inserire anche nella procedura esecutiva individuale. Lo vedremo quando al termine di questa esposizione parleremo anche della nuova legge sull'insolvenza civile, che è una legge nella quale appunto si tenta, accanto alla modalità esecuzione individuale classica di introdurre dei fenomeni di soluzione negoziale dell'indebitamento, delle crisi da sovraindebitamento degli imprenditori che non possono fallire e dei debitori civili che non falliscono comunque perché non sono imprenditori, e quindi vedremo che in qualche maniera questa filosofia che è alla base della riforma della legge fallimentare, quella di cercare di ribaltare in qualche maniera sul privato l'iniziativa e il costo del risanamento della crisi, cerca di allargarsi anche ad altri settori. In qualche maniera è una sorta di quadratura del cerchio, il legislatore ha coperto, o coprirà, perché teniamo presente che la normativa sulla insolvenza civile è una normativa che è stata approvata solamente dal Senato, è ferma alla Camera dove sono state presentate numerose proposte di variazione della legge, quindi cosa uscirà sta solo

nella mente del Signore. Ma certamente c'è una tendenza a coprire con una soluzione della crisi che consenta di uscire dalla crisi o dall'insolvenza tutti i soggetti, dal debitore civile, l'imprenditore non fallibile, l'imprenditore fallibile, l'imprenditore di grandi dimensioni e l'imprenditore di grandissime dimensioni, con soluzioni diverse, ma per tutta una gamma di questi soggetti si affianca la soluzione autoritativa giurisdizionale con una soluzione che ha quanto meno in parte una soluzione negoziale.

Caratteristiche della esecuzione individuale quali sono abbiamo detto, l'individualità, la limitazione dell'oggetto, la limitata applicazione del principio della par-condicio, caratteristiche della esecuzione invece concorsuale sono la universalità, colpisce tutto il patrimonio, la concorsualità è aperta a tutti i creditori che intendono profittarne, mentre nell'esecuzione individuale occorre un titolo e dopo la riforma del 2005 e del 2006 occorre un titolo giudiziale per tutti coloro che non sono in grado di avere un titolo negoziale o un titolo diciamo così un riferimento a determinati documenti che vengono considerati fidejacenti come quelli nei quali il soggetto registra la propria contabilità e quindi i propri libri contabili. Nella soluzione invece fallimentare, nella soluzione concorsuale il titolo c'è, è la sentenza dichiarativa di fallimento. Quindi è un titolo del quale tutti possono approfittare non avendone uno proprio. Quindi è un grosso vantaggio, una grossa semplificazione, e l'unica modalità attraverso la quale si partecipa a questo processo esecutivo è quella di chiedere di insinuarsi al passivo. L'insinuazione equivale all'intervento nel processo esecutivo individuale, l'insinuazione consente di chiedere l'accertamento del proprio credito e una volta che si è chiesto l'accertamento del proprio credito consente di partecipare al riparto del ricavato del patrimonio.

Se queste sono le differenze, e abbiamo visto che però alcune tendono a sparire man mano col tempo, mi sembra che quello che in questo momento è maggiormente da chiarire forse è il problema dei soggetti che sono sottoponibili alle esecuzioni individuali e quelli che sono sottoponibili alle soluzioni concorsuali, e in questo senso la parola passa a Luigi Abete.

DOTT. LUIGI ABETE

Innanzitutto grazie per invito, grazie soprattutto alla collega Paluchowski per le belle parole, immeritate, che ha ritenuto di rivolgermi. Se c'è un vaso di terracotta di manzoniana memoria in questa sezione quello sono sicuramente io. Avrete capito anche che abbiamo deciso, io e la collega Paluchowski, di non svolgere due relazioni in senso tradizionale, ma di passarci continuamente la palla, non solo per tenere desta la vostra attenzione, ma forse verosimilmente anche la nostra. Prima di aggiungere, formulare qualche riflessione con riferimento al profilo soggettivo, cioè allo spettro dei soggetti che sono sottoposti all'uno e all'altro tipo di esecuzione, evidentemente si tratta di un profilo che concorre a rimarcare le differenze tra l'esecuzione di diritto comune, quella di diritto speciale e quella fallimentare, mi permetto, non per completezza, ma solo a titolo di ulteriore chiarimento per me e per voi, che i profili della universalità oggettiva e soggettiva, profili connotanti, caratterizzanti della

procedura fallimentare trovano espressione positiva all'articolo 52 dove è scritto il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio. L'espressione sul patrimonio è il riflesso positivo della universalità oggettiva, così come l'espressione dei creditori è il riflesso positivo della universalità soggettiva della procedura. Mi piace, prima ancora di arrivare a quello spicchio di argomento che, secondo l'accordo che abbiamo preventivamente siglato io e la collega Paluchowski, mi è riservato, ricordare che questo è il tempo in cui il valore della par-condicio, le quotazioni del valore della par-condicio sono fortemente in ribasso, al punto tale, permettetemi questa vuole essere solo ed esclusivamente una provocazione, ad avviso di chi vi parla, forse verosimilmente la presenza nel sistema di una procedura concorsuale non si giustifica più. Potrebbe forse la perdurante presenza nel sistema del fallimento, potrebbe forse poter significare esclusivamente dispendio inutile di energie personali e professionali. Perché il valore della par-condicio a mio avviso è in fortissima crisi in questo periodo, perché il legislatore della riforma fallimentare ha significativamente inciso sull'istituto della revocatoria fallimentare, la revocatoria è l'istituto, dovrebbe essere l'istituto che costituisce, come si dice con una formula tecnica, la garanzia dell'operatività a ritroso del principio della par-condicio creditoria. Nel momento in cui i margini di operatività di questo istituto sono stati fortemente ridimensionati, è semplicissimo il riferimento non solo all'abbattimento, al ridimensionamento alla riduzione alla metà dei termini del periodo sospetto, ma anche alla griglia delle esenzioni di cui al terzo comma dell'articolo 67 comprenderete facilmente perché ormai di revocatoria quasi non se ne parla più. Le sentenze in tema di revocatoria nuovo rito pare che si vendono per le riviste a caro prezzo, tutte le riviste di diritto fallimentare sono interessate ad avere sentenze in materia di revocatoria fallimentare, ma pare che non se ne trovano, perché non ci sia più una produzione in questo tipo. E poi un altro valore che ha inciso fortemente su quel dato caratterizzante, quello della par-condicio, un'altra scelta della riforma che ha inciso significativamente sul dato della par-condicio come dato caratterizzante della procedura fallimentare è stata la espulsione, la espunzione dell'iniziativa ufficiosa e la tipizzazione delle ipotesi in cui il Pubblico Ministero può esercitare la propria iniziativa. Quindi questo vuol dire sostanzialmente che la dichiarazione di fallimento arriva sostanzialmente tardi quando il patrimonio dell'imprenditore è già stato, legittimamente o illegittimamente, dalla prospettiva dell'imprenditore opportunamente svuotato, sicché, come dire, c'è bene poco da liquidare, verosimilmente a questo punto rebus sic stantibus, tanto varrebbe, soprattutto perché c'è poi il grimaldello esterno del credito fondiario, lo diremo senza invadere e pascolare abusivamente nel campo riservato al professor Saletti, che ulteriormente contribuisce a rendere per certi versi inutile il fallimento. Ma ciò nonostante, nonostante queste puntualizzazioni un dato di discriminazione, di differenziazione saliente è legato al diverso status dei soggetti che sono sottoposti all'una o all'altra procedura. Insegnamento classico è che il fallimento è riservato all'imprenditore privato, non all'imprenditore pubblico, l'imprenditore privato può essere individuale o collettivo, segnatamente societario, all'imprenditore commerciale non all'imprenditore agricolo; in passato avremmo detto all'imprenditore non piccolo, a quello medio grande, oggi diciamo all'imprenditore

che si situa al di sopra delle soglie dimensionali di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge fallimentare. Questo vuol dire che all'esecuzione di diritto comune restano necessariamente assoggettati il debitore civile, cioè quello che non è riconducibile al paradigma del 2082 del Codice Civile, cioè che non è imprenditore, l'imprenditore pubblico, voi sapete che anche gli enti pubblici possono svolgere attività d'impresa, per giunta il 2201 prevede l'obbligo dell'iscrizione al registro delle imprese quando l'ente pubblico svolga in via esclusiva o principale attività di impresa, evidentemente gli imprenditori agricoli perché non sono, in rapporto alla natura dell'attività esercitata, soggetti alla dichiarazione di fallimento.

Quindi per debitore civile imprenditore pubblico ed imprenditore agricolo non può che funzionare, senza possibilità alternativa se non l'esecuzione di diritto comune. Nei miei appunti, che in realtà riflettono uno scritto pubblicato, un capitolo pubblicato in un volume di diritto fallimentare a cura dei colleghi Celentano e Forgillo c'è anche il riferimento ad una pronuncia A Sezioni Unite della Suprema Corte alla possibilità di esercitare senz'altro l'azione esecutiva in danno di un soggetto pubblico. Ma al di là di questo riferimento giurisprudenziale, in ogni caso una copia di questi appunti li lascerò all'organizzazione, val la pena aggiungere che se per questi soggetti la procedura esecutiva singolare è l'unica possibilità, ci sono dei casi in cui la procedura esecutiva singolare è l'unica possibilità, di fatto è l'unica possibilità, in un contesto che teoricamente pure potrebbe vedere la concorrenza della procedura fallimentare. Cioè mi riferisco al caso in cui si eserciti un'azione esecutiva di diritto comune, un'espropriazione di diritto comune in danno di un imprenditore perfettamente suscettibile di fallimento, almeno dal punto di vista oggettivo, ma che abbia dimostrato di non essere insolvente. Qui l'azione esecutiva viene esercitata in danno di un soggetto che, potremo dire dal punto di vista soggettivo sarebbe suscettibile di fallimento, ma che non lo è o perché pur essendo inadempiente non è insolvente, o perché non è gravato da debiti, da esposizioni debitorie superiore a quello sbarramento pecuniario di 30 mila euro.

C'è poi il caso classico in cui possono a pieno titolo concorrere esecuzioni di diritto comune ed esecuzioni fallimentari, questo accade quando il soggetto è a pieno titolo suscettibile di fallimento, l'imprenditore, sia dal punto di vista soggettivo sia dal punto di vista oggettivo, cioè perché si tratta di un imprenditore privato individuale o collettivo segnatamente societario, commerciale, mediogrande avremmo detto in passato, in pieno stato di insolvenza, cioè in una condizione non temporanea, di incapacità ad adempiere con mezzi normali e regolarmente le proprie obbligazioni, così come si usa dire con la formula classica. In questa ipotesi di concorso tra azione esecutiva singolare ed azione esecutiva collettiva concorsuale, come dire, il concorso, il conflitto è risolto dall'articolo 51 alla stregua del principio della prevalenza dell'azione esecutiva concorsuale sull'azione esecutiva singolare. Cioè quando l'articolo 51 della legge fallimentare ci dice che dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione esecutiva può essere iniziata o proseguita sul patrimonio del debitore fallito, sostanzialmente ci dice, consacra il principio per cui l'azione esecutiva concorsuale prevale sull'azione esecutiva. Mi sembra, al di là di ogni altra considerazione, una scelta di civiltà. È ovvio, come dire, è preferibile che tutti si

soddisfino nel medesimo contesto perché si evitano le iniziative isolate che potrebbero poi risultare vantaggiose solo per i creditori.

