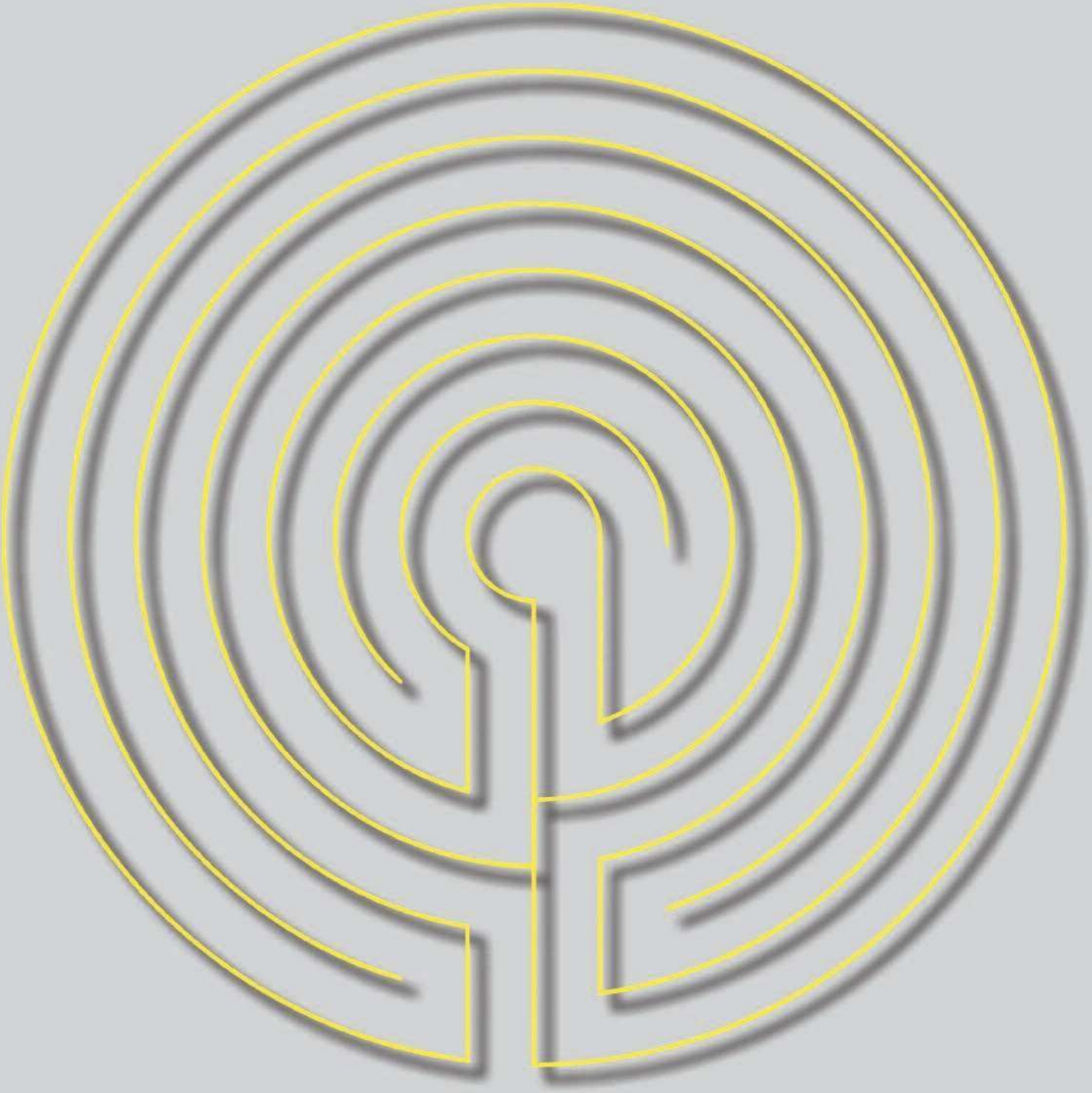
NEL LABIRINTO DEL DIRITTO



RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA n. 1/2021

NEL LABIRINTO DEL DIRITTO

RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA

www.labirintodeldiritto.it

Direttore Responsabile:

Marco AZZARITI

Hanno collaborato a questo numero:

Giuseppina Luciana BARRECA - Eduardo CAMPESE - Stanislao DE MATTEIS

Alessandro PEPE - Marco ROSSETTI - Anna Maria SOLDI

Editore: Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico

Direzione – Redazione ed Amministrazione della rivista "Nel Labirinto del Diritto" sono presso la sede legale della Giuristi Anonimi s.r.l.s.socio unico in Formello (Rm) alla Via del Praticello n. 34.

© 2021 Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico

Tutti i contenuti sono protetti dal diritto di autore. Ogni utilizzo non autorizzato sarà perseguito ai sensi di legge. Riproduzione vietata.

INDICE

Editoriale pag. 4

Diritto Concorsuale

Alcune questioni in tema di rapporti tra professionisti e procedure concorsuali pag. 5
di Eduardo Campese

Il sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa: Presupposto soggettivo e meritevolezza del consumatore pag. 18
di Stanislao De Matteis

Esecuzione Forzata

Edilizia residenziale pubblica ed espropriazioni immobiliari pag. 43
di Giuseppina Luciana Barreca

Il decreto di trasferimento nel caso di vendita "delegata" al professionista dopo la sentenza delle Sezioni Unite 14 dicembre 2020, n. 28387 pag. 56
di Anna Maria Soldi

La incostituzionalità dell'art. 54 ter: la sentenza della Corte Costituzionale 22 giugno 2021, n. 128 pag. 80
di Anna Maria Soldi

Diritto Tributario

L'avviso impoesattivo e l'avviso di addebito sono titoli idonei per l'ammissione allo stato passivo? Note a margine di Cass. 19 febbraio 2021, n. 4540, con una precisazione in tema di prescrizione pag. 84
di Stanislao De Matteis

La scissione soggettiva degli effetti della notifica tra "passato", "presente" e "futuro" pag. 89
di Alessandro Pepe

Responsabilità Civile

Il danno da nascita indesiderata: un problema di controlimiti pag. 100
di Marco Rossetti

Editoriale

Tra le tante riviste telematiche, **Nel labirinto del diritto** si distingue per l'obiettivo che intende perseguire: contribuire al dibattito dottrinario sugli argomenti di maggiore interesse per l'operatore del diritto, ma anche al processo decisionale della Suprema Corte, anticipando la discussione dei temi di maggiore attualità affidandone il commento a giuristi specializzati della materia.
In questo contesto, il primo numero rappresenta la cifra di ciò che si intende realizzare ed è per questo che la Redazione ha deciso di consentirne l'accesso in chiaro con una semplice registrazione. Siamo sicuri che all'apprezzamento dei contenuti seguirà un formidabile ritorno d'immagine che consentirà alla Rivista di crescere insieme a suoi Lettori, chiamati essi stessi alla crescita ed allo sviluppo di un progetto ambizioso che richiede per il suo successo la partecipazione di tutti e soprattutto di coloro che "dal basso" sono in grado di prevedere le novità ed i contrasti che l'interpretazione applicativa della norma produce fin dalla sua genesi.
Ecco svelato il segreto del progetto che pone al centro del suo sviluppo il concetto di comunità, con la consapevolezza che la pratica interpretativa non è un arido fenomeno meccanico, ma è un cantiere sempre aperto in continua evoluzione, che vede coinvolti tutti gli attori che vedono nella Giustizia l'esercizio di una professione.