Questa è la regola generale, ma come sempre accade nell'ordinamento italiano alla regola ci sono le sue eccezioni. Un tempo ce n'erano due, quella dell'esattore, cioè lo stato poteva sottrarsi alla regola del concorso sostanziale, con la riforma sulla riscossione, cioè una eccezione di questo tipo, non è più prefigurata a vantaggio del concessionario. Tuttavia, a dimostrazione che le banche nel nostro ordinamento sono più forti dello Stato, e quindi gli interessi del ceto bancario sono evidentemente più forti dell'interesse dello Stato, l'eccezione alla regola di cui all'articolo 51 per cui sostanzialmente non si possono iniziare o proseguire azioni esecutive in danno dell'esecutato fallito una volta che è stato dichiarato il fallimento, permane a pieno titolo per gli istituti di credito, cioè per i cosiddetti creditori fondiari. Quello che va notato, ripeto non voglio invadere il campo riservato al professor Saletti e alla collega Lodolini, la nozione di credito fondiario è una nozione di ampio spettro, cioè l'articolo 38 della legge bancaria sostanzialmente ammette, prefigura la possibilità che nella categoria del credito fondiario entrino tutti gli istituti di credito, voi sapete che è scomparsa nel nostro ordinamento la distinzione tra istituti di credito e aziende di credito, è sufficiente appunto che sia fatta un'operazione di finanziamento a medio e lungo termine, che la stessa operazione sia assistita da una garanzia ipotecaria di primo grado, a volte addirittura di secondo grado. Quindi dato l'ampio margine di operatività della nozione di credito fondiario quella eccezione al principio generale finisce con l'essere a sua volta una sorta di regola generale, che si giustappone alla regola generale fino per certi versi a svuotarla di contenuto e, dalla prospettiva di chi vi parla, siccome è inesorabilmente destinato ad operare, a rendere vieppiù inutile la presenza nel sistema di una procedura esecutiva fallimentare giustapposta a quella esecutiva in considerazione della espunzione della revocatoria fallimentare, della eliminazione dell'iniziativa ufficiosa. Cosa dire al riguardo, io cedo tra un istante la parola alla collega Paluchowski, vi è da dire che con il correttivo del settembre del 2007, se la memoria non mi inganna, si è provveduto a consacrare positivamente un principio che era già stato espresso nel 2004 dalla Suprema Corte di Cassazione, il principio per cui il creditore fondiario, che è titolare di un privilegio meramente processuale, cioè ha soltanto il vantaggio di poter iniziare e proseguire l'azione esecutiva, ma sostanzialmente soggiace al concorso sostanziale, si è consacrato il principio per cui il creditore fondiario deve presentare la domanda di ammissione al passivo, cioè deve sostanzialmente chiedere al giudice del concorso collettivo l'accertamento della propria ragione di credito, evidentemente anche in rapporto alle altre ragioni concorrente. Ad avviso di chi vi parla se questo è vero ed è indiscutibilmente vero, perché ce lo dico adesso il novello articolo terzo comma 52 comma terzo della legge fallimentare, ciò a mio avviso ha una ricaduta pratica di grande, di pregnante significato di grande portata, a mio avviso, è un'opinione personale ma che sottopongo all'attenzione di tutti voi che mi ascoltate, comporta inesorabilmente che quando si è verificato, è stato dichiarato il fallimento dell'esecutato, esecutato tale in dipendenza di un'iniziativa assunta da un imprenditore fondiario, l'attività del giudice della esecuzione deve arrestarsi alla sottoscrizione del

decreto di trasferimento e la distribuzione e la ripartizione dei quattrini ricavati dalla vendita dell'immobile a mio avviso non compete al giudice dell'esecuzione, ma rigorosamente compete al giudice delegato. Cioè venduto l'immobile, trasferito l'immobile il GE non deve fare altro che consegnare al curatore del concorrente fallimento il libretto e dire provvedi tu a ripartire le risorse, evidentemente il rapporto creditore fondiario in maniera tendenzialmente virtuale perché il creditore fondiario ha già ricevuto, sia pure in via provvisoria, quanto ricavato dalla vendita dell'immobile a soddisfazione del proprio credito. Quindi il dato che io reputo, mi assumo la piena responsabilità, di rimarcare, è questo, soprattutto all'esito della sottoposizione della positivizzata sottoposizione del creditore fondiario all'onere del concorso formale, la ripartizione, il progetto di distribuzione, o meglio il piano di riparto, questa è la terminologia adoperata dal legislatore fallimentare, nel codice di rito trovate l'espressione progetto di distribuzione, il piano di riparto dovrà essere fatto dal GD e non dal GE. Sicché l'attività del GE si arresterà, a mio avviso, alla sottoscrizione del decreto di trasferimento. Mi fermo qui e restituisco la parola alla collega Paluchowski.

MODERATORE

Allora io le chiedo anche di precisare se a suo avviso il trasferimento della massa attiva ricavata dal giudice dell'esecuzione debba avvenire al lordo o al netto delle eventuali spese degli ausiliari del GE.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Allora la mia convenzione è che il trasferimento al giudice delegato dell'importo da ripartire debba essere al netto delle spese, nel senso che il giudice dell'esecuzione procederà a liquidare e soddisfare le cosiddette spese in prededuzione, in particolare direi le spese relative al custode, so che qui ci sono i custodi quindi sono interessati all'argomento, relative alla pubblicità eseguita per la vendita del bene e relative, se la si fa, alla cancellazione delle trascrizioni pregiudizievoli in favore dell'acquirente, alle spese del decreto di trasferimento e tutte quelle spese che secondo me sono tipiche della procedura esecutiva e che in ogni caso dovrebbe versare anche il fallimento, perché è evidente che se il fallimento si avvantaggia dello strumento esecuzione individuale non è che poi può pensare di farlo gratis.

MODERATORE

Si potrebbe quasi dire che avendo in sostanza il fallimento deciso di avvalersi del giudice dell'esecuzione per le operazioni di vendita, tutto ciò che ha riguardo alle operazioni di vendita resta, per scelta fallimento che ha deciso di avvalersi del giudice dell'esecuzione rimesso al giudice dell'esecuzione, ma tutto il resto a partire dalla vendita completa in poi no.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Sì, sarei d'accordo anche in questo senso, mi sembra che anche Gino peraltro la pensi in questo senso.

DOTT. LUIGI ABETE

Del resto il giudice dell'esecuzione a fronte di un'iniziativa di un pignoramento di un imprenditore fondiario provvede preventivamente a nominare l'esperto per la stima dell'immobile, poi successivamente lo mette in vendita e, come dire, un giudice dell'esecuzione di buon senso dopo che ha nominato l'esperto e ha studiato la CTU poi ha posto in vendita, all'esito dello studio ha liquidato il consulente, a buon titolo dice al creditore fondiario beh hai avuto la tua relazione, adesso paga l'esperto. Deve pretendere il pagamento dell'ausiliario, gli ausiliari devono essere pagati fino all'ultima lira e il giudice deve essere il loro grande difensore, la prima condizione di efficienza del processo è che gli ausiliari siano pagati fino all'ultima lira. Lo dico perché il dottor Laudiero che è tra i presenti sa che lo dico con amarezza, perché è stato lui attaccato perché il sottoscritto ha ritenuto di applicare questo principio. Gli ausiliari devono essere pagati fino all'ultima lira, qua non si lavora gratis et amore dei, e non è captatio benevolenze eh, perché succede, questo devo dirlo, che i tanto amati istituti di credito si fanno inseguire per versare l'acconto ai delegati alle vendite, cioè molto spesso io sono stato costretto a convocare le parti dinanzi a me e a minacciare, dico l'estinzione atipica, qualcosa del genere, della procedura, per fare in modo che venissero pagati. E' vero che si dice che a pagare e a morire c'è sempre tempo, però insomma...

MODERATORE:

Grazie a Gino abete. Prego professor Saletti.

DOTT. ACHILLE SALETTI

No ma io non intendo intervenire adesso, io non sono d'accordo, faccio solo un'obiezione perché bisogna anche tener conto che la nuova norma introdotta nel 2007, che tra l'altro si applicherà per il futuro, perché si applicherà ai fallimenti dichiarati dal primo gennaio del 2008, quindi lascia aperto ancora tutto un amplissimo quadro, noi vediamo sentenze della Cassazione che applicano il testo unico fondiario del 1905 quindi questo dà un'idea di come i tempi si dilatino. Questa nuova norma però deve essere vista con il resto della legislazione che c'è, e in particolare con l'articolo 41 del Testo Unico Bancario, che dice una cosa diversa, quindi dice una cosa che è un po' difficile da coordinare con quello che io ho sentito, perché quando dice che la somma ricavata dall'esecuzione eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca viene attribuita al fallimento, come si fa a dire che il giudice dell'esecuzione deve fermarsi al decreto di trasferimento e non può fare la distribuzione, qui c'è scritto il contrario.

DOTT. LUIGI ABETE

Fa la domanda al passivo per che cosa? Cioè la domanda all'ammissione al passivo deve consentire al giudice del concorso collettivo di vagliare il rapporto di quella ragione di credito in relazione a tutte le altre, altrimenti non avrebbe senso aver codificato il principio della sottoposizione. A parte che la Cassazione l'aveva affermata già nel 2004, ma non avrebbe senso prefigurare l'obbligo della assoggezione al concorso formale se non per consentire al giudice dell'esecuzione collettiva di andare a verificare la posizione di quel credito rispetto all'intero complesso. Mi perdoni e questa è una soluzione che è conforme non solo al parametro egalaritario formale del comma primo dell'articolo 3, ma vivadio anche al parametro egalaritario sostanziale del comma 2 dell'articolo 3, perché, m come dire, quanto meno insomma chi è disgraziato ha la possibilità di sapere che è disgraziato, perché se non ha la possibilità di conoscere quale è la sua posizione rispetto al creditore forte è più disgraziato di chi invece almeno ha la possibilità di rendersi conto nel contesto generale dell'esposizione debitoria dell'imprenditore dice: sì io sono disgraziato, ma almeno ne prendo atto. Quella soluzione sostanzialmente consente a chi è disgraziato di non rendersi neanche conto della sua posizione deteriorata. Quindi come vede c'è anche un'esigenza di rispondenza a quell'idea solidaristica che emerge dal 2 e dal 3 comma 2 della Costituzione.

MODERATORE

Prego professore.

DOTT. ACHILLE SALETTI

Non vorrei fare un dibattito fra noi due, ma che si dovesse fare la verifica è un principio assolutamente ormai pacifico, l'ha detto la Cassazione nel 2004, nel 2007, nel 2008, prima della riforma del 2007. Quindi io non ho nessun dubbio che il privilegio del credito fondiario sia un privilegio di carattere processuale e che non dia diritto al credito fondiario di trattenere un centesimo in più di quello che gli verrà riconosciuto in sede di verifica in primo luogo, e che poi gli verrà riconosciuto in sede di distribuzione figurativa, perché i soldi li ha già presi, ma dovrà restituire quello che ha preso in più. Il problema è che i fallimenti liquidano con grande lentezza, e fanno la distribuzione con ancor più grande lentezza, e quindi il vantaggio del credito fondiario è semplicemente quello di portare a casa i soldi che servono per operare nell'ambiente economico, salvo restituire quello che non ha diritto di percepire. Però resta il fatto che non si può attribuire questa valenza innovativa sostanziale alla norma del 2007, perché quello che dice la norma nel 2007 lo diceva già la Cassazione nel vigore del precedente testo normativo. Quindi a me sembra difficile che si possa dire: siccome c'è stata la riforma del 2007 cambia tutto, no non cambia un bel nulla, si continua a fare, è sancito legislativamente quello che la

Cassazione aveva affermato in via interpretativa. Dopodiché io non dico altra su questo perché non voglio invadere.

DOTT. LUIGI ABETE

Mi perdoni professore, però una volta che si riconosce al giudice dell'esecuzione la prerogativa di ripartire i quattrini che cosa può accadere? Che possono sorgere delle contestazioni al progetto di distribuzione. Se sorgono delle contestazioni il rimedio è il combinato disposto del 512 e 617. Ma che cosa vuol dire? Vuol dire che sostanzialmente un giudice, che non è quello del concorso, finisce in spregio alla riserva di rito per conoscere di un credito concorrente. Cioè, mi perdoni, ab sit in jura verbis, la sua soluzione finisce poi, a conti fatti, portata ad estrema conseguenza, col tradire la riserva di rito, che costituisce un aspetto caratterizzante, Pagardi dice sofisticato, della procedura esecutiva concorsuale, perché poi se sorgono delle contestazioni passo prima io, passi prima tu, no sono più forte di te, come si fanno valere queste contestazioni? 617 e 512. Ma questo che cosa vuol dire? che il giudice estraneo al concorso conosce di un credito concorrente. E la riserva di rito? E' un dubbio che fu.

DOTT. ACHILLE SALETTI

Una cosa voglio ancora dirla, anticipo cose che avrei detto nella mia relazione, chi sono le parti del processo esecutivo che svolge il credito fondiario? Non è il creditore fondiario e il fallimento, è il creditore fondiario e il debitore. Le controversie in sede di riparti che eventualmente ci fossero sono un qualcosa che riguarda il debitore, se vuol farle, e che non toccano assolutamente il fallimento. Se il curatore intervenisse, il curatore può intervenire, lo dice la norma, perché può intervenire? Semplicemente perché l'esecuzione individuale che si svolge in pendenza di fallimento non ha come soggetto passivo il fallimento, ma ha come soggetto passivo il debitore. Ha come soggetto passivo il debitore e quindi il giudice dell'esecuzione è chiamato ad attribuire al credito fondiario le somme che nella controversia col debitore gli sembrano spettare. Se il debitore avrà qualcosa da dire su questa attribuzione potrà fare una controversia in sede di riparto. Ma questa controversia in sede di riparto non tocca in alcun modo il fallimento, perché una cosa sono i rapporti tra creditore e debitore e un'altra cosa sono i rapporti tra massa e creditore. L'esperienza comune ci fa vedere una serie di casi in cui il rapporto debito credito tra le parti è profondamente diverso da quello che è il rapporto debito credito nei confronti della massa. Qui abbiamo un'esecuzione che non è che cambia le sue parti nel momento in cui si arriva alla distribuzione, cioè arrivati al decreto di trasferimento è come se invece che il debitore fosse presente in giudizio il fallimento, continua a rimanere il debitore e il fallimento se ne infischierà, scusate il termine, di quelli che sono le risultanze delle controversie in sede di riparto. Io sono convinto che se il curatore intervenisse e promuovesse una controversia in sede di riparto dovrebbe essere dichiarata improcedibile, perché c'è la verifica fallimentare. Quindi a me veramente

sembra, per carità anche la mia è un'opinione così soggettiva, a me veramente sembra che non ci sia nella esecuzione del credito fondiario, altro era prima con la Cassazione o gli orientamenti della Cassazione negli anni novanta che potevano pensare, ma adesso non ci sia niente che contraddice con la procedura concorsuale. Dirò di più, nel momento in cui il fallimento può vendere e la priorità tra la vendita fallimentare e la vendita individuale è data da chi riesce a realizzare per primo la vendita si dimostra che non c'è neanche un pericolo di ritardo, non c'è un pericolo quindi di ritardo, non c'è un pericolo di violazioni della legge della par-condicio creditoria. Quindi a me questa difficoltà di concepire la posizione del credito dell'esecuzione individuale del credito fondiario in pendenza di fallimento riesce veramente difficile da spiegare.

MODERATORE

Aveva chiesto di intervenire sia Francesco Vigorito che Giovanni Fanticini, anche se mi pare di capire che il conflitto è per quanto riguarda il concorso fra il fallimento e il credito fondiario, mentre quando non si tratti di credito fondiario probabilmente le conclusioni a cui eravamo arrivati non penso possano soffrire eccezione, va tutto rimesso al metto al giudice delegato. Francesco Vigorito e poi Giovanni Fanticini.

DOTT. FRANCESCO VIGORITO

Io per una volta non sono d'accordo con il mio amico Gino Abete, nel senso che se proviamo a ricostruire tutta la vicenda del privilegio processuale riconosciuto al credito fondiario probabilmente una parte delle questioni su cui stiamo dibattendo si svuota abbastanza. allora il privilegio processuale riconosciuto dal credito fondiario è un privilegio che si esplica immediatamente con l'incasso diretto del ricavato della vendita, poi vedremo come la Cassazione recentemente ha trasformato questo privilegio processuale o ha pensato di trasformare questo privilegio processuale addirittura in un privilegio sostanziale con una discutibilissima sentenza. Ma sulla natura del privilegio processuale non credo che ci siano dubbi. Allora cosa dire? Che nel momento in cui l'immobile viene aggiudicato e il prezzo viene versato la somma viene attribuita, parte o l'intero ricavato viene attribuita in forza di questo privilegio processuale all'istituto di credito fondiario. Il passaggio successivo, che però direi a questo punto è inevitabile, è quello di valutare quale parte del ricavato della procedura sia destinata alle spese di procedura, e l'abbiamo detto, quale parte può essere mantenuta in questa fase al credito fondiario e se ci sono delle somme residue che in questa fase possono essere direttamente attribuite alla procedura fallimentare. Questo tipo di operazione a me sembra che è un'operazione che richiede necessariamente la predisposizione di un progetto di distribuzione. Progetto di distribuzione in cui si andrà a discutere di tutte le vicende legate alle spese di procedura che altrimenti non troverebbero spazio a livello di contestazione, di riconoscimento. Non solo, ma si andrà a discutere anche, nel rapporto tra debitore e credito fondiario, di quello che spetta al credito fondiario. Tutto questo, cioè la

necessità di fare questo progetto di distribuzione, di definire provvisoriamente l'attribuzione delle somme non incide poi sul diritto che ha la procedura fallimentare, e per questo è richiesto poi dalla nuova norma della legge fallimentare l'insinuazione al passivo del fallimento, di dimettere tutto questo in discussione, ma tenendo conto che il ricavato della procedura esecutiva è un ricavato al netto delle spese, e che tutte le questioni che attengono ai rapporti tra i singoli crediti e il credito fondiario sono questioni che andranno trattate in sede fallimentare.

Complessivamente a me questo sistema sembra un sistema che ha una sua logica e, superate le controversie che ci sono state negli anni novanta, mi sembra anche un sistema senza particolari problemi, cioè non ci vedo un problema particolare nel fatto che il giudice dell'esecuzione dopo avere attribuito ex lege le somme al credito fondiario torni poi su questa attribuzione di somme per valutare se quell'attribuzione, che ricordiamo viene di regola effettuata senza nessun controllo del giudice dell'esecuzione, cioè l'aggiudicatario versa direttamente al credito fondiario sulla base della richiesta del credito fondiario. Potrebbe esserci già in questa fase una attribuzione eccessiva a favore del credito fondiario. Sottrarre al giudice dell'esecuzione questo tipo di controllo significa limitare non solo l'attività del giudice dell'esecuzione ma lo stesso interesse della procedura fallimentare a un controllo preliminare sulla sottrazione provvisoria di parte delle somme all'attivo fallimentare. Quindi a me sembra un sistema congegnato, dalla sentenza del 2004 in poi, in un modo abbastanza lineare, non vedo il motivo per, come dire, saltare questa fase finale della procedura esecutiva.

DOTT. GIOVANNI FANTICINI

Su queste questioni io ricordo che bene prima della riforma taluni volumi, 18 marzo 2002 Licardo Estensore, pubblicato sulla rivista dell'esecuzione forzata, aveva trovato un punto per contemperare il 41 e quindi il privilegio di natura squisitamente processuale con l'accertamento del credito del fondiario e si diceva: il fondiario è tenuto a insinuarsi nello stato passivo perché è nella misura dello stato passivo che il giudice può attribuire queste somme anche ex articolo 41. questo perché pur trattandosi di un'assegnazione provvisoria è comunque dal punto di vista della procedura esecutiva un'attribuzione definitiva che chiude e se bisognerà poi vederla in sede fallimentare se poi ci saranno delle altre questioni innanzi al GD. Quindi si diceva il fondiario deve insinuarsi nella procedura fallimentare entro la misura in cui è riconosciuto il credito fondiario nel passivo fallimentare il giudice applica il 41, paga il fondiario e il residuo poi lo darà al curatore del fallimento.

Pongo un altro problema collegandomi alle spese che si diceva prima per gli ausiliari, cioè il netto o il lordo, sono anche io dell'idea, e lo faccio regolarmente, del netto, quindi il GE liquida le spese. Liquido anche, e su questo chiedo se c'è un orientamento condiviso o no, le spese del creditore precedente. Questo perché in molti casi io mi trovo con delle procedure esecutive promosse non da un fondiario da un creditore qualunque, che magari però è una banca, e un fallimento con zero soldi in cassa. Quindi tutte le spese procedurali sono supportate anche per quanto riguarda

le spese legali da un creditore procedente che ovviamente mi dice io non posso poi attendere l'esito della procedura fallimentare per pagare anche l'avvocato, l'anticipazione delle somme per la pubblicità. E quindi io in questo caso liquido anche le spese del procedente ritenendole appunto nella prededuzione.

Sul rapporto pongo una domanda ulteriore, poi se c'è tempo, 107 legge fallimentare e 51 legge fallimentare.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

E' l'argomento successivo.

DOTT. GIOVANNI FANTICINI

Okay, come non detto.

MODERATORE

Prego prima Gino e poi Alida se vogliono rispondere.

DOTT. LUIGI ABATE

Io non posso che riferire l'attribuzione deve essere fatta al netto, cioè ricavata la somma di cento dalla vendita dell'immobile l'aggiudicatario sostanzialmente versa direttamente nelle mani del creditore fondiario, ma quando viene liquidato l'esperto nominato dal giudice dell'esecuzione la liquidazione, cioè il problema per certi versi si ridimensiona, perché la liquidazione viene fatta a carico del creditore pignorante che è lo stesso creditore fondiario. Quindi sostanzialmente è come se quel costo prededucibile già grava sul creditore fondiario. C'è da dire questo, che poi questo attiene al rapporto tra credito prededucibile e creditori ipotecari e creditori prededucibili, contrariamente a quello che poteva pensarsi, quello che può pensarsi dalla graduazione del 111 si è portati a pensare che i credito deducibili passino prima dei crediti ipotecari, questo con riferimento specificamente al fallimento. La Cassazione però già nella seconda metà degli anni novanta aveva precisato che la posizione del creditore ipotecario, e quindi anche del creditore fondiario, era assolutamente prioritaria rispetto a quello del creditore prededucibile. Questo principio oggi è codificato all'articolo 111 quater della legge fallimentare. Quindi la Cassazione aveva detto nella seconda metà degli anni novanta che il credito ipotecario passa prima dei crediti prededucibili eccezion fatta per quella porzione di crediti prededucibili per un'aliquota dei crediti prededucibili direttamente imputabili alla gestione, all'amministrazione e alla liquidazione dell'immobile. Allora al di là della tecnica poi concreta di pagamento, quando l'aggiudicatario versa la somma direttamente al creditore fondiario bisognerebbe aver cura, se il creditore fondiario non provvede a pagare l'esperto, quasi di pretendere una porzione di quella somma da parte del GE di dire: sì tu puoi versa cento, ma tieni conto che di quei cento uno deve andare all'esperto perché è un'aliquota, è un credito prededucibile che è alla

stregua dell'indicazione del 111 bis, non riesco a individuare la norma, in ogni caso è un credito più forte del tuo. Allora due sono le cose, o da quell'attribuzione provvisoria prefigurata dal 41 viene defalcato quell'uno che deve andare all'esperto, oppure se non vuoi che venga defalcato provvedi a pagare tu. Cioè il problema del rapporto delle spese rispetto al credito del creditore ipotecario fondiario deve essere valutato alla stregua di questa norma dell'articolo 111 bis numero 3, dice: i crediti prededucibili vanno soddisfatti per il capitale le spese degli interessi con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti. In parte qua il legislatore della riforma fallimentare ha codificato un principio che era già stato espresso dalla giurisprudenza di legittimità nella seconda metà degli anni novanta, a cavallo della metà degli anni novanta. Il credito ipotecario è più forte del credito prededucibile, contrariamente a quello che il buonsenso ci suggerirebbe, ma con una puntualizzazione questa prevalenza del credito ipotecario sul credito prededucibile non può essere affermata tout-court, il credito ipotecario in ogni caso deve subire la concorrenza prioritaria di quei crediti prededucibili che sono direttamente imputabili all'amministrazione, alla liquidazione dell'immobile oggetto dell'ipoteca. Il che cosa vuol dire se è questo è vero, e a mio avviso è vero, perché quell'insegnamento resta fermo codificato all'articolo 111 terzo comma resta fermo, vuol dire che le spese, il compenso dovuto all'esperto, non si pone tanto il problema del custode, le spese dell'esperto sono o da defalcare rispetto a quell'attribuzione provvisoria che l'aggiudicatario fa direttamente al creditore fondiario, perché secondo quella giurisprudenza è credito più forte, oppure si dice al creditore fondiario guarda tu subiresti la concorrenza prioritaria di questo creditore prededucibile, se non vuoi subire la concorrenza e non vuoi vedere defalcata la somma cento che è ottenuta a titolo provvisorio di modo che si riduca a 99, quell'uno provvedi tu separatamente a darlo all'esperto. E' così che va affrontato il problema del netto delle spese, tenendo conto che sì è vero, come dice oggi chiaramente e casticamente il 111 bis comma terzo che l'ipotecario è più forte del prededucibile contrariamente a quello che si potrebbe immaginare, ma è più forte cum grano salis, tenendo conto cioè che in una aliquota, cioè quei costi prededucibili direttamente connessi, come diceva già la Cassazione a metà degli anni novanta, alla gestione all'amministrazione...

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Quello che sta dicendo Gino, e cioè che c'è una quota che grava su ciascun bene, anche sull'ipotecario, è esplicitato nel 111 ter comma 3, dove dice, parla dei conti speciali che il curatore deve tenere, per poi procedere alla ripartizione: il curatore deve tenere un conto autonomo delle vendite dei singoli beni immobili oggetto di privilegio speciale e di ipoteca e dei beni mobili o gruppi di mobili oggetto di pegno e di privilegio speciale con la nitida indicazione delle entrate e delle uscite di carattere specifico e della quota di quelle di carattere generale imputabile a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale. Quindi è evidente che se è stata

fatta la perizia per vendere quel bene secondo me le spese della perizia di quel bene su quel bene gravano, che sia ipotecato oppure no, in poche parole. Mi sembra ricavabile da qui, non sei d'accordo Gino?