Marco Azzariti

Alcune questioni in tema di rapporti tra professionisti e procedure concorsuali

SOMMARIO: 1. Introduzione. • 2. Attività stragiudiziale svolta da un avvocato incaricato dal curatore fallimentare: necessita la preventiva autorizzazione del giudice delegato? • 3. La liquidazione del compenso al difensore per le controversie di valore superiore ad € 1.500.000,00 (in fattispecie regolata dal d.m. n. 140 del 2012). • 4. Sull'eccezione di inadempimento o inesatto adempimento della prestazione proponibile dalla curatela. • 5. La richiesta del professionista di pagamento del proprio credito, in prededuzione ed al di fuori del procedimento di riparto. • 6. La liquidazione del compenso in favore del commissario giudiziale nella procedura di concordato preventivo: giudice competente e motivazione del corrispondente provvedimento. • 7. La liquidazione del compenso del commissario giudiziale nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria *ex* d.lgs. n. 270 del 1999.

1. Introduzione

In questi ultimi anni, il rapporto tra professionisti e procedure concorsuali si è spesso venuto a focalizzare anche secondo modalità conflittuali: si parla, invero, di prestazioni che sono rese da professionisti in favore di imprenditori in crisi o insolventi, oppure in situazione ormai già divenuta concorsuale o, comunque, prossima ad esserlo ma praticamente certa. Si è, quindi, al cospetto o di crediti non adempiuti, che pongono, quindi, un problema di trattamento concorsuale della relativa domanda nel concorso e nella relativa competizione con gli altri creditori; oppure di crediti adempiuti, che, però, possono restituire la problematicità connessa a pagamenti che sono suscettibili di instabilità per effetto di una rivisitazione concorsuale interna alla stessa procedura pendente o in una procedura successivamente instaurata.

Si tratta, peraltro, di crediti che sono collegati a prestazioni che, a loro volta, sono frutto di nomine di provenienza soggettiva da parte del debitore o anche di organi della procedura: le prime si rivelano in parte necessitate dalla legge perché finalizzate a rendere possibile, ovvero a consentire, il completamento di un *iter* procedimentale che il debitore si propone di realizzare o nel quale è chiamato (si tratta, dunque, di prestazioni indefettibili); oppure sono prestazioni eligibili (e tanto può valere anche per le seconde), perché la nomina del professionista è discrezionale, non solo in relazione alla persona da incaricarsi ma anche circa il fare ricorso, o non, a quel tipo di competenza professionale. In queste ipotesi, quindi, la latitudine della prestazione commessa si presenta generalmente come più ampia.

Può ragionevolmente affermarsi, allora, che l'apertura di una procedura concorsuale si pone come un evento decisamente rilevante per le sorti del credito del professionista: sia con riguardo alle concrete possibilità di ottenerne l'integrale soddisfacimento, sia, soprattutto, con riferimento al fatto che detto credito viene interessato da riflessi giuridici affatto nuovi, «*che ne mettono in luce tutti gli aspetti "qualitativi" (sia in senso oggettivo, relativo alla prededucibilità* ex *artt. 111 e 111-*bis *l.fall., ai caratteri e limiti del privilegio* ex *art. 2751-*bis, *comma 1, n. 2 cod. civ., al particolare modo di atteggiarsi della prescrizione presuntiva; sia in senso soggettivo, con riferimento all'atteggiarsi del credito nel caso in cui il mandato sia stato conferito ad un'associazione professionale o a una società tra professionisti), oltre che "quantitativi" (efficacia e rilevanza del contratto di prestazione d'opera intellettuale con il connesso patto sul compenso; prova dell'effettivo svolgimento della prestazione; eccezioni d'inadempimento sollevabili dal curatore nel corso della verifica del passivo)*»[1].

Questo contributo si propone di analizzare, senza pretesa di esaustività, alcune problematiche[2] afferenti i rapporti professionali nell'ambito di procedure concorsuali, fin da ora evidenziandosi che volutamente non sarà affrontata - per intuibili ragioni di opportunità dettate dalla recente sua rimessione alle Sezioni Unite della Suprema Corte[3] deliberata un Collegio di cui era parte anche lo scrivente - quella concernente la prededucibilità, o non, nel successivo fallimento del debitore, del credito di professionisti che lo avevano coadiuvato nella domanda di concordato preventivo e/o nella redazione della necessaria attestazione circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano[4].

---

[1] A. Napolitano, *Le vicende del credito del professionista nella verifica del passivo del fallimento,* pag. 1.

[2] Recentemente oggetto pure di pronunce della Suprema Corte.

[3] *Cfr.* l'ordinanza interlocutoria resa da Cass. 23 aprile 2021, n. 10885.

[4] Esigenze di completezza impongono, peraltro, di segnalare che, con ordinanza interlocutoria del 16 aprile 2021, n. 10208, resa all'esito di adunanza camerale *ex* art. 380-bis.1 cod. proc. civ., la Prima sezione civile, «*tenuto conto della copiosa giurisprudenza di questa Corte circa la prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" del concordato preventivo - per cui non rileva l'utilità* ex post, *bensì l'inidoneità* ex ante *della prestazione* (ex multis, *Cass. 13596/2020, 9027/2020, 220/2020, 12017/2018, 1182/2018*) - e *le possibili interferenze con l'eccezione di inadempimento, avuto riguardo alla potenziale idoneità della prestazione*, prima facie, *all'avvio della procedura (Cass. 22467/2018; cfr. Cass. 22785/2018 e Cass. 24025/2020)*», ha

2. Attività stragiudiziale svolta da un avvocato incaricato dal curatore fallimentare: necessita la preventiva autorizzazione del giudice delegato ?

Il tema della necessità, o non, della preventiva autorizzazione del giudice delegato al curatore fallimentare, onde consentire a quest'ultimo di affidare ad un legale lo svolgimento di attività stragiudiziale, è stato recentemente affrontato dalla giurisprudenza di legittimità[5], prediligendosi la soluzione negativa.

L'occasione della pronuncia l'ha fornita un ricorso promosso da un professionista avverso un decreto con cui il tribunale, pronunciandosi, *ex* art. 26 l.fall., sul reclamo dal primo proposto, lo aveva accolto solo parzialmente, rideterminando il compenso dovutogli per l'attività professionale (giudiziale) svolta in favore di una curatela fallimentare, opinando, però, «*in relazione al compenso richiesto per l'attività stragiudiziale*», che, «*in assenza di un esplicito provvedimento autorizzativo da parte del Giudice delegato allo svolgimento*» della stessa, non poteva essere liquidato «*un autonomo compenso*».

Nella specie, era assolutamente indubbio che l'attività stragiudiziale compiuta dal ricorrente nell'interesse della curatela predetta dovesse considerarsi del tutto autonoma rispetto a quella giudiziale[6] a lui pure affidata da quest'ultima, sicché ben avrebbe potuto trovare applicazione il principio secondo cui, laddove le competenze reclamate dal patrono riguardino, oltre che prestazioni giudiziali civili, anche prestazioni stragiudiziali affatto indipendenti dall'attività propriamente processuale, il compenso per l'attività stragiudiziale non confluisce in quello relativo all'attività giudiziale[7].

Diveniva centrale, dunque, lo stabilire se fosse stata effettivamente dovuta l'autorizzazione del giudice delegato al curatore onde officiare il nominato difensore anche dello svolgimento di attività stragiudiziale.

Orbene, nel vigente testo della legge fallimentare, nessuna norma subordina lo svolgimento dell'attività stragiudiziale del legale del fallimento alla previa autorizzazione da parte del giudice delegato.

I poteri di quest'ultimo sono disciplinati, infatti, dall'art. 25 l.fall., tra i quali è compreso quello di autorizzare per iscritto il curatore a stare in giudizio in qualità di attore o di convenuto, ma non anche di nominare il difensore della procedura (che, il giudice delegato medesimo può, invece, revocare, ed alla cui liquidazione procede su proposta del curatore), la cui scelta e nomina sono sempre demandate al curatore, come si evince dal dettato normativo di cui all'art. 25, comma 1, n. 4, l.fall..