DOTT. LUIGI ABETE

Sì sicuramente, ma l'importante è ribadire il principio che l'attribuzione provvisoria a favore del creditore fondiario è solo provvisoria, mi permetto di andare in contrario avviso con il professore, con Francesco Vigorito, io ripeto sono il vaso di terracotta, però se questo è vero quell'attribuzione provvisoria non può che avvenire al netto di quelle ragioni di credito che sono prioritarie. Il carattere fondiario non esclude che si tratti pur sempre di un creditore ipotecario, che noi ci troviamo al cospetto di un creditore fondiario vuol dire semplicemente che quel creditore ha la possibilità di andare a Roma anziché con il treno che parte per tutti fatto di prima seconda e terza classe, di andarci con la propria autovettura. Ma ciò non toglie che alla fine i conti sono unici. E allora se questo è vero il creditore che ci è andato, e qualcuno ha stimato per lui, e beh deve sapere che si prende subito provvisoriamente quello che è stato ricavato, ma lo prende al netto di una ragione di credito che è prioritaria, perché è direttamente attinente alla gestione amministrazione dell'immobile.

MODETORE

C'è una richiesta di intervento di Anna Ghedini, poi appunto penso che siccome abbiamo ancora parecchi argomenti.

DOTT.SSA ANNA GHEDINI

Era una domanda.

DOTT. LUIGI ABETE

Io non rispondo più perché altrimenti tutto quello che c'è da dire....a parte che ci sono pure il professore e la collega che devono parlare. Posso dire una cosa, da napoletano la dico, non troveremo nessuna intesa, ognuno se ne tornerà a casa con le sue opinioni, l'importante è sapere dove c'è il dissidio, non ricomporre il dissidio, perché chi l'ha detto che i dissidi devono essere ricomposti, guai a ricomporre i dissidi.

MODERATORE

Magari uno ci prova, se ci riesce è meglio. La parola ad Anna Ghedini.

DOTT.SSA ANNA GHEDINI

Io sono tranquillissima, non c'è problema. No io volevo fare una domanda che in realtà poi, scusate mi rendo conto che proprio su sollecitazione di Franco mi sono resa conto che attiene forse all'argomento successivo, però abbiamo credo proprio tutti un po' travalicato anche nel fondiario, e mi chiedevo questo con riguardo alle spese, stavamo parlando di come imputare le spese della procedura laddove concorrono quella individuale e quella concorsuale l'unica ipotesi poi ovviamente è quella del fondiario, altra è l'ipotesi in cui il fallimento da solo decide di liquidare un bene attraverso la via liquidatoria individuale, che è una via possibile, pensiamo all'ipotesi delle quote, ma che credo non rientrasse in questo ragionamento. Vi chiedevo questo, poiché naturalmente poniamo il caso che a me è capitato esecuzione fondiaria, il fondiario decide di proseguire nonostante l'intervenuto fallimento del suo debitore, nella esecuzione individuale viene nominato un custode perché è obbligatorio per legge. In che misura si sovrappongono? Perché inevitabilmente i compiti mi sembra che si sovrappongano con riguardo alla custodia, perché c'è anche un curatore dall'altra parte che ha acquisito nel suo patrimonio fallimentare anche quello stesso immobile, e come anche regolare gli adempimenti e le spese, nel senso che la liberazione dell'immobile esecutato fondiario, tra virgolette sarà forse a cura del custode, verosimilmente. E le spese come vanno regolate? Anche se io sono d'accordo, rispetto a quello che diceva Francesco, che comunque l'attribuzione provvisoria delle somme sia del saldo prezzo che della cauzione devono essere fatte al netto delle spese della procedura esecutiva individuale, e quindi un minimo di graduazione andrà pur fatta, e con questo risolvendo i problemi delle spese di pubblicità di custodia di perizia in questo senso.

L'ultima cosa è che io non sono tanto sicura che il 111 ter deroghi al 111 bis terzo comma, secondo me è il contrario, nel senso che quel salvo che vuol proprio dire che in deroga a quello che avevamo sempre pensato prima della riforma, cioè che anche il fondiario sconta la procedura concorsuale per cui pago una quota delle spese totali, quindi per esempio il compenso del curatore, quel salvo che forse vuol proprio dire che siccome per il fondiario è del tutto neutrale la presenza del fallimento, cioè lui comunque avrebbe venduto il proprio bene, avrebbe ricavato quel prezzo, quel corrispettivo in proprio, poiché è neutrale nessuna utilità gli è il fallimento, a quel punto non deve pagare nessuna spesa prededucibile, credito prededucibile, al di là del conto speciale che è una modalità di imputazione delle spese. Non mi sembra che il ter deroghi al principio e all'esonero del terzo comma del bis.

MODERATORE

Se i relatori possono rispondere proprio velocissimamente perché abbiamo al massima un'altra ora, poi a questo punto faremo un rapido break e subito dopo pregherei il notaio Scilabra di recuperare la sua relazione, dopodiché avremo la sessione specificamente destinata. Se i relatori riescono a rispondere telegraficamente alle ultime questioni sottoposte da Anna.

DOTT. LUIGI ABETE

Perdonami Anna, tu parti da un presupposto che deve essere dimostrato, tu parti dal presupposto che la vicenda fallimentare è neutra rispetto al creditore fondiario. Io ritengo che il presupposto, perdonami, ab sit in jura verbis, sia errato. E allora se tu parti da questo presupposto per giungere ad una conclusione inevitabilmente non posso non condividere la tua conclusione, perché non condivido il presupposto. Il presupposto tuo non lo condivido in nome del principio per cui oggi c'è, consacrato in una norma di legge, l'obbligo della sottoposizione del creditore fondiario al concorso formale. E se questo è vero vuol dire che non è neutro, come sostieni tu, è una mia opinione, ti ripeto. Però al di là di tutto tu raggiungi ad una conclusione sulla base di un presupposto che non condivido, mi è facile non condividere il postulato non avendo condiviso la premessa.

MODERATORE

Va bene, riserverei ogni altro approfondimento tra fondiario alla sottosessione sul fondiario. Prego alida.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWKI

Proseguendo in via ideale l'illustrazione delle problematiche di connessione tra la procedura esecutiva e quella individuale si pone sicuramente il problema dell'articolo 107 di cui parlava Fanticini che adesso parla, che non parla più adesso, di cui parlava il collega Fanticini. Perché? Perché il 107 nella vecchia formulazione della legge fallimentare aveva una affermazione secca se al momento della dichiarazione di fallimento pendono delle esecuzioni, tenete presente che il 107 vecchia formulazione si riferiva agli immobili mentre il 107 nuova formulazione è la regola di vendita di tutti i beni del fallimento, quindi anche questo è da considerare, allora diceva nel momento in cui interviene la dichiarazione di fallimento il curatore si sostituisce al creditore precedente. Espressione in forza della quale in via interpretativa la Cassazione ha sempre detto la sostituzione è automatica, quindi non occorre nessuna volontà, nessun tipo di scelta, niente, dopo questa sostituzione automatica si diceva il curatore può comunque fare una valutazione di convenienza, e può decidere che magari non vuole continuare in questa azione in cui si è sostituito automaticamente, oppure può continuarla perché gli riesce conveniente. Il nuovo 107 ha un'ottica completamente diversa, innanzitutto come vi dicevo è una norma generale, è la norma che spiega come si vendono i beni all'interno del fallimento, tutti i beni non solo i beni immobili, quindi anche il bene che non necessitano di trascrizione, che non stanno su registri speciali etc. etc., è una norma che sancisce soprattutto la necessità della procedura di tipo competitivo, qualunque scelta si voglia fare comunque occorre periziare il bene o comunque occorre effettuare delle forme di pubblicità, comunque occorre individuare delle modalità per ottenere il maggior numero di soggetti che partecipano alla procedura di acquisizione, alla procedura di vendita.

Poi dice al comma 6, questa volta sì, ve lo leggo: se alla data di dichiarazione di fallimento sono pendenti procedure esecutive, non parla di mobiliare o immobiliare, quindi dobbiamo dire qualunque tipo di procedura esecutiva, il curatore può subentrarvi. In tal caso si applicano le disposizioni del Codice di Procedura Civile, cosa che mi sembra normale se subentra in un processo civile seguirà le regole di tutti gli altri. Altrimenti, quindi bisognerebbe dire se non vuole subentrarvi, su istanza del curatore il giudice dell'esecuzione dichiara l'improcedibilità dell'esecuzione, salvi i casi di deroga del 51, in questo caso salvo coloro che possono continuare, vedi credito fondiario. Allora sul senso da dare a questa norma del comma 6 io e Gino non siamo d'accordo, quindi io vi esporrò la mia idea, poi lui vi esporrà la sua, perché? Perché secondo me se prima dice il curatore subentra e adesso dice può subentrarvi, evidentemente adesso può esercitare prima del subentro automatico una decisione discrezionale. Perché quale è la posizione in cui si trova il curatore al momento della dichiarazione di fallimento? A) pende la procedura esecutiva mobiliare, pende la procedura esecutiva immobiliare. Può scegliere di continuare nella procedura se la procedura è già in una fase avanzata, se ha già fatto tutte le spese di pubblicità, se mancano due giorni alla vendita, per esempio e pensa che ci sono congrue possibilità di realizzo. Può decidere di non subentrare, anche se magari siamo in una fase avanzata, se ha delle offerte personali che sono cauzionate, quindi sa già che se anche lo farà a trattativa privata avrà un buon realizzo, o magari addirittura, come è capitato a me alcune volte, alcuni soggetti hanno avvicinato il curatore e hanno detto che se non si farà la gara loro parteciperanno ad una procedura diciamo così informale, per esempio su chi fa l'offerta più alta ma non vogliono partecipare all'asta pubblica, perché mi è pure successo questo. In questo caso quindi il curatore potrebbe decidere di non subentrare. Però qual è la conseguenza, cioè la ragione che in realtà mi angoscia in relazione alla decisione di subentro o non subentro nella procedura? Se io non subentro nella procedura potrei, questo è il mio dubbio, non godere dell'allargamento degli effetti del 2915 Codice Civile alla massa. Cosa dice l'articolo 2915, dice che non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione gli atti che importano vincoli di indisponibilità se non sono stati trascritti prima del pignoramento, quando abbiamo per oggetto beni immobili o mobili scritti in pubblici registri. Traduzione: il creditore procedente ha iscritto il pignoramento, dopo il suo pignoramento è stato iscritto un sequestro per esempio, dopo è stato dichiarato il fallimento. Oppure, facciamo ancora peggio, è stato iscritto un 2932, esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre di un signore che aveva fatto il preliminare con il nostro debitore, e quindi se non vale più l'effetto di 2915 del pignoramento del primo creditore procedente, il signore che ha fatto il 2932 alloggia bene, si prende il bene e la massa non vede nulla in poche parole. Allora se io non proseguo nell'azione che è iniziata con il pignoramento antecedente alla trascrizione del 2932 posso ciononostante dire che gli effetti di quel pignoramento si allargano alla massa? Con il vecchio 107 la Cassazione ha sempre detto di sì, perché ha sempre detto la sostituzione è automatica, quindi con la dichiarazione di fallimento il curatore è già subentrato, dopo che è subentrato e quindi si sono già allargati gli effetti benefici del pignoramento del

creditore procedente a tutti i creditori della massa, può decidere che se non vuole continuare in sede esecutiva può continuare in sede fallimentare.

Adesso però mi sembrerebbe in qualche modo differente la soluzione, perché il creditore non subentra automaticamente nella procedura, può decidere di subentrarvi o meno, e se non lo fa chiede al giudice dell'esecuzione di emettere il provvedimento di improcedibilità. Allora potremmo avere l'ipotesi che a) il curatore non subentra e non fa nulla, rimane inerte per esempio, dorme, ha altre cose che lo occupano, questa gli sfugge non si sa che cosa fare. Cosa deve fare il giudice dell'esecuzione o se può fare qualcosa, cosa possono fare i creditori, che a questo punto non possono più dare impulso alla procedura perché loro una volta dichiarato il fallimento hanno il 51 che determina la loro incapacità di dare impulso, cioè di proseguire, o di iniziare nuove azioni esecutive. Secondo me possono fare quello che già potevano fare nel vecchio 107, e cioè se il curatore dorme si può reclamare la sua inerzia. Perché si può fare un 36, quindi, che si fa al giudice delegato, si va dal giudice delegato e dire: guarda che il tuo curatore è un dormiglione, non sta facendo il suo dovere. Noi sappiamo che i reclami si possono fare per violazione di legittimità, non si possono fare per questioni di convenienza o di merito, ma questa io la ritengo una violazione di legittimità, il curatore che non si esprime e che dorma viola i suoi doveri d'ufficio, la correttezza e la diligenza del suo munus. Quindi io la ritengo una violazione di legge, quindi ritengo che sia reclamabile ex articolo 36. poiché è un'attività di inerzia, voi sapete che occorre dare un termine al curatore perché esegua, cioè perché esprima la propria volontà in un senso o nell'altro, e solamente scaduto il termine decorre il termine di 10 giorni per fare il reclamo ex articolo 36. Contro la decisione del giudice delegato poi ci si potrà dolere dinnanzi al tribunale, e questo è quello che possono fare i creditori dinanzi all'inerzia del curatore. Cosa può fare il giudice dell'esecuzione? Secondo me niente, nel senso che non mi è venuto in mente niente, so invece che Gino ritiene, se vuoi esprimerlo....

DOTT. LUIGI ABETE

In effetti devo dire che si tratta di un'opinione assolutamente personale, e soprattutto di un'opinione che per certi versi è claudicante, perché effettivamente il novello dato letterale sostanzialmente smentisce o comunque non è in linea non è perfettamente armonico rispetto ai risultati della precedente elaborazione anche giurisprudenziale. Cioè sostanzialmente ricapitolo il problema solo per innestare in un contesto più chiaro innanzitutto per me la mia riflessione e la mia opinione personale, cioè io ritengo che per certi versi nulla sia cambiato, benché quel può non costituisca un'espressione positiva a conforto di questa soluzione, ma tutto sommato

La soluzione la riaffermazione dei risultati della precedente elaborazione può avvenire in chiave sistematica. Ovviamente si prescinde, grazie a Dio dal credito fondiario. Dichiarato il fallimento dell'esecutato si verifica il blocco delle azioni esecutive, non possono essere più essere iniziate o proseguite, come dicevamo, azioni esecutive individuali. Tuttavia il legislatore fallimentare prende in considerazione la possibilità che il treno che è partito dinnanzi al giudice dell'esecuzione è in corsa e

potremmo dire è quasi giunto alla meta, sarebbe un peccato sprecare i risultati di un'attività che è già stata avviata ed è quasi giunta a compimento.

Sostanzialmente il 107 prefigura la possibilità che il curatore salga sul treno, dica all'autista al conducente si accomodo perché io rappresento tutto, adesso a pilotare il treno sono io. cioè due sono le ipotesi o il curatore si presenta dinanzi al giudice della esecuzione e in forza del principio di cui all'articolo 51 dice questa esecuzione non s'ha da fare, dichiara improcedibile, ed evidentemente il giudice dell'esecuzione emetterà un'ordinanza di improcedibilità. Badate per fare questo il curatore non ha bisogno di essere rappresentato ed assistito da un avvocato in un'ottica proprio di semplificazione e di risparmio di energie, il curatore può presentarsi senza assistenza e rappresenta di un avvocato a un GE, dice è sopravvenuto il fallimento dichiara improcedibile l'azione esecutiva singolare. Oppure se quel treno è già in corsa il curatore, dichiarato il fallimento, si sostituisce, io non dico può, si sostituisce al creditore pignorante, non fondiario, perché sennò nel fondiario non si può sostituire, se è fondiario non si può sostituire.

Ora la Cassazione ancora nel 2005 con riferimento al vecchio assetto normativo aveva detto che cosa? Che questa sostituzione, qualora il curatore non avesse optato per la dichiarazione di improcedibilità, avveniva ipso jure, automaticamente, avveniva d'ufficio, di diritto, cioè dichiarato il fallimento dell'esecutato pur in assenza di una scelta del curatore rispondente e riconducibile al 51 il curatore era automaticamente sostituito al creditore pignorante. Con quale conseguenza? Che il giudice dell'esecuzione doveva continuare a fare il suo mestiere, con la conseguenza ulteriore sul piano processuale che se non si presentava nessuno dinanzi al GE, cioè se presentatesi ovviamente dopo il fallimento il creditore pignorante e il creditore intervenuto quell'intervento quella presenza in udienza era da considerare tam quam non esset, perché ormai era sopravvenuto il fallimento. Ma non presentatosi neppure il curatore fallimentare a mio avviso per effetto della vecchia elaborazione giurisprudenziale, sostituzione di diritto, il giudice dell'esecuzione doveva continuare a vendere ancorché dinanzi a lui non si fossero presentati né i creditori né il medesimo curatore. Cioè per effetto della vecchia costruzione, mi dispiace dirlo non vuol essere offensivo, il GE finiva con l'essere una sorta di braccio operativo del giudice delegato dell'ufficio fallimentare, cioè doveva continuare a vendere ancorché, come dire, ci fossero stati, inutilmente evidentemente, dinanzi a lui il creditore, ancorché non si fosse presentato il curatore fallimentare. Cioè sostanzialmente quell'azione esecutiva era da portare innanzi dal GE come una sorta di longa manus del GD nell'interesse della collettività dei creditori destinata a situarsi a posizionarsi nell'ambito della procedura dell'esecuzione concorsuale.

Cambia qualcosa? Quel può sembrerebbe che questo scenario sia venuto meno, quel può sembrerebbe che quella sostituzione di diritto cui faceva riferimento la Cassazione ancora con una pronuncia del 2005, posso darvi gli estremi l'ho segnata da qualche parte, è la 15103 del 2005, quella sostituzione di diritto a mio avviso nonostante quel può continua a prodursi, perché quel può nella intenzione, nella voluntas legislatoris forse sta ad indicare più che altro la possibilità che il curatore ha di scegliere tra salire sul treno già in moto e dire al conducente accomodati perché

adesso pilota io, e andare dinanzi al GE e dire questa esecuzione non s'ha da fare la vendita la faccio in sede concorsuale. Cioè quel può indica l'alternativa tra le due possibilità, mi rendo conto che, come dire, è una interpretazione che richiede un atto di fede o un atteggiamento passionale, e che quindi il dato letterale non la conforta univocamente. Ma sta di fatto che quel può a mio avviso, proprio perché indica quella possibilità di scelta tra due soluzioni non sta ad inficiare quella sostituzione di diritto. Ecco perché continuo a sostenere che il GE appresa ex ufficio la notizia della dichiarazione di fallimento, la apprenderà da un qual si voglia creditore presente nell'esecuzione, appresa quella notizia non potrà chiudere o non portare avanti l'esecuzione solo perché il curatore è stato negligente non si è presentato dinanzi a lui. A mio avviso deve continuare a fare il suo lavoro, cioè deve porre in vendita e salta il meccanismo del 631, perché continua ad essere, e non vuol essere offensivo, perché io sono a pieno titolo un GE, sono stato GD in passato, quindi mi sento parte a pieno titolo di questa famiglia, mi guarderei bene dall'offendere i giudici dell'esecuzione, deve continuare a fare quel lavoro perché la longa manus del GD in nome della priorità dell'azione esecutiva concorsuale su quella individuale, è come se vendesse il GD, vende lui ma è come se lo facesse il GD. Ecco perché ritengo che in chiave sistematica in rapporto alla priorità dell'azione esecutiva concorsuale su quella, quel può finisce con l'avere una modesta valenza o al più indicare la possibilità alternativa tra il salire sul treno già in moto o arrestare la corsa di quel treno e fare vendere in sede esecutiva con collettiva concorsuale. E' un'opinione eh questa.

MODERATORE

Bene ripasso la parola alla Alida.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Io invece che non riesco ad avere questo atto di fede che invoca Gino, mi sono posta il problema di come invece si possano salvare in favore dei creditori della massa gli effetti protettivi del 2915 nel caso in cui il curatore non decida di proseguire l'azione pendente. Allora come vi dicevo la Cassazione sosteneva in passato che questo allargamento interveniva in forza della automatica sostituzione che si verificava al momento della dichiarazione di fallimento. Diceva anche un'altra cosa, ho qui una sentenza del 2002 che in qualche maniera forse ci può aiutare, e dice: quando il curatore formulò la richiesta di archiviazione del procedimento esecutivo immobiliare avendo manifestato contemporaneamente l'intendimento di avocare alla procedura fallimentare la vendita dell'immobile non comportò con questa determinazione la rinuncia agli atti del processo esecutivo, poiché in tal modo l'organo fallimentare operò nell'ambito di quell'apprezzamento discrezionale, di cui si è detto e che lì è lecito, esplicitando l'intento di fare proseguire nella sede concorsuale l'azione esecutiva individuale. Tale azione pertanto lungi dal potersi considerare estinta è rimasta assorbita nella procedura collettiva, e da ciò è derivata la conservazione degli effetti sostanziali del pignoramento come ha correttamente affermato la Corte

d'Appello. Allora secondo me l'unica possibilità è quella di dire interpretativamente che nel momento in cui il curatore sceglie di chiedere la dichiarazione di improcedibilità dell'azione esecutiva individuale e nel contempo dichiara di eseguire ai sensi del 107 con altre forme che reputa più convenienti o più utile, in realtà cosa fa, trasforma in qualche maniera l'azione esecutiva individuale nella diversa azione esecutiva individuale, che non è più individuale ma è concorsuale.. in poche parole bisognerebbe arrivare a dire che c'è una sorta di assorbimento dell'azione individuale all'interno di quella concorsuale che il curatore può svolgere e svolge ai sensi del 107 e che se il curatore nel momento in cui chiede la dichiarazione di improcedibilità dichiara di voler continuare la procedura invece in sede concorsuale gli effetti possono essere salvati ugualmente.

Mi sembra questo dell'assorbimento in realtà, posto che la procedura fallimentare è una procedura esecutiva, quindi sostanzialmente si tratta di una specie all'interno del genus più vario delle procedure esecutive, mi sembra che possa essere sostenuto in questo caso che, se pure non si adottano più le forme del Codice di Procedura Civile, e quindi io vengo ad esempio a trattativa privata, quindi attraverso notaio, con l'individuazione dell'acquirente con le formalità competitive del 107, posso ugualmente ritenere dei vantaggi degli effetti protettivi dell'azione esecutiva individuale che io in quel caso ho fermato e ho attratto diciamo in sede concorsuale. Questa mi sembra l'unica soluzione, perché altrimenti dovremmo dire che il curatore ogni volta che adotta una soluzione diversa, e quindi si allontana dallo schema del Codice di Procedura Civile perde tutti gli effetti protettivi con possibilità di danni enormi per la massa. Il che comporterebbe di fatto la necessità praticamente quasi sempre di continuare l'azione esecutiva individuale. E questa è la mia proposta, poi sentirò da voi, sono pronta a espormi al pubblico ludibrio, d'altra parte altre idee non me ne sono venute.

Per quanto riguarda invece l'ulteriore aspetto forse, che volevamo individuare, era quella della differenza che c'è tra la procedura esecutiva individuale e la procedura esecutiva concorsuale in relazione al concetto di spossessamento e in relazione quindi al problema della cristallizzazione del patrimonio. Nella procedura esecutiva individuale si è detto il debitore è automaticamente custode del bene, a meno che il giudice non revochi la custodia dopo il pignoramento e non lo sostituisca con un altro custode, cosa che molto spesso quando il debitore non collabora, quando viene emessa l'ordinanza di vendita lo fa obbligatoriamente dopo la riforma. Nella procedura fallimentare invece, che è una procedura coattiva di tipo sostitutivo, il nostro debitore viene immediatamente tolto dalla ribalta e viene sostituito dal curatore, che quindi diventa anche custode del bene. quale è la differenza quindi della due posizioni? Nell'ipotesi concorsuale il nostro custode risponde delle proprie scelte, come dire, attraverso alcuni filtri, principalmente in questo caso il filtro sarà dato dal parere del comitato dei creditori e dalle indicazioni che gli dà il comitato dei creditori. In precedenza aveva le autorizzazioni del giudice delegato che sostanzialmente lo sollevavano da pressoché tutte le responsabilità, forse a parte quelle di commettere un reato per il quale forse poteva opporsi e rifiutarsi di obbedire all'autorizzazione che di fatto era un ordine del giudice delegato. Ma invece nella

procedura esecutiva ordinaria il debitore diventa custode, e Gino aveva una sua idea particolare in questo caso in ordine alle responsabilità del custode, alle responsabilità del debitore per le attività di gestione che necessariamente potrebbe compiere.

DOTT. LUIGI ABETE

Ovviamente all'esito del mio intervento direte che il collega Abete ha approfittato di questa occasione per inondarvi di sue opinioni personali, è solo frutto di una coincidenza. Devo ammettere che anche al riguardo ho un'idea, non è più che altro un'idea personale, reputo che si tratti di un campo di indagine sul quale forse val la pena che la processualistica per certi versi si soffermi, cioè premetto, e non mi sembra che sia stato sinora un tema indagato, anche perché poi tutto sommato coinvolge positivamente una previsione marginale quella del 171 delle disposizioni di attuazione del Codice di Rito, in parte l'articolo 560. Cioè io intendo dire questo è un problema a mio avviso che ha una fortissima ricaduta pratica soprattutto con riferimento, data la valorizzazione dell'istituto della custodia nell'esecuzione immobiliare, appunto con riferimento alla responsabilità del custode. Cerco di spiegarmi meglio, quando viene dichiarato il fallimento il fallito perde non solo il potere di disporre delle proprie sostanze patrimoniali, tant'è che gli atti che compie sono inefficaci, lo dicono gli articoli 42 e 44, ma perde anche il potere di gestione del suo patrimonio, lo dice univocamente il 31, oggi il potere di gestione compete tout-cour, sic et simpliciter, sia pure con il supporto del comitato dei creditori, al curatore del fallimento che appunto è l'organo gestorio del patrimonio del debitore insolvente. Altrettanto non accade sul terreno dell'esecuzione singolare, cioè si può dire che sul terreno dell'esecuzione singolare sicuramente il debitore perde il potere di disporre efficacemente dell'immobile del bene, della res oggetto del pignoramento, tant'è che gli atti di disposizione dell'immobile compiuti successivamente alla trascrizione del pignoramento sono inefficaci rispetto al pignorante e creditore intervenuto. Però, questo è un dato differenziale, a differenza di quanto accade nel fallimento il debitore esecutato siccome è il custode ex lege, e potrebbe essere tale per tutto il corso della procedura, conserva la gestione dell'immobile o della res stagita, quindi a voler rimarcare un dato di discriminazione differenziale viene meno per entrambi il potere di disporre, ma solo per il fallito viene meno il potere di gestire, l'esecutato può gestire l'immobile, ovviamente lo gestisce se si tratta di un immobile nell'interesse del ceto creditore.