Proprio quest'ultima disposizione, letta in combinato disposto con il comma 1, n. 6, della medesima norma, fornisce una soluzione negativa al quesito se sia necessaria la preventiva autorizzazione del giudice delegato, affinché sia legittimamente prestata attività stragiudiziale da parte di un legale nominato dal curatore.

Invero, ai sensi dell'art. 25, comma 1, n. 4, l.fall., il curatore può conferire incarico a soggetti terzi, affinché prestino la propria opera nell'interesse del fallimento; soltanto se per l'espletamento di tale attività è necessaria la costituzione in giudizio, è necessaria la preventiva autorizzazione da parte del giudice delegato. La stessa disposizione, del resto, non riguarda il conferimento dell'incarico, da parte del curatore, soltanto agli avvocati, ma a tutte le "*persone la cui opera è stata richiesta dal medesimo curatore nell'interesse del fallimento*", anche qualora l'attività svolta si sia esplicata al di fuori di un giudizio civile.

Tale previsione deve essere coordinata con i successivi artt. 31 e 32 l.fall., a tenore dei quali "*Il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare*", "*può delegare ad altri specifiche operazioni, previa autorizzazione del comitato dei creditori*", e "*può essere autorizzato dal comitato dei creditori a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il fallito, sotto la sua responsabilità*".

---

ritenuto «*opportuno disporre la trattazione del ricorso in pubblica udienza, al fine di approfondire la tematica dell'eventuale effetto preclusivo derivante dell'ammissione del credito in via privilegiata, rispetto al diniego di riconoscimento della prededuzione per il medesimo credito*».

[5] *Cfr*. Cass., Sez. I, 2 marzo 2021, n. 5672.

[6] Quest'ultima, infatti, aveva tratto origine da un'azione revocatoria esperita da un diverso fallimento nei confronti della curatela convenuta al fine di sentir dichiarata l'inefficacia di un rogito notarile di conferimento di ramo d'azienda; la prima, invece, era stata giustificata dal fine di accelerare i tempi di liquidazione degli attivi fallimentari di entrambe le procedure, addivenendosi alla stipula di una scrittura privata mediante la quale, ferme ed impregiudicate le rispettive pretese e posizioni fatte valere in sede giudiziale, si era riconosciuto il diritto, in capo alla curatela suddetta, di procedere alla vendita dei beni oggetto di contenzioso, previa intesa con il fallimento attore, altresì convenendosi che, all'esito della vendita, il prezzo ricavato sarebbe stato custodito presso un istituto bancario su un conto corrente intestato ad entrambe le procedure, e che lo stesso avrebbe costituito sequestro convenzionale con custodia affidata congiuntamente alle due procedure fallimentari.

[7] *Cfr*., tra le più recenti, Cass. 30 novembre 2020, n. 27305.

Ed ancora, ai sensi dell'art. 35 l.fall. "*Le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni e gli atti di straordinaria amministrazione sono effettuate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori. [...]. Se gli atti suddetti sono di valore superiore a cinquantamila euro e in ogni caso per le transazioni, il curatore ne informa previamente il giudice delegato, [...].*"

Tutte le sopra elencate attività sono compiute dal curatore senza la preventiva autorizzazione del giudice delegato, ove esplicate al di fuori di un giudizio civile, essendo talvolta necessaria la sola autorizzazione del comitato dei creditori.

Si deve escludere, dunque, che il compimento di un'attività stragiudiziale da parte del curatore (con tutto ciò che ne consegue, ivi compresa l'eventuale nomina di un legale e l'attività di assistenza fornita da quest'ultimo) necessiti della preventiva autorizzazione del giudice delegato.

Così come deve escludersi che la nomina di un legale finalizzata all'assistenza del curatore nella predetta attività possa essere ricondotta tra gli atti di straordinaria amministrazione, come tale soggetta alla previa autorizzazione del comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 35 l.fall., ovvero che il legale si assimilabile al delegato o al coadiutore *ex* art. 32 l.fall..

In ogni caso, tutte le disposizioni finora analizzate attengono, quanto al requisito della eventuale autorizzazione, ai rapporti "*interni*" fra gli organi della procedura, ovvero fra curatore, giudice delegato e comitato dei creditori, non riguardando in alcun modo il legale nominato dal curatore.

Si vuole dire, cioè, che l'autorizzazione del giudice delegato investe la materia della rappresentanza in giudizio, la *legitimatio ad processum* del curatore, non certamente il conferimento allo stesso del potere di disporre del diritto controverso, viceversa soggetto al modulo procedimentale dell'art. 35 l.fall.. Con la conseguenza che l'attività volta a definire transattivamente la controversia è soggetta all'autorizzazione del comitato dei creditori su proposta del curatore che evidentemente, qualora l'attività sia stata svolta (come nella specie) da un legale, ne fa propri i contenuti.

La stessa autorizzazione del giudice delegato, peraltro, non è necessaria tutte le volte in cui (come per l'espletamento dell'attività transattiva da parte del curatore) non occorre il ministero di un difensore. Dal che si evince che il compimento dell'attività stragiudiziale da parte del curatore non è soggetto alla preventiva autorizzazione del giudice delegato, quanto, piuttosto, da quella successiva del comitato dei creditori.

3. La liquidazione del compenso al difensore per le controversie di valore superiore ad € 1.500.000,00 (in fattispecie regolata dal d.m. n. 140 del 2012).

In tema di compenso dovuto ad un difensore officiato da una curatela fallimentare per lo svolgimento di attività giudiziale, una questione di sicuro interesse - se non altro per l'assenza di precedenti specifici sulla corrispondente fattispecie - affrontata dalla recente giurisprudenza di legittimità[8] è stata quella concernente la determinazione della concreta modalità di liquidazione di tale compenso in relazione ad una controversia di valore superiore ad € 1.500.000,00 (specificamente, tale valore era di € 5.188.837,40).

Il giudice di merito, premettendo che detto valore andava «*ben oltre il valore massimo*» preso in considerazione dall'ultimo scaglione di riferimento previsto dal d.m. n. 140 del 2012[9] (quello, cioè, delle liti di valore ricompreso tra € 500.000,01 ed €.1.500.000,00), e senza nulla puntualizzare (come, invece, avrebbe dovu-

[8] *Cfr*. Cass. 2 marzo 2021, n. 5674 (in senso assolutamente identico si veda anche la successiva Cass. 9 aprile 2021, n. 9464).