Ora la gestione tuttavia, lo dice l'articolo 171, deve avvenire su autorizzazione del giudice dell'esecuzione, cioè gli atti gestori che il custode chiamato a porre in essere non possono essere compiuti dal custode sic et simpliciter, ma abbisognano dell'autorizzazione del GE. Ora a mio avviso, ed è questo il nuovo tema di indagine che si profila sul terreno del libro terzo dell'esecuzione di diritto comune, l'autorizzazione del GE deve essere intesa nei termini di un ordine, chi viene dall'esperienza fallimentare forse sa perfettamente a cosa mi riferiscono, deve essere intesa nel senso di un ordine che il GE dà al custode sicché come insegnava la vecchia fallimentaristica a proposito delle autorizzazioni del GD l'atto gestorio è del

GD e non del curatore. In realtà Renzo Provinciali scriveva nel fallimento è il GD l'organo della volontà, l'atto di gestione ancorché posto in essere dal curatore nel vecchio regime proprio perché l'autorizzazione del GD era intendere in guisa di ordine di disposizione, l'atto gestorio era da riferire nella sua paternità al GD. Ora le autorizzazioni di cui parla il libro terzo e le disposizioni di attuazione sono da intendere in questi termini diciamo fallimentaristici vecchio stampo, cosicché l'atto gestorio è del GE e facilmente il custode potrebbe andare esente da responsabilità, tant'è che in passato con riferimento alla materia fallimentare le ipotesi di responsabilità del curatore si contavano sulle dita di una mano, perché effettivamente chi decideva era il GD non il curatore. Oppure le autorizzazioni di cui parla il Codice di Rito devono essere intese nel senso che ci suggerirebbe la scienza del diritto amministrativo, rimozione di un ostacolo ad una prerogativa che il custode ha, cioè sicché la paternità dell'atto resta del custode, e quindi il custode è a pieno titolo responsabile per l'atto gestorio che ha compiuto. Io non sono in grado di darvi una risposta al riguardo, tuttavia ritengo che questo sia un nuovo profilo di indagine la cui valenza si esalti soprattutto in dipendenza e a seguito della valorizzazione dell'istituto custodiale che, come sapete, è stato uno dei passaggi più felici e forse più efficaci della riforma del libro terzo del codice. Mi permetto solo di segnalare questo tema di indagine questa volta mi astengo assolutamente dal dare soluzioni, non fosse altro perché una soluzione al riguardo non ce l'ho.

Tuttavia a mio avviso è un tema che ha una fortissima ricaduta pratica in rapporto a quella che è la responsabilità del custode, perché comprenderete che se il GE è il dominus della procedura, e allora le scappatoie per il custode saranno tante e saranno destinate a dilatarli.

MODERATORE

Bene ripasso la parola ad Alida.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Grazie, allora per concludere questo argomento io mi limiterei ad osservare questo, circa il fatto che obiettivamente il debitore divenga di diritto il custode del bene pignoramento nell'imminenza del pignoramento, subito dopo il pignoramento sicuramente si tratta di una annotazione originale ma difficilmente compirà attività di gestione sotto ordine del giudice dell'esecuzione, cioè non mi vengono in mente attività di gestione vera e propria che il debitore possa compiere con l'autorizzazione del giudice delegato, anche perché la regola è che normalmente compie delle attività di gestione senza alcuna autorizzazione e per questo viene rimosso normalmente dalla situazione di custodia e sostituito con un altro custode. E questo generalmente è la situazione nella quale si trova il debitore. Per quanto riguarda il custode invece no, e certamente è un problema molto interessante e che dovrebbe riguardare parecchi di voi che fanno i custodi, ed è quello di individuare quale rapporto c'è nelle scelte di amministrazione conservativa che compie il custode o di gestione conservativa del

bene che compie il custode, quanto è farina del suo sacco e quindi è riferibile direttamente a lui come responsabilità del suo munus, e quanto invece è semplice e pedissequa esecuzione di ordini del giudice dell'esecuzione. Contrariamente a quello che mi sembrava di percepire in Gino, ma non sono del tutto sicuro che questo è il suo pensiero, io non credo che il giudice dell'esecuzione in questo caso possa considerarsi equiparato al vecchio giudice delegato, perché il nuovo giudice delegato non ha per nulla più questi poteri. Quindi il vecchio giudice delegato quando emetteva delle autorizzazioni in realtà erano degli ordini, nel senso che non si limitava a integrare un potere che il curatore aveva ma era giustamente colui che deliberava le scelte di merito e il curatore le eseguiva. Non mi sembra che sia propriamente questa la situazione del custode, il custode ha probabilmente una maggiore autonomia rispetto al vecchio curatore, anche se obiettivamente quando viene assegnata la forza pubblica e il giudice ordina di fare vedere l'immobile, per esempio a coloro che sono interessati all'acquisto, l'attività che compie il custode è probabilmente un'attività puramente esecutiva, si limita a mettere in esecuzione l'ordine di fare visionare l'immobile emesso dal giudice e a chiedere, sulla base della concessione che gli ha fatto il giudice dell'esecuzione, la forza pubblica. E quindi evidentemente in questo caso risponderrebbe soltanto per eventuali abusi che compisse o per attività illecite, mentre certamente non si potrà lamentare la lesione della privacy piuttosto che non i danni morali conseguenti alla visita determinati da una iniziativa del custode, perché in realtà agisce su ordine del giudice dell'esecuzione.

Sempre collegato al problema della custodia c'eravamo posti il problema, questa volta eravamo d'accordo, il che è un'annotazione carina da considerare, visto che Gino è talmente originale che a volta è anche difficile essere d'accordo con lui, ed è quella di valorizzare la figura della custodia e prendere atto che valorizzando la figura della custodia sarebbe opportuno creare anche nell'ambito delle esecuzioni quella categoria di spese che nell'ambito fallimentare è normale e che è quella delle spese prededucibili. Certamente la spesa per il custode è una spesa prededucibile, ma noi vorremmo andare oltre, vorremmo in qualche maniera proporre provocatoriamente nei vostri confronti l'idea che si debbano e si possano considerare prededucibili anche per esempio le spese condominiali maturate dopo la vendita, cioè dopo l'assegnazione prima che venga emesso il decreto di trasferimento, stante la obiettiva difficoltà nella quale si trovano i condomini che devono tra l'altro munirsi ogni volta di un titolo esecutivo perché sennò non possono intervenire, sono interventi tardivi, sono poverini creditori chirografari e quindi si vedono sorpassare da tutti gli altri, e quindi si trovano nella situazione che alla fine poi si rivalgono sull'acquirente. L'acquirente così comincia, come succede per esempio spesso da noi, a lamentarsi perché vuol sapere quante spese condominiali dovrà pagare nel momento in cui entrerà in casa, e dice nella perizia per scritto così, perché adesso me ne chiedono tante in più? Perché siccome non le possono avere dalla procedura esecutiva evidentemente le prendono da lui. Quindi si tratta anche di un elemento che in qualche maniera faciliterebbe forse anche le vendite e una maggiore trasparenza del costo del bene.

Altro suggerimento sul quale eravamo entrambi d'accordo era quello che ad esempio se il bene è locato e quindi produce un utile attraverso dei frutti civili, che in questo caso sono i canoni di locazione, volevamo considerare ai sensi del 2912 i frutti civili che devono essere quindi versati nell'ambito della procedura acquisibili al netto delle spese che su di loro gravano, e quindi per esempio se si trattasse di canoni di locazione li potremmo acquisire al netto delle spese condominiali che gravano su quel bene. Così come è previsto in sede fallimentare dove è previsto che qualunque utile o componente patrimoniale sopravvenuta del patrimonio del fallito possa essere acquisita soltanto che conveniente, e la convenienza evidentemente si collega alla possibilità che le spese di acquisizione non siano superiori dell'utile che dal bene si può ricavare al momento della sua liquidazione. Cioè ci sembrava che fosse in qualche maniera ora di fare rientrare nell'ambito della liquidazione e dell'esecuzione individuale alcuni concetti fondamentali dell'esecuzione concorsuale che ci sembrano anche di giustizia sostanziale in qualche maniera. Non so se ho esposto...

DOTT. LUIGI ABETE

Sì, in effetti io non ho assolutamente nulla da aggiungere, cioè ci sembra, ci è parso, mi è parso, è parso ad Alida, infatti concordemente, che la valorizzazione dell'istituto della custodia a mio avviso, a nostro avviso apre la strada all'acquisizione si cittadinanza sul terreno dell'esecuzione singolare della nozione di predeuzione, siamo partiti dal caso pratico, perché solitamente sono le vicende pratiche che suggeriscono riflessioni, dal caso pratico del condominio che matura delle ragioni di credito nel lasso temporale, immaginate il periodo che va tra la celebrazione della udienza in cui viene autorizzata la vendita ed il momento della consolidazione del diritto di proprietà in capo all'aggiudicatario con l'emissione del decreto di trasferimento. Cioè in quella zona grigia paradossalmente il condominio si troverebbe non solo costretto a fare l'intervento nella procedura esecutiva, ma sarebbe alla stregua della disciplina positiva, sarebbe un creditore tardivo, quindi destinato a soddisfarsi del residuo evidentemente. La verità è che, la mia verità eh, vuol essere la nostra verità, su questo c'è una chiamata di correo, la nostra verità vuol essere semplicemente questa, poi il Consigliere De Stefano l'ha consacrata con il suo eloquio latino, cioè voi mi insegnate che concorrono a costituire il bene oggetto del pignoramento non solo la res sic et simpliciter, ma anche i frutti e gli accessori. Ora è doveroso, a mio avviso, acquisire, intendere quei frutti, quella nozione di frutti che figura al 2912 del codice sostanziale in termini aziendalistici, non ci sentiamo sminuiti noi magistrati a parlare in termini aziendalistici, del resto nella legge sull'insolvenza civile si usa l'espressione ristrutturazione che è rigorosamente estraneo al linguaggio dei giuristi, quindi abbiamo da mutuare parecchio anche da chi svolge un mestiere più o meno simile al nostro affiancato al nostro. Allora se tutto questo è vero a mio avviso dobbiamo acquisire una nozione, potremmo dire, economicistica dei frutti di cui all'articolo 2912, e ritenere che i frutti devono necessariamente essere intesi al netto delle passività che concorrono a costituirli, così come sul terreno fallimentare alla stregua del disposto dell'articolo 42 le

sopravvenienze attive vengono acquisite al netto delle passività che naturalmente necessariamente vi ineriscono. Allora se tutto questo è vero, e allora si potrebbe evidentemente ritenere che il condominio per quelle ragioni di credito che sono sorte in quella zona grigia, che sono indiscutibilmente indiscutibili, che non possono essere evocate in dubbio, può essere ciononostante soddisfatto dal custode su autorizzazione del GD mercé l'utilizzazione dei fondi che il custode ha realizzato attraverso appunto la fruizione dell'immobile evidentemente messo a profitto.

Mi sembra che la valorizzazione dell'istituto custodiale porti con sé anche una valorizzazione della nozione, apre la strada alla nozione della prevedibilità sì da ridimensionare quella portata così categorica della previsione del 564, 569, io non ricordo esattamente gli articoli di riferimento, che finisce poi con assicurare un trattamento senz'altro deleterio per chi ha avuto la disgrazia di divenire creditore contro la sua volontà pendente procedure.