[9] Nella specie applicabile *ratione temporis*. È utile ricordare, peraltro, che il successivo d.m. 10 marzo 2014, n. 55, avente ad oggetto il "*Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247*", all'art. 6, ha previsto una diversa e più dettagliata disciplina per le controversie di valore superiore ad € 520.000,00. In particolare si è sancito che «*1. Alla liquidazione dei compensi per le controversie di valore superiore a euro 520.000,00 si applica di regola il seguente incremento percentuale: per le controversie da euro 520.000,00 ad euro 1.000.000,00 fino al 30 per cento in più dei parametri numerici previsti per le controversie di valore fino a euro 520.000,00; per le controversie da euro 1.000.000,01 ad euro 2.000.000,00 fino al 30 pe cento in più dei parametri numerici previsti per le controversie di valore sino ad euro 1.000.000,00; per le controversie da euro 2.000.000,01 ad euro 4.000.000,00 fino al 30 per cento in più dei parametri numerici previsti per le controversie di valore sino ad euro 2.000.000,00; per le controversie da euro 4.000.000,01 ad euro 8.000.000,00 fino al 30 per cento in più dei parametri numerici previsti per le controversie di valore sino ad euro 4.000.000,00; per le controversie di valore superiore ad euro 8.000.000,00 fino al 30 per cento in più dei parametri numerici previsti per le cause di valore sino ad euro 8.000.000,00; tale ultimo criterio può essere utilizzato per ogni successivo raddoppio del valore della controversia*».

to, giusta il combinato disposto degli artt. 11, comma 9, e 4 del menzionato d.m. n. 140 del 2012, di cui pure aveva dichiarato di dover fare applicazione) quanto alla natura ed alla complessità della controversia, oppure al numero ed all'importanza delle questioni trattate dal professionista, né al pregio dell'opera da lui prestata, aveva quantificato il compenso riconosciuto a quest'ultimo (per le fasi di studio, introduzione ed istruzione, uniche riconoscibili in rapporto alla concreta attività giudiziale da lui svolta) procedendo alla mera maggiorazione del 60% degli importi medi previsti, rispettivamente, per quelle fasi, per le controversie di valore ricompreso tra € 500.000,01 ed € 1.500.000,00.

Orbene, è noto che, in assenza di un preventivo accordo tra le parti, la cui centralità, ribadita dal d.m. n. 140 del 2012 e, successivamente, dal d.m. n. 55 del 2014, era già enucleabile dall'*incipit* dell'art. 2233, comma 1, cod. civ., che impone al giudice chiamato a liquidare il compenso spettante al professionista per l'attività giudiziale da lui svolta facendo applicazione dei parametri *ratione temporis* vigenti.

Nella specie, dunque, come si è già anticipato, di trattava di quelli di cui al citato d.m. n. 140 del 2012, il cui art. 11, comma 1, sancisce che "*I parametri specifici per la determinazione del compenso sono, di regola, quelli di cui alla tabella A - Avvocati, allegata al presente decreto. Il giudice può sempre diminuire o aumentare ulteriormente il compenso in considerazione delle circostanze concrete, ferma l'applicazione delle regole e dei criteri generali di cui agli articoli 1 e 4*".

Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 1 del medesimo decreto, poi, "*in nessun caso le soglie numeriche indicate, anche a mezzo percentuale, sia nei minimi che nei massimi, per la liquidazione del compenso, nel presente decreto e nelle tabelle allegate, sono vincolanti per la liquidazione stessa*".

Nella concreta fattispecie, infine, tenuto conto dell'indicato valore della controversia pari a circa € 5.188.837,40, occorreva tenere conto pure di quanto stabilito dal comma 9 del medesimo articolo, a tenore del quale "*per le controversie il cui valore supera euro 1.500.000,00, il giudice, tenuto conto dei valori di liquidazione riferiti di regola allo scaglione precedente, liquida il compenso applicando i parametri di cui all'art. 4 commi da 2 a 5…*"[10].

È altresì opportuno ricordare che, secondo la Suprema Corte, «*in tema di liquidazione delle spese giudiziali ai sensi del d.m. n. 140 del 2012, la disciplina secondo cui i parametri specifici per la determinazione del compenso sono, di regola, quelli di cui alla allegata tabella A, la quale contiene tre importi pari, rispettivamente, ai valori minimi, medi e massimi liquidabili, con possibilità per il giudice di diminuire o aumentare ulteriormente il compenso in considerazione delle circostanze concrete, va intesa nel senso che l'esercizio del potere discrezionale del giudice contenuto tra i valori minimi e massimi non è soggetto a sindacato in sede di legittimità, attenendo pur sempre a parametri fissati dalla tabella, mentre la motivazione è doverosa allorquando il giudice medesimo decida di aumentare o diminuire ulteriormente gli importi da riconoscere, essendo necessario, in tal caso, che siano controllabili sia le ragioni dello scostamento dalla forcella di tariffa, sia le ragioni che ne giustifichino la misura*»[11].

Alla stregua del riportato contesto normativo e giurisprudenziale, allora, l'*iter* procedimentale e motivazionale complessivamente seguito dal giudice di merito per la quantificazione del compenso liquidato al difensore per l'attività professionale giudiziale da lui svolta in favore della curatela fallimentare è stato giudicato non condivisibile.

Quel giudice, invero, come si è già anticipato: *i*) aveva preso le mosse dallo scaglione delle controversie di valore fino ad € 1.500.000,00 (come gli imponeva la prima parte del comma 9 dell'art. 11 del più volte citato d.m. n. 140 del 2012), prediligendo i valori medi ivi previsti, senza minimamente chiarire, però, se ciò era stato dovuto al fatto che, così facendo, aveva voluto considerare, seppure implicitamente, la notevole differenza tra il valore delle controversie di quello scaglione (in relazione al quale, magari, si potevano considerare come base di partenza pure i valori minimi) e quello, superiore a quest'ultimo, della lite patrocinata dal legale; *ii*) successivamente, su quei valori medi, aveva applicato una maggiorazione del 60% degli importi previsti, rispettivamente, per le fasi riconosciute (di studio, introduzione ed istruzione), ancora una volta però, omettendo di specificare se quel coefficiente di maggiorazione fosse stato considerato come limite massimo

[10] Per quanto qui di effettivo interesse, i commi 2 e 3 dell'art. 4 del medesimo decreto dispongono, rispettivamente, che "*2. Nella liquidazione il giudice deve tenere conto del valore, della natura e della complessità della controversia, del numero e dell'importanza delle questioni trattate, con valutazione complessiva anche all'esito di riunione delle cause, dell'eventuale urgenza della prestazione*" e che "*3. Si tiene altresì conto del pregio dell'opera prestata, dei risultati del giudizio e dei vantaggi, anche non patrimoniali, conseguiti dal cliente*".

[11] *Cfr*. Cass. 10 maggio 2019, n. 12537.

invalicabile dettato dal menzionato d.m. per qualsiasi procedimento, a prescindere dal suo valore, oppure se, fermo restando che non esisterebbe alcun limite invalicabile, quel coefficiente fosse stato ritenuto congruo in relazione al valore dello specifico procedimento, della sua complessità e di tutti gli altri elementi indicati dall'art. 4, commi 2-5, del d.m. medesimo (di cui, però, nemmeno aveva dato minimamente conto).

Il percorso procedimentale complessivamente descritto dal già riportato art. 11, comma 9, del d.m. predetto, invece, imponeva di giustificare compiutamente le modalità di determinazione del concreto importo originario - ricompreso tra quelli minimo, medio e massimo, riferiti, di regola, allo scaglione precedente (fino ad € 1.500.000,00) - successivamente da incrementarsi, specificandosene il criterio concretamente adottato, in funzione dell'effettivo valore della controversia, della natura e complessità della stessa, del numero e dell'importanza e complessità delle questioni trattate, nonché del pregio dell'opera prestata, dei risultati del giudizio e dei vantaggi, anche non patrimoniali, conseguiti dal cliente.

In parte qua, dunque, la motivazione del proprio operato fornita dal giudice di merito è stata ritenuta non coerente con quanto testé affermato, né con il *minimum* costituzionale[12], atteso che, come è ampiamente desumibile da quanto prima riferito, le sue affermazioni non permettevano di individuare, con la necessaria chiarezza, la giustificazione del *decisum*: esse, infatti, sarebbero state parimenti utilizzabili ove si fosse stato in presenza di una controversia rientrante tra quelle di valore fino ad € 1.500.000,00, così giungendo, affatto immotivatamente, a trattare allo stesso modo fattispecie evidentemente diverse[13].

4. Sull'eccezione di inadempimento o inesatto adempimento della prestazione proponibile dalla curatela.

Di sicuro interesse, se non altro per la frequenza con cui la relativa questione viene sollevata dalle curatele richieste del pagamento del compenso dal professionista precedentemente officiato dal debitore *in bonis*, o incaricato dalle stesse in corso di procedura, è il tema dell'eccezione di inadempimento o inesatto adempimento della prestazione professionale resa.

Giova premettere, in proposito, che tale eccezione ha natura (di eccezione) dilatoria di diritto sostanziale, può essere sollevata anche stragiudizialmente ma non può essere rilevata d'ufficio dal giudice[14], il quale, però, ove sia stata proposta in via stragiudiziale, può tenerne conto ai fini della decisione della causa ove la suddetta proposizione emerga, comunque, dagli atti di causa. La giurisprudenza, inoltre, è concorde nel sottolineare che, per invocarla, non è necessario l'utilizzo di forme speciali o di formule sacramentali e che della stessa è possibile avvalersi non solo dinanzi all'azione di adempimento, ma anche con riguardo a quella di risoluzione[15]. Essa, infine, non ha effetti liberatori, ma soltanto sospensivi[16].

---

[12] Imposto, come si ricorderà, dall'orientamento interpretativo, avente ad oggetto l'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. - nel testo riformulato dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 - inaugurato da Cass., SU, 7 aprile 2014, n. 8053.

[13] Cass. 2 marzo 2021, n. 5674, ha così affermato il seguente principio di diritto (poi ripreso dalla successiva, identica, Cass. 9 aprile 2021, n.9464): «*La liquidazione giudiziale del compenso spettante ad un avvocato, da effettuarsi alla stregua dei parametri sanciti dal d.m. n. 140 del 2012 ed in relazione all'attività professionale da lui svolta, nell'interesse del proprio cliente, in una controversia di valore superiore ad euro 1.500.000,00, postula che l'operato del giudice, ai sensi dell'art. 11, comma 9, del d.m. predetto, consenta di individuare le modalità di determinazione del concreto importo originario - ricompreso tra quelli minimo, medio e massimo, riferiti, di regola, allo scaglione precedente (fino ad ⇔ 1.500.000,00) - successivamente da incrementarsi, specificandosene il criterio concretamente adottato, in funzione dell'effettivo valore della controversia, della natura e complessità della stessa, del numero e dell'importanza e complessità delle questioni trattate, nonché del pregio dell'opera prestata, dei risultati del giudizio e dei vantaggi, anche non patrimoniali, conseguiti dal cliente*».

[14] *Cfr.* Cass. 20 settembre 2002, n. 13746, successivamente ribadita da Cass. 16 marzo 2011, n. 6168, le quali hanno puntualizzato pure che, proprio per tale ragione, la stessa non è proponibile per la prima volta in appello giusta l'art. 345 cod. proc. civ., nel testo novellato dalla legge 26 novembre 1990, n. 353. Diversamente, come chiarito da Cass. 30 giugno 2020, n. 12980, «*l'eccezione di non imputabilità dell'inadempimento costituisce non mera difesa, ma eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio e, quindi, non soggetta alla decadenza* ex *art. 167 cod. proc. civ., sempre che il fatto emerga dagli atti, dai documenti o dalle altre prove ritualmente acquisite al processo, atteso che consiste nell'allegazione non riservata all'iniziativa della parte - per legge o perché collegata alla titolarità di un'azione costitutiva - di un fatto diverso, non compreso tra quelli dedotti dalla controparte e dotato normativamente di idoneità impeditiva, in via immediata e diretta, del diritto azionato in giudizio*».

[15] *Cfr.* Cass. 28 marzo 2001, n. 4529 e Cass. 14 marzo 2011, n. 5933.

[16] *Cfr.* Cass. 29 marzo 2019, n. 8760, la quale ha conseguentemente affermato che quando ad essa faccia seguito una pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento della par-

Fermo quanto precede, deve rimarcarsi che il credito al compenso predetto rappresenta il corrispettivo di una prestazione di *facere* professionale, il cui giudizio circa il suo adempimento, o non, riflette naturalmente due distinte direttrici: il concreto compimento dell'attività in sé stessa e l'averla compiuta secondo il canone della diligenza professionale prescritta.

Orbene, è noto che, secondo l'ormai consolidatasi giurisprudenza di legittimità[17], in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso - tipico della fattispecie di cui si discute - in cui il debitore convenuto per l'adempimento si avvalga dell'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 cod. civ. risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento (eventualmente anche sub specie di inesattezza dell'adempimento per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza), ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio corretto adempimento.

Proprio muovendo da tali principi, una recente pronuncia di legittimità[18] ha affrontato una fattispecie in cui una curatela fallimentare, solo costituendosi nel giudizio di opposizione, aveva concretamente esplicitato in cosa fosse consistito l'inadempimento precedentemente ascritto, affatto genericamente, al professionista, in sede di approvazione dello stato passivo, dal giudice delegato. In altri termini, benché già innanzi a quest'ultimo fosse stato eccepito dal curatore, solo genericamente, l'inadempimento del professionista stesso (poi ricorrente per cassazione), esclusivamente nel successivo giudizio *ex* art. 98 l.fall. il primo aveva inteso puntualizzare che quell'inadempimento era consistito, in concreto, nella violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero dell'inosservanza dell'obbligo di diligenza: era chiaro, quindi, che ciò che si era ascritto al suddetto professionista concerneva un inesatto adempimento della sua prestazione piuttosto che un inadempimento *tout court*. La curatela (debitrice), pertanto, gravata del corrispondente onere, sebbene sotto il profilo della sua mera allegazione[19], lo aveva assolto, ma ciò era avvenuto esplicitamente, giova ribadirlo, sono con la memoria di costituzione nel giudizio di opposizione allo stato passivo intrapreso dal professionista, il quale, pertanto, nel suo ricorso introduttivo di quel giudizio, ancora non era in condizione (stando all'assoluta genericità del provvedimento del giudice delegato ivi impugnato ed alle rassegnate conclusioni del curatore sulla relativa domanda *ex* art. 92 l.fall.) di organizzare adeguatamente la propria strategia difensiva, soprattutto sotto il profilo dei mezzi istruttori da articolare, a pena di decadenza, nel ricorso medesimo ai sensi dell'art. 99, comma 2, n. 4, l.fall..

Decidendo la corrispondente controversia, la Suprema Corte ha ricordato, innanzitutto, che il giudizio di opposizione allo stato passivo, malgrado la sua natura impugnatoria, non è caratterizzato dalla preclusione di cui all'art. 345 cod. proc. civ. in materia di *ius novorum*, con riguardo alle nuove eccezioni proponibili dal curatore, in quanto il riesame, a cognizione piena, del risultato della cognizione sommaria proprio della verifica, demandato al giudice dell'opposizione, se esclude l'immutazione del *thema disputandum* e non ammette l'introduzione di domande riconvenzionali della curatela, non ne comprime tuttavia il diritto di difesa, consentendo, quindi, la formulazione di eccezioni non sottoposte all'esame del giudice delegato[20]. Ed altrettanto è a dirsi, ovviamente, posto che il più contiene il meno, anche quanto alla specificazione di eccezioni già solo genericamente proposte. In queste ipotesi, e solo in relazione ai contenuti e termini dell'eccezione nuova o di quella (originariamente generica e solo dopo) adeguatamente specificata, il rispetto del principio del contraddittorio esige che sia concesso termine all'opponente per dispiegare le proprie difese e produrre la documentazione probatoria idonea a supportarle[21].