INTERVENTO

Con i colleghi del tribunale di Roma però sentivo la collega di Viterbo a proposito della inerzia del curatore nel subentrare nella procedura esecutiva individuale. Mi sembra di ricordare, però ora non vorrei sbagliarmi, che ci sia una giurisprudenza della Cassazione per la quale, però nel vecchio 107 salvo poi attrarre eventualmente col nuovo, che diceva che se l'inerzia del curatore fosse stata consapevole, vale a dire il curatore è avvisato espressamente della pendenza della procedura esecutiva individuale, a questo scopo io vi dico quale è la mia prassi, facevo notificare al curatore una mia ordinanza con cui disponevo in udienza avuta notizia della pendenza eccetera, si dispone che il curatore precisi se intenda continuare ovvero no, nel caso di persistente inerzia mi pare che ci fosse una giurisprudenza forse minoritaria che si intendeva come rinuncia all'azione esecutiva individuale. Questo per dire? Per dire che si arrivava ad una pronuncia di inproseguibilità, diciamo così, d'ufficio, cioè non come dice il collega Abete una prosecuzione d'ufficio della procedura esecutiva individuale, ma l'improcedibilità d'ufficio non su istanza del curatore ma su notizia della pendenza ai sensi del 51. ora io volevo chiedervi, io non mi ricordo, credo che ci sia stato qualche precedente, però non mi ricordo i termini della questione. Perché tra l'altro il vecchio testo del 107 diceva in caso di ingiustificato ritardo da parte del curatore i creditori fanno reclamo, quindi quando c'era un'inerzia nel senso che il curatore non era sollecito, diciamo così, nel proseguire. Ma non si diceva, per la verità, come invece dice il nuovo, che il giudice dell'esecuzione dichiara l'improcedibilità su istanza del curatore, non c'era scritto.

Quindi vi chiedo siccome si dice, noi siamo prevalentemente giudici dell'esecuzione e questo è un caso frequentissimo, cioè li inseguiamo fino a casa, non sappiamo cosa vogliono fare, quando poi si decidono magari ci dicono ma un rinvio in attesa della decisione degli organi fallimentari, allora a questo punto diventa importante perché evidentemente una prosecuzione d'ufficio è difficile, tutt'al più possiamo fare un 631

alla fine perché il curatore non compare mai. Allora nella alternativa, almeno io ho dichiarato l'improcedibilità, diciamo tra virgolette, d'ufficio.

MODERATORE

Telegrafico perché improrogabilmente alle 5 meno un quarto dobbiamo sospendere la sessione, dovrà ancora parlare il notaio Scilabra, dovremo fare il resto. Penso di dare un attimo prima la parola per una risposta a Gino poi se Alida vorrà dire qualcosa, non dimenticando che proprio nel 2004 la Cassazione espressamente intervenendo sull'impulso necessario nel processo esecutivo ha sancito finalmente il principio generale per il quale basta l'istanza di vendita originaria, poi codificato nella novella anche con il 631, l'assenza dei creditori, in questo caso anche del curatore, non impedisce a nessuno, anzi impone al giudice di procedere, però questa naturalmente è una mia annotazione da ex GE. il principio generale è che l'istanza di vendita è come una palla di neve in cima a una montagna, all'inizio occorre che ci sia il creditore che gli dia la spinta, poi non è che gli deve dire sì voglio che vai avanti, la palla di neve diventa la valanga per conto suo. Quelle sono le udienze previste come udienze, d'accordo, se noi abbiamo parlato di vendita già fissata, però dipende se non è fissata prima. Io poi d'altra parte non sono più né GE né più GD, quindi a voi la parola. Avete 18 minuti complessivi anche per l'insolvenza civile, sarò tedesco.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Se abbiamo 18 minuti anche per l'insolvenza civile ti rispondo fuori perché altrimenti dell'insolvenza civile non parleremo mai.

MODERATORE

E' minoritaria o no la giurisprudenza a cui si riferiva Luciana a vostro avviso?

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Allora il problema è questo credo che tutti i GE avvisino il curatore in qualche modo informalmente o formalmente e notificano eccetera, io anzi devo dire la verità che così seppi che mi stavano vendendo un bene all'Isola d'Elba di cui non sapevo nemmeno che il mio debitore avesse la proprietà. E quindi sicuramente è una prassi che continuerei ad adottare sempre sotto il profilo tecnico pratico. Circa il fatto se io posso senza l'istanza del curatore, diciamo così, nella sua inerzia dichiarare l'improcedibilità, lo so dato testuale sembrerebbe su istanza, il che vorrebbe dire credo che in qualche maniera bisognerebbe scuotere il curatore. Peraltro dovrebbe essere soltanto una dichiarazione di improcedibilità e non potrebbe essere un 631 perché sostanzialmente dell'inerzia in questa fase non si potrebbe dichiarare il 631 perché sembrerebbe obbligatoria l'improcedibilità.

MODERATORE

Vuoi aggiungere qualcosa?

DOTT. LUIGI ABETE

Io non posso che ribadire i precedenti rilievi, perdonami con riferimento all'ancien regime, al vecchio sistema, la cassazione con la pronuncia 16705 e 13103 e quella del 15.04.99 3729 parlava indiscutibilmente, poi faremo i conti con quel può che figura nel dettato del 107, parlava indiscutibilmente di una sostituzione ex ufficio, ma vedi se ci rifletti, una sostituzione di diritto. Quella scelta, quel risultato, quell'elaborazione giurisprudenziale era perfettamente aderente all'assetto delle relazioni organiche all'interno del vecchio fallimento, perché il motore della procedura era il GD non il curatore. Se il curatore rimaneva inerte guarda che paradossalmente portando alle estreme conseguenze quell'assetto, quel vecchio assetto chi non subentrava non era il curatore, era il GD, perché, ripeto, Renzo Provinciali nello scolpire i rapporti tra gli organi della procedura usava un'espressione bellissima è il GD l'organo della volontà, è il giudice delegato che decide cosa fare e cosa non fare, con riferimento al vecchio sistema ben inteso. Allora l'affermazione della Cassazione per cui il subentro del curatore al creditore pignorante avveniva di diritto era un'affermazione perfettamente in linea e perfettamente coerente con lo stato dei rapporti tra gli organi e il vecchio assetto nella vecchia disciplina del fallimento. Subentrava di diritto perché evidentemente è come se avesse deciso per lui il giudice delegato, né si reclamava una decisione del giudice delegato. Oggi il problema è complicato da quel può, ma a parte il fatto che quel può per certi versi è controbilanciato dall'istanza di parte, quel può, non posso che ripeterti la mia precedente opinione, se il curatore non si presenta dinanzi al GE a richiedere con sua istanza il blocco dell'iniziativa esecutiva individuale, e non per questo il giudice dell'esecuzione può arrestare le operazioni liquidatorie, perché se l'azione concorsuale è prioritaria rispetto all'azione esecutiva individuale il giudice dell'esecuzione non deve dare nessun peso al fatto che il curatore non gli è parso dinanzi. Mi dispiace dirlo, non vuol essere offensivo, il GE è una Provincia dell'impero GD, è così, ma questa è una conseguenza naturale del fatto che l'azione esecutiva collettiva è prioritaria rispetto all'esecuzione, quindi deve continuare a vendere, non può dire non voglio vendere perché non c'è nessuno. E' come se il giudice delegato dicesse non voglio vendere, te lo immagini un giudice delegato nell'ambito di un fallimento che dice non voglio vendere? Che fa si sottrae alla sua funzione giurisdizionale? Se l'immobile è da vendere innanzi al GE, il GE vende per il GD, quindi non c'è possibilità di farsi tradire da quel può. Tanto più che quel può è controbilanciato dalla impossibilità di dichiarare l'improcedibilità in questo ufficio visto che il 107 parla su istanza del curatore. Se si parte dalla giusta premessa del rapporto tra azione concorsuale esecutiva e azione individuale esecutiva allora tutto diventa naturale nelle conclusioni da trarre.

MODERATORE

Abbiamo la necessità di sospendere a meno un quarto per l'insolvenza civile, ciò che non riusciremo a dire mandando in coda poi tutto il resto lo faremo subito dopo il break. Passo la parola a questo punto ad Alida, se non ci sono altre domande, comunque non voglio soffocare il dibattito, è che le questioni da trattare sono tantissime. Prego Alida.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Per l'insolvenza civile abbiamo già introdotto all'inizio il concetto che si tratta di una soluzione per una situazione di crisi che colpisce quei soggetti che non possono essere dichiarati falliti o perché non sono fallibili proprio in quanto non sono imprenditori commerciali, o che non sono fallibili in quanto non hanno le dimensioni necessarie per integrare l'articolo 1 post-correttivo. Quindi non hanno il sufficiente giro d'affari, non hanno sufficiente indebitamento e non hanno un investimento all'interno dell'azienda idoneo ai sensi dell'articolo 1. la crisi colpisce che cosa? Il cosiddetto sovraindebitamento, che è un concetto un po' nuovo che viene inserito da questa legge e che viene espresso sotto il profilo oggettivo come una situazione di equilibrio tra l'ammontare sostanzialmente delle obbligazioni contratte e l'entità del patrimonio che il soggetto ha e degli introiti che ha. Quindi si tratta di un soggetto che in maniera perdurante si trova in questa situazione di equilibrio. Questo è l'attuale presupposto oggettivo di quella che chiameremo una procedura, perché di fatto così il legislatore la considera, è quella procedura che residualmente si occupa di tutti i soggetti che non sono soggetti alle procedure concorsuali. E pertanto il presupposto oggettivo è solamente il sovraindebitamento inteso come equilibrio. In sede di proposta di modifica addizionale, questa versione è stata approvata al senato adesso è alla camera, c'è la volontà di inserire accanto a questa situazione di equilibrio anche una vera e propria definizione di insolvenza, cioè colui che non è in grado di far fronte regolarmente alle obbligazioni che ha assunto. E questo varrà per il debitore civile e per quel tipo di imprenditore che non è soggetto a fallimento. Per quanto riguarda il presupposto soggettivo lo volevi dire tu?

DOTT. LUIGI ABETE

In realtà con l'istituto in via di definizione sostanzialmente si completa, sia pure con una puntualizzazione che farò di qui a un istante con riferimento soprattutto al contenuto dell'accordo, si completa quella possibilità di negoziazione di una situazione patologia che può essere o di insolvenza vera e propria o di deficit patrimoniale che era già assicurata dagli accordi di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis, cioè l'istituto di cui stiamo parlando trova sicuramente un riferimento prossimo negli accordi di cui al 182 bis. Gli accordi di cui al 182 bis dal punto di vista soggettivo diciamo che possono essere fruiti dall'imprenditore suscettibile di fallimento, forse questa soluzione poteva essere revocata in dubbio una volta postisi sulla direttiva per cui non si tratta di un piccolo concordato ma di qualcosa di diverso, quindi di un qualcosa che sfugge ai presupposti dell'articolo 1 della legge

fallimentare. Sta di fatto che è da intendere il sistema quando l'istituto cui facciamo riferimento diventerà legge a pieno titolo, è da intendere il sistema come un sistema omnicomprensivo che avrà per l'imprenditore suscettibile di fallimento la possibilità di cui al 182 bis e per ogni altro debitore, sia esso un debitore civile o un imprenditore, quindi un debitore commerciale non suscettibile di fallimento, avrà la possibilità della sistemazione negoziale o paranegoziale di cui alla legge sull'insolvenza.

Io mi permetto di fare notare, c'è però una differenza tra l'istituto in divenire in corso di elaborazione e gli istituti, soprattutto con riferimento al contenuto della proposta, non so se anticipo sottraggo qualcosa che Alida avrebbe, secondo il nostro preventivo accordo, dovuto esporre lei per sui conto. l'accordo del 182 bis è un accordo il cui contenuto si risolve solo ed esclusivamente nella ristrutturazione dei debiti; dicevo prima che la parola ristrutturazione è estranea al linguaggio dei giuristi, è un termine che il legislatore ha acquisito ha mutuato dal linguaggio degli aziendalismi. Sta di fatto che gli interpreti hanno ritenuto che ristrutturare vuol dire rimodulare i termini soggettivi ed oggettivi dei precedenti impegni obbligatori. Quindi la ristrutturazione ex articolo 182 bis è una ristrutturazione che non deve necessariamente preludere come effetto immediato e diretto alla realizzazione alla soddisfazione dei crediti, in parte qua rassomiglia, richiama la vecchia moratoria di cui all'amministrazione controllata. Quindi da questo punto di vista notate la differenza rispetto all'istituto in divenire, con riferimento al contenuto della proposta non si parla semplicemente di ristrutturazione, si parla di ristrutturazione e soddisfazione ancorché parziale, evidentemente ci può essere una sorta di remissione parziale remissione del debito, delle esposizioni debitorie che il debitore civile o l'imprenditore non suscettibile di fallimento ha dinanzi a sé. Quindi le due proposte, i due istituti, che dal punto di vista soggettivo per certi versi completano, garantiscono per certi versi la completezza dell'operatività di questo istituto con riferimento al profilo soggettivo, tuttavia non sono perfettamente sovrapponibili dal punto di vista oggettivo, perché gli accordi del 182 bis si caratterizzano dal punto di vista contenutistico solo ed esclusivamente per il momento della ristrutturazione, qui necessita anche il momento della soddisfazione, e si potrebbe dire che in parte qua è più prossimo al concordato preventivo che alla ristrutturazione e agli accordi di ristrutturazione ex articolo 182 bis, perché il pagamento, sia pure parziale dei crediti, nel concordato preventivo è un momento è un aspetto assolutamente imprescindibile.