Da qui l'affermazione della Corte che il diritto dell'opponente al pieno svolgimento del contraddittorio trova non solo la sua ragione d'essere, ma pure il suo limite, nella novità della eccezione - e/o della specifica-

te contro cui fu sollevata l'*exceptio inadimpleti contractus*, gli effetti risarcitori, liberatori e restitutori della risoluzione restano disciplinati dalle previsioni dell'art. 1458 cod. civ.. In senso conforme si veda anche la più successiva Cass. 3 dicembre 2020, n. 27623.

[17] *Cfr.* da Cass., SU, 30 ottobre 2001, n. 13533, alla più recente, tra le tantissime, Cass. 21 maggio 2019, n. 13685.

[18] *Cfr.* Cass. 10 giugno 2021, n. 16324.

[19] *Cfr*. la già citata Cass., SU, n. 13533 del 2001 e la giurisprudenza di legittimità ad essa successiva.

[20] *Cfr*. Cass. 6 ottobre 2020, n. 21490.

[21] *Cfr*. Cass. 6 settembre 2019, n. 22386.

zione di quella solo genericamente formulata nella fase precedente - che è stata sollevata/specificata dal curatore. È solo in relazione ai contenuti e termini dell'eccezione proposta o specificata in sede di memoria di costituzione, dunque, che si giustifica la necessaria concessione di un termine a difesa. Allargare (anche) ad altro l'orizzonte della difesa così concessa significherebbe, in realtà, eliminare dal tessuto normativo vigente la preclusione disposta nell'art. 99, comma 2, n. 4, l.fall..

Nella concreta fattispecie ivi decisa, questi principi non erano stati correttamente osservati dal tribunale *a quo*. Quest'ultimo, infatti, dando legittimamente ingresso, seppure definendola «*mera allegazione difensiva*», alla specificazione (nei termini suddetti) dell'eccezione di inadempimento precedentemente sollevata, in modo, però, affatto generico, dal curatore in sede di approvazione dello stato passivo, erroneamente aveva negato poi al professionista opponente, benché ripetutamente richiestone, il termine per dispiegare, puntualmente sul corrispondente specifico profilo, le proprie difese e, se del caso, indicare (ulteriori) mezzi di prova idonei a supportarle.

È opportuno ricordare, infine, pure in questa sede (investendo, comunque la relativa pronuncia il tema dell'eccezione di inadempimento), che - come si è già segnalato nella nota n. 4 - con ordinanza interlocutoria del 16 aprile 2021, n. 10208, resa all'esito di adunanza camerale *ex* art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ., la Prima sezione civile della Suprema Corte, «*tenuto conto della copiosa giurisprudenza di questa Corte circa la prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" del concordato preventivo - per cui non rileva l'utilità ex post, bensì l'inidoneità* ex ante *della prestazione* […] *e le possibili interferenze con l'eccezione di inadempimento, avuto riguardo alla potenziale idoneità della prestazione*, prima facie, *all'avvio della procedura […]*», ha ritenuto «*opportuno disporre la trattazione del ricorso in pubblica udienza, al fine di approfondire la tematica dell'eventuale effetto preclusivo derivante dell'ammissione del credito in via privilegiata, rispetto al diniego di riconoscimento della prededuzione per il medesimo credito*».

5. La richiesta del professionista di pagamento del proprio credito, in prededuzione ed al di fuori del procedimento di riparto.

Un altro tema recentemente affrontato dalla giurisprudenza di legittimità[22] è quello della disciplina applicabile alla richiesta del professionista di pagamento di un proprio credito, in prededuzione ed al di fuori del procedimento di riparto.

L'occasione è stata offerta da un ricorso promosso, *ex* art. 111 Cost., da un legale, personalmente, *ex* art. 86 cod. proc. civ., e quale difensore del proprio cliente, avverso un decreto del tribunale dichiarativo della inammissibilità del reclamo da lui proposto, *ex* art. 26 l.fall., pure nella indicata qualità, al fine di ottenere, previa revoca dell'ivi impugnato provvedimento del giudice delegato, il pagamento, in prededuzione ed al di fuori del procedimento di riparto (o, in subordine, in caso di insufficienza dell'attivo, secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità), del proprio complessivo credito a titolo di compensi per spese legali maturate nel corso della procedura in relazione a due giudizi contenziosi definitivamente conclusisi sfavorevolmente per il fallimento[23].

La doglianza ivi prospettata aveva riguardato la qualificazione come prededucibile chirografario (invece che prededucibile privilegiato *ex* artt. 2755 e 2770 cod. civ.) del credito complessivamente invocato, ritenuta il frutto di un'errata interpretazione della legge, posto che: *i*) la condanna alle spese giudiziali subite dalla procedura soccombente in una controversia intrapresa su sua iniziativa rappresentava un costo che doveva essere considerato ad ogni effetto come una spesa di procedura, sicché il relativo debito doveva essere pagato prima dei debiti di massa, al pari delle spese di giustizia; *ii*) sotto altro profilo, in via subordinata, le spese di lite liquidate in favore della controparte del Fallimento in un giudizio da quest'ultimo promosso avrebbero dovuto beneficiare del privilegio *ex* art. 2751-*bis* cod. civ., non potendo trovare applicazione, nella specie, l'orientamento espresso da Cass. n. 21482 del 2017 (secondo cui il credito del procuratore antistatario gode del privilegio previsto dall'art. 2751-*bis*, n. 2, cod. civ. solo allorché l'attività professionale sia stata svolta per conto ed a favore del fallito e non anche quando il credito,

[22] *Cfr.* Cass. 10 giugno 2021, n. 16322.

[23] Il tribunale aveva ritenuto che detto credito, ancorché prededucibile, dovesse ritenersi contestato quanto alla sua collocazione privilegiata (come invocata dal reclamante) o chirografaria (secondo la prospettazione della curatela), «*…situazione questa che determina la necessaria sottoponibilità del credito alle regole processuali dell'ammissione allo stato passivo, secondo quanto previsto dall'art. 111*-bis *L.F., con la conseguenza che ogni questione attinente all'accertamento del credito ed alla sua collocazione è funzionalmente attratta alla disciplina propria dello strumento dell'insinuazione allo stato passivo, prevista dagli artt. 93 e ss. L.F.*».

pur se opponibile al fallimento, nasca da un'attività posta in essere per conto di un soggetto differente).

La Suprema Corte, dopo aver ricordato il significato da attribuirsi alle caratteristiche di "*definitività*" e "*decisorietà*" del provvedimento impugnabile *ex* art. 111 Cost.[24], ha ritenuto il ricorso predetto inammissibile non ravvisando quelle caratteristiche nello specifico decreto innanzi ad essa impugnato.

Ha rilevato, invero, che, dall'esposizione dei fatti processuali contenuta nel ricorso, emergeva che il professionista, personalmente, *ex* art. 86 cod. proc. civ., e quale difensore del proprio cliente, aveva impugnato, innanzi al tribunale, il solo, specifico provvedimento con il quale il giudice delegato, malgrado la considerata natura prededucibile del credito invocato dal primo, aveva respinto la richiesta di pagamento delle somme dovute in prededuzione, al di fuori del procedimento di riparto ai sensi dell'art. 111-*bis*, comma 3, l.fall., prendendo atto del parere del curatore che aveva «*attestato l'insufficienza dell'attivo in relazione a tutti i restanti crediti prededucibili della procedura alla luce dei criteri di gradualità e proporzionalità*». L'adito tribunale, a sua volta, ritenendo che quel credito, ancorché prededucibile, doveva considerarsi contestato quanto alla sua collocazione privilegiata (come invocata dal reclamante) o chirografaria (secondo la prospettazione della curatela), aveva tratto da questa situazione la conseguenza della necessaria sottoponibilità del credito alle regole processuali dell'ammissione allo stato passivo, secondo quanto previsto dall'art. 111-*bis* l.fall., concludendo nel senso che «*ogni questione attinente all'accertamento del credito ed alla sua collocazione è funzionalmente attratta alla disciplina propria dello strumento dell'insinuazione allo stato passivo, prevista dagli artt. 93 e ss. L.F.*».