Quindi tutti coloro che non potranno fruire del 182 bis potranno fruire di questa procedura, ma soprattutto va notato che non c'è una perfetta identità tra i contenuti delle due proposte, perché sostanzialmente... Questa è più favorevole, il presupposto soggettivo di questo istituto novello che ci cadrà addosso di qui a qualche tempo non è soltanto l'insolvenza, ma è anche il deficit patrimoniale. Cioè voi sapete che l'insolvenza può anche prescindere da una condizione di esorbitanza delle passività sulle attività, ci può essere insolvenza ancorché le attività siano prevalenti rispetto alla passività. Un presupposto di questo istituto invece è che ci sia un deficit patrimoniale, cioè che le ragioni di credito nei confronti del debitore civile sopravanzino in termini economici il valore economico delle sue sostanze

patrimoniali. Si può dire questo tipo di valutazione sul terreno dell'insolvenza avviene solo con riferimento alla liquidazione dello stato di insolvenza delle società in liquidazione, la cassazione ha ripetutamente affermato che lo stato di insolvenza delle società in liquidazione va valutato in questi termini di confronti tra post-patrimoniali. Quindi c'è similitudine con il 182 bis, ma con questa puntualizzazione, non c'è una perfetta sovrapposibilità in rapporto al contenuto degli accordi e degli accordi novelli di questa legge sull'insolvenza civile.

MODERATORE

La parola ad Alida gli ultimi 5 minuti.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Sì, datemene 10 però, 5 minuti neanche...

MODERATORE

Cinque minuti prima della sospensione poi a oltranza.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Che cosa succede alle cinque meno un quarto?

MODERATORE

Alle cinque meno un quarto c'è una cosa che non possiamo dire.

DOTT.SSA ALIDA PALUCHOWSKI

Allora il 182 bis che è stato richiamato dal collega in realtà come voi sapete si riferisce ai cosiddetti accordi preconfezionati, la differenza è che qui c'è un richiamo evidente ai contenuti del 182 bis ma nessuno chiede a voi di avere degli accordi preconfezionati da concludere con i vostri debitori. In realtà tutto quello che occorre occorre che nei precedenti tre anni non abbiate invocato questo beneficio, occorre che non siate assoggettabili a fallimento e che abbiate un reddito di qualche tipo o abbiate dei beni mobili o immobili anche in comunione con altri e se siete così disgraziati da non avere reddito e non avere nemmeno dei beni che abbiate almeno un parente, un amico, qualcuno che vi fa da garante. Queste sono le condizioni, diciamo così, che sotto il profilo soggettivo dovete avere per poter accedere a questa procedura o perché i vostri clienti accedano a questa procedura. Sotto il profilo della procedura un piano, un accordo con i contenuti più vari e i più immaginifici che vi vengano, a seconda che possiate offrire in cessione un bene che è vostro e di vostra moglie, a seconda che possiate cedere una quota del vostro stipendio, a seconda che possiate

invece offrire la garanzia data da un parente o da un amico, deve essere presentato davanti al tribunale che è il tribunale dove voi abitate se non avete procedure esecutive, se avete procedure esecutive già pendenti è il tribunale dove pendono le procedure esecutive. Se ve ne sono di più davanti a diversi tribunali si sceglie quello davanti al quale pendono quelle relative a crediti di maggior valore, quindi dove più creditori vi hanno bloccato i beni e stanno procedendo presso di voi, lì va presentata la domanda, sostanzialmente, di essere ammessi a questa procedura. In questo caso va detto che come vedete la procedura è una procedura chiaramente di ispirazione concorsuale, ma il giudice competente, diventa, se pendono le esecuzioni, il giudice dell'esecuzione, al quale si chiede in realtà una competenza che è molto spesso, vedrete leggendo il testo, quella che in realtà ha tendenzialmente e preferenzialmente il giudice concorsuale, il giudice fallimentare. Quindi si tratterà di un ulteriore lavoro che piomberà sulle spalle già molto gravate del giudice dell'esecuzione, perché quando voi dovrete decidere se una procedura è ammissibile o non è ammissibile o se potete emettere o non emettere l'ordinanza che blocca le procedure esecutive vedrete che dovrete fare degli accertamenti, o comunque la legge presuppone che voi li abbiate fatti, anche se per la verità non dà nemmeno gli strumenti per farli, e si presuppone una conoscenza più decisamente da giudice delegato che non da giudice dell'esecuzione. Sostanzialmente però il problema quale è? Presentate la richiesta di ammissibilità di un accordo con i creditori, l'accordo lo identificate, lo presentate al giudice che abbiamo definito come giudice competente, il giudice se ritiene che voi abbiate i requisiti soggettivi, quindi che siete uno di quei soggetti non fallibili o che siate un debitore di quelli civili che può accedere, se ritiene che vi troviate in una situazione di squilibrio, cioè le condizioni previste dall'articolo 14 che sono quelle soggettive e quelle oggettive, cosa fa? Fissa immediatamente una udienza, udienza nella quale dinanzi alle parti che a questo punto saranno tutti i creditori procedenti dalle azioni esecutive che pendono, immagino, e voi ovviamente, dovrà decidere se procedere a fare che cosa? A dichiarare inprocedibili le azioni esecutive, i sequestri e non annotabili altri tipi di vincoli sopra i vostri beni.

Questo tipo di provvedimento che viene emesso in udienza in contraddittorio e quindi è un'ordinanza necessariamente, anche se la legge non lo dice, è reclamabile come previsto dalla legge nelle forme del 737, 38 e 39, quindi come provvedimento camerale dinanzi al tribunale collegiale, il provvedimento viene emesso da un giudice monocratico, che sarà il giudice dell'esecuzione, e il giudice dell'esecuzione è incompatibile con la presenza in questo Collegio, quindi chiaramente il Collegio verrà composto da soggetti diversi da colui che ha emesso il provvedimento. L'ultimo comma dell'articolo stabilisce che la sospensione delle procedure esecutive può avvenire una sola volta per ciascuna procedura esecutiva, quindi voi potete anche presentare più accordi, perché ogni tre anni ne potreste presentare uno, però le procedure esecutive possono essere sospese una volta sola. Potrebbe anche darsi, per esempio, che voi presentiate un accordo, l'accordo sia inizialmente dichiarato ammissibile e poi dopo sia risolto e quindi voi ne presentiate un altro. In ogni caso quella procedura esecutiva pendente può essere sospesa una volta sola, quindi a quel creditore si chiede di avere pazienza una volta sola.

Per quanto riguarda invece il contenuto, il contenuto è quello che stabilisce che per 120 giorni non è possibile promuovere azioni esecutive nei confronti dei soggetti che hanno chiesto l'accesso a questa procedura, non è possibile fare sequestri conservativi, dal che si deduce che è possibile fare i sequestri giudiziari perché non sono indicati, non è possibile iscriverne altri vincoli. Cosa sono gli altri vincoli? Ragionevolmente saranno vincoli di garanzia, cioè non è possibile iscriverne ipoteche per esempio, o altri vincoli intesi come pignoramenti sui beni per il credito industriale o altri tipi di garanzie che possono essere iscritti sui beni oggetto del patrimonio e delle esecuzioni. L'articolo 18 stabilisce che entro 15 giorni dall'assunzione di questo provvedimento, quindi dal provvedimento, pensate quanto poco tempo, i creditori debbono votare, debbono votare e devono esprimere il proprio assenso o dissenso e se non votano il silenzio è considerato assenso, come nel concordato fallimentare; quindi vedete che questa procedura mutua dal 182 bis il sistema di votazione dal concordato fallimentare, la maggioranza è una maggioranza completamente diversa, occorre l'ottanta per cento dei creditori d'accordo, come consideravamo con i colleghi considerato che i mezzi con i quali si porta a conoscenza dei creditori l'esistenza dell'accordo sono il telefax, la mail e la raccomandata con ricevuta di ritorno, se è un imprenditore e se ci sono procedure esecutive pendenti è sicuramente più facile raggiungere i creditori perché esistono delle scritture contabili, qualche cosa che individua i creditori eccetera. Ma pensate a un debitore civile, ci si deve fidare esclusivamente dell'elenco dei creditori che lui depositerà, perché è abbastanza difficile o praticamente impossibile controllare chi siano gli altri creditori. Inoltre supponete che gli mandiamo una raccomandata, questa raccomandata deve andare arrivare, noi dobbiamo avere la prova della sua ricezione e tutto entro 15 giorni. Chi di voi lavora con le notifiche sa che entro 15 giorni non è assolutamente pensabile che una raccomandata con ricevuta di ritorno abbia la cartolina che torna con su scritto almeno che è stata consegnata. Inoltre in questi 15 giorni lo spazio per il voto effettivo è piccolissimo, quindi c'è sicuramente un profilo di incostituzionalità laddove il termine viene fatto decorrere dall'ordinanza e non dal momento in cui la notizia dell'ordinanza viene data, perché altrimenti diventa veramente difficilissimo secondo me riconoscere una legittimità sotto il profilo costituzionale. Dicevamo maggioranza dell'ottanta per cento, raggiungibile anche con il silenzio assenso, quale è il contenuto dell'accordo? Io ho un accordo con i creditori e per coloro che non aderiscono a questo accordo io devo essere in grado di assicurare il pagamento regolare, dice la legge, che vuol dire alle scadenze se ci sono scadenze future, e integralmente per tutti coloro che non aderiscono. È pure indicato che si può tentare di ottenere, e accedere quindi, al 182 ter, cioè ad una transazione fiscale, in questo caso però è evidente che, soprattutto per i debitori civili, il fisco corre il rischio di essere spesso il creditore più grosso e il fisco se non aderisce alla transazione vota negativamente nell'accordo, quindi non aderisce all'accordo negoziale. E quindi se non aderisce all'accordo negoziale deve essere pagato integralmente. Quindi mi sembra che questo renderà comunque un po' difficile nella pratica raggiungere l'affettiva possibilità di sdebitazione che questo accordo consente. D'altra parte è un accordo che siccome non obbliga la minoranza a seguire quello che dice la

maggioranza, evidentemente deve consentire l'integrale pagamento di coloro che sono dissenzienti.

Una volta che il giudice dell'esecuzione ha verificato il raggiungimento dell'accordo e l'idoneità ad assicurare il regolare pagamento degli estranei dell'accordo stesso, guardate che responsabilità che si dà al giudice dell'esecuzione, deve essere pubblicato ai sensi del 17 secondo comma, quindi pubblicato su registro delle imprese per gli imprenditori e in tutte le altre forme alternative per gli altri soggetti, quindi via fax, attraverso forme di pubblicità idonee che potrebbero essere la lettera via mail eccetera, viene sostanzialmente pubblicato il raggiungimento dell'accordo per consentire la possibilità di reclamare l'accordo stesso davanti al tribunale. La cosa, diciamo così, più originale che ha questo tipo di accordo è che la sua fattibilità viene accertata, viene attestata, da degli organismi di composizione della crisi, espressione che è esattamente nebulosa così come io la dico. Gli organismo di composizione della crisi che fanno capo agli ordini professionali o ad altri soggetti economicamente impegnati, verranno individuati dal ministero con un successivo decreto, fino ad allora lo faranno in realtà i curatori, coloro che ai sensi dell'articolo 28 della legge fallimentare possono essere nominati curatori. Potranno fare il piano di attestazione, attestazione che, come quella del 182 bis, dovrà essere un'attestazione di idoneità del piano a svilupparsi e del residuo a pagare i creditori dissenzienti. Il reclamo si fa anche qui con gli stessi termini del 737 739 davanti al tribunale di cui non fa parte il giudice che ha stabilito la idoneità e il raggiungimento della maggioranze e la idoneità dell'accordo, e in questo caso dopo il tribunale si potrà sempre procedere alla impugnazione dinanzi alla Cassazione. Il tempo che nell'accordo è previsto per la sua esecuzione, previsto nella proposta, è il tempo durante il quale si produrranno gli effetti dell'articolo 17 comma 3, cioè improcedibilità delle azioni esecutive, impossibilità di iscrivere nuovi vincoli, impossibilità di iscrivere ipoteche, possibilità di iscrivere soltanto sequestri giudiziari. Vengono meno questi che sono gli effetti tipici di questo accordo, con la risoluzione che si può avere per inadempimento quando il soggetto decorso un anno dal termine previsto nell'accordo non ha integralmente pagato i creditori dissenzienti o non ha integralmente adempiuto all'accordo nei termini in cui era stato raggiunto con i creditori.

La dichiarazione di fallimento è un'altra delle ragioni di risoluzione dell'accordo, l'accordo può essere annullato, e questo mi sembra rilevante, nelle ipotesi in cui il creditore abbia dissimulato parte dell'attivo o abbia gonfiato il proprio passivo per convincere il creditore della estrema convenienza della procedura e dell'accordo rispetto a quanto era stato proposto. Questo a cavalcata folle tipo valchiria.

MODERATORE

Anziché 5 ne hai presi 15, sospendo i lavori, ricominceremo con il professore Saletti.