Orbene, secondo il consolidato orientamento di legittimità, formatosi nella vigenza del testo originario dell'art. 111 l.fall., qualora la sussistenza e la prededucibilità di un credito nei confronti della massa, che siano contestate dal curatore, e difettino di accertamento in forza di pronuncia giurisdizionale, vengano disconosciute anche dal giudice delegato, con decreto di reiezione dell'istanza di pagamento, reso a norma dell'art. 111, comma 2, l.fall., si deve escludere che il preteso creditore, per ottenere il riconoscimento dei propri diritti, possa proporre reclamo contro detto decreto, e poi ricorso per cassazione contro la statuizione sul reclamo, atteso che i relativi provvedimenti, meramente ricognitivi del difetto dei presupposti per il pagamento in prededuzione, non hanno portata decisoria su quei diritti[25].

Il descritto indirizzo interpretativo ha poi trovato conferma[26] anche dopo le novelle introdotte dal d.lgs. 9.1.2006, n. 5, e dal d.lgs. 12.9.2007, n. 169, che, attraverso l'innesto nella legge fallimentare dell'art. 111-*bis* hanno oggi espressamente previsto, al comma 1, che i crediti prededucibili devono essere accertati con le modalità di cui agli artt. 92 e ss. l.fall. (*id est* secondo il medesimo procedimento riservato ai creditori concorsuali che aspirano a divenire concorrenti), fatta eccezione esclusivamente per i crediti "*non contestati per*

[24] Come ribadito, tra le più recenti, da Cass. 11 novembre 2020, n. 25445, da Cass. 12 marzo 2020, n. 7120 e da Cass. 8 gennaio 2019, n. 212, il ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost. è ammesso avverso i provvedimenti che, pur avendo forma diversa dalla sentenza, presentino, tuttavia, i requisiti della *decisorietà* e della *definitività*, il cui significato - in particolare del primo - si coglie nella fondamentale continuità della giurisprudenza (sin dal primo riconoscimento del rimedio del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, allora comma 2, Cost., con la sentenza resa da Cass., SU, n. 2953 del 1953) sul fatto che la garanzia costituzionale di cui si tratta mira a contrastare «*il pericolo di applicazioni non uniformi della legge con provvedimenti suscettibili di passare in giudicato, cioè con provvedimenti tipici ed esclusivi della giurisdizione contenziosa», mediante i quali «il giudice, per realizzare la volontà di legge nel caso concreto, riconosce o attribuisce un diritto soggettivo, oggetto di contestazione, anche solo eventuale, nel contraddittorio delle parti*» (così, nitidamente, tra le altre, Cass. 24 marzo 1971, n. 824, in motivazione). La *decisorietà*, dunque, - come ancora ribadito da Cass., SU, 28 dicembre 2016, n. 27073 - consiste nell'attitudine del provvedimento del giudice non solo ad incidere su diritti soggettivi delle parti, ma a farlo con la particolare efficacia del giudicato (nel che risiede appunto la differenza tra il semplice "*incidere*" ed il "*decidere*". *Cfr*., per tutte, Cass. 1 dicembre 1994, n. 10254), il quale, a sua volta, è effetto tipico della giurisdizione contenziosa, di quella, cioè, che si esprime su una controversia, anche solo potenziale, fra parti contrapposte, chiamate perciò a confrontarsi in contraddittorio nel processo. Affinché, peraltro, un provvedimento non avente veste di sentenza sia impugnabile in Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., non è sufficiente che abbia carattere decisorio, occorre anche che non sia soggetto ad un diverso mezzo d'impugnazione, dovendosi, altrimenti, esperire anzitutto tale mezzo - appello, reclamo o quant'altro - sicché il ricorso per cassazione riguarderà il successivo provvedimento emesso all'esito. In ciò consiste il requisito della *definitività*, cioè della sua non modificabilità altrimenti.

[25] *Cfr*. Cass. 2 ottobre 2015, n. 19715; Cass. 22 aprile 2010, n. 9623; Cass. 28 giugno 2002, n. 9490; Cass. 8 maggio 1991, n. 5124.

[26] *Cfr*. Cass. 23 febbraio 2016, n. 3483.

collocazione ed ammontare", soggiungendo, al comma 3, che i predetti crediti "*non contestati*", quando siano anche liquidi ed esigibili, "*possono*" anche essere soddisfatti al di fuori del procedimento di riparto, a condizione che la massa attiva sia presumibilmente sufficiente a soddisfare tutti i creditori collocati in prededuzione.

Nella specie, - ha osservato la Suprema Corte - il provvedimento del giudice delegato si era limitato a prendere atto della «*insufficienza dell'attivo in relazione a tutti i restanti crediti prededucibili della procedura alla luce dei criteri di gradualità e proporzionalità*» come attestata dalla curatela, mentre il tribunale, muovendo dall'avvenuta contestazione di quest'ultima, in sede di reclamo[27], quanto alla collocazione privilegiata (come invocata dal reclamante) o chirografaria (secondo la prospettazione della curatela) del credito *de quo*, aveva concluso per l'inammissibilità del reclamo in ragione della ritenuta necessaria sottoponibilità del credito stesso alle regole processuali dell'ammissione allo stato passivo, secondo quanto previsto dall'art. 111-*bis* l.fall.. Si trattava, dunque, di pronunce aventi entrambe, sostanzialmente, natura meramente ricognitiva della carenza dei presupposti per il pagamento (fuori da ogni contraddittorio e) in prededuzione, dunque nelle forme semplificate previste dal comma 3 dell'art. 111-*bis* l.fall. (senza, cioè, ricorrere al complesso procedimento previsto per i piani di riparto *ex* art. 110 l.fall.), e la seconda (impugnata *ex* art. 111 Cost., senza, peraltro, attingerne la effettiva *ratio decidendi*, da individuarsi nella mera esistenza della contestazione sulla collocazione del credito in questione, e non invece, - come preteso dal professionista, dilungatosi sull'applicabilità del privilegio *ex* artt. 2755 e 2770 cod. civ., o in subordine, *ex* art. 2751-*bis*, n. 2, cod. civ. - nell'averlo il tribunale ritenuto chirografario) caratterizzata da una funzione meramente processuale, propedeutica allo sviluppo successivo delle modalità di accertamento della collocazione (prededucibile privilegiata o prededucibile chirografaria) del credito in questione. Quest'ultima, in altri termini, si configurava come un provvedimento ad effetti meramente processuali, deputato per legge a lasciare del tutto impregiudicati i diritti delle parti sul piano del diritto sostanziale ed insuscettibile di passaggio in giudicato, sicché doveva ritenersi non impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione.

[27] Senza che nulla il professionista avesse dedotto quanto ad una siffatta contestazione, espressamente ritenuta ammissibile, invece, dal menzionato tribunale in assenza di preclusioni temporali sancite dalla legge.

6. La liquidazione del compenso in favore del commissario giudiziale nella procedura di concordato preventivo: giudice competente e motivazione del corrispondente provvedimento.

Il tema della liquidazione del compenso spettante al commissario giudiziale nominato nell'ambito della procedura di concordato preventivo è stato oggetto di alcuni recenti interventi della giurisprudenza di legittimità, focalizzatisi (*a*) sulla individuazione del giudice competente a compiere tale liquidazione e (*b*) sull'effettiva motivazione del corrispondente provvedimento.

A) L'occasione per affrontare il primo di detti profili è stata offerta da un ricorso, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., promosso da un professionista, già nominato commissario giudiziale *ex* art. 161, comma 6, l.fall., contro il provvedimento con cui il tribunale da lui adito *ex* art. 39 l.fall. aveva ritenuto di non poter provvedere sulla sua richiesta di liquidazione del compenso perché la relativa procedura concordataria risultava oramai chiusa, con la conseguente decadenza dei suoi organi.

Posto l'innegabile carattere decisorio e definitivo del provvedimento impugnato, così da renderlo sicuramente impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione, la soluzione della questione giuridica posta da quest'ultimo impone di premettere, da un lato, che l'art. 165, comma 2, l.fall. stabilisce che "*si applicano al commissario giudiziale gli artt. 36, 37, 38 e 39*"; dall'altro, che l'appena menzionato art. 39 l.fall. prevede al comma 2, con riferimento al compenso del curatore, che "*la liquidazione del compenso è fatta dopo l'approvazione del rendiconto e, se del caso, dopo l'esecuzione del concordato*", successivamente precisando, al comma 3, che "*se nell'incarico si sono succeduti più curatori, il compenso è stabilito secondo criteri di proporzionalità ed è liquidato, in ogni caso, al termine della procedura, salvi eventuali acconti*".

Proprio le riportate disposizioni della norma appena citata, dettate espressamente per il fallimento ed applicabili anche al concordato, stanti il rinvio previsto dall'art. 165, comma 1, l.fall. e l'assenza di ragioni di incompatibilità, consentono di ricavare che la liquidazione del compenso avviene "*al termine della procedura*", presupponendo, quindi, l'avvenuta conclusione di tutte le attività di pertinenza del curatore o del commissario giudiziale. E ciò perché solo quando l'intera attività si è conclusa il tribunale è in grado di apprezzare, in termini quantitativi e qualitativi, la complessiva

natura dell'opera professionale da retribuire e liquidare in via definitiva il compenso dovuto. Al contrario, quando tutte le attività non si sono concluse è possibile procedere alla liquidazione soltanto di acconti.

Va osservato, poi, che "*la procedura di concordato preventivo*" - giusta l'art. 181 l.fall. - "*si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'art. 180*". Ciò, tuttavia, non significa che il commissario giudiziale esaurisca in tale momento il suo compito, essendo deputato a sorvegliare l'adempimento del concordato una volta esaurita la procedura, ai sensi dell'art. 185, comma 1, l.fall..

Nel suo sviluppo patologico, invece, la procedura concordataria si esaurisce a seguito di declaratoria di inammissibilità *ex* art. 162, comma 2, l.fall., di revoca dell'ammissione al concordato ai sensi dell'art. 173 l.fall. o di mancata omologa e da mente dell'art. 180 l.fall..

In tutte queste ipotesi tuttavia (ad eccezione del caso in cui la declaratoria di inammissibilità ex art. 162, comma 2, l.fall. avvenga in applicazione dell'art. 179 l.fall.), come sottolineato dalla Suprema Corte[28], il commissario giudiziale non è in grado di prevedere con certezza l'esito della statuizione del tribunale e, quindi, di presentare la propria richiesta di liquidazione del compenso prima del termine della procedura.

È palese, allora, che tanto in caso di evoluzione fisiologica, quanto in ipotesi di sviluppo patologico, non è data la possibilità al commissario giudiziale di richiedere la liquidazione del compenso prima della chiusura della procedura, nell'un caso perché il suo compito non è concluso, nell'altro perché non gli è consentito prevedere gli esiti delle statuizioni del tribunale[29].

D'altra parte, deve rimarcarsi che nel concordato preventivo, diversamente che nel fallimento, manca una norma come l'art. 117 l.fall. che preveda la liquidazione del compenso del commissario prima della chiusura della procedura.

Al fine, dunque, di attribuire concreto significato al rinvio ad una norma che sancisce la liquidazione "*al termine della procedura*" nell'ambito di un procedimento con simili caratteristiche, si è opinato[30] che il rinvio fatto dall'art. 165, comma 2, l.fall. all'art. 39 l.fall. può assumere un senso solo laddove si ritenga che lo stesso implichi un'ultrattività del tribunale in merito alla liquidazione del compenso del commissario giudiziale.

Ultrattività che sussiste non solo ove il concordato omologato importi una successiva esecuzione ma, in linea generale, per tutte le ipotesi in cui non si sia provveduto prima dell'esaurirsi della procedura, per qualsiasi causa (mancata omologa, inammissibilità, revoca dell'ammissione), alla liquidazione del compenso.

Ragionando diversamente (ove si intendesse valorizzare il venir meno degli organi della procedura a seguito della sua chiusura), si relegherebbe il potere di liquidazione del tribunale, per effetto della necessità che la liquidazione avvenga al termine dell'attività, ad un novero di situazioni di consistenza del tutto marginale, con esclusione tanto dei casi di sviluppo fisiologico del concordato, quanto delle ipotesi di sviluppo patologico più frequenti, lasciando ad un giudice estraneo alla procedura (il giudice delegato alla formazione del passivo o quello ordinario, a seconda che sia stato dichiarato o meno il fallimento), e quindi non a diretta conoscenza del suo sviluppo e delle sue implicazioni, il compito di provvedere alla liquidazione.

B) Quanto, invece, all'effettivo contenuto della motivazione del decreto di liquidazione del compenso del commissario giudiziale, è opportuno ricordare che, in linea generale, secondo la giurisprudenza di legittimità, la motivazione del decreto, ove necessaria, come nel caso in cui tale provvedimento sia emesso per definire un procedimento in camera di consiglio, non deve essere ampia come quella della sentenza, né succinta, come quella dell'ordinanza, ma può ben essere sommaria, nel senso che il giudice, senza ritrascriverli nel decreto, può limitarsi ad indicare quali elementi, tra quelli in-

[28] *Cfr*. Cass. 7 giugno 2021, n. 15789.

[29] Trattasi di argomentazioni di carattere evidentemente pratico, ma che non sembra potersi, solo per questo, accantonare sul presupposto che *adducere inconveniens non est solvere argomentum*: tanto, invero, significherebbe, di fatto, privare il commissario di un provvedimento che ne liquidi il compenso. Non si vuole certo negare che, in una siffatta ipotesi, il commissario possa avvalersi della tutela monitoria oppure ordinaria per pretendere il pagamento del compenso cui avrebbe diritto: ciò, però, lo costringerebbe ad una dispendiosa iniziativa giudiziaria che, altrimenti, sarebbe stata evitata e non si comprende perché dovrebbe essergli imposta.

[30] Pur nella consapevolezza dell'esistenza di arresti di legittimità in termini dissonanti: il riferimento è a Cass. 3 agosto 2016, n. 16269, a tenore della quale «*Nel caso di revoca dell'ammissione al concordato preventivo e di successiva dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, la domanda di liquidazione del compenso del commissario giudiziale proposta nel corso del procedimento di concordato diviene improcedibile e deve essere riproposta, esaminata e decisa in sede di accertamento del passivo fallimentare*».

dicati nell'istanza che lo ha sollecitato, lo abbiano convinto ad assumere il provvedimento richiesto, essendo comunque tenuto, in ottemperanza all'obbligo di motivazione impostogli dall'art. 111, comma 6, Cost., a dar prova, anche per implicito, di aver considerato tutta la materia controversa[31]

Pertanto, sebbene il giudice, nel motivare il decreto di liquidazione del compenso al commissario giudiziale, possa limitarsi ad indicare quali elementi, tra quelli indicati nell'istanza che lo ha sollecitato, lo abbiano convinto ad assumere il provvedimento richiesto, senza doverli trascrivere tutti nel decreto, ciò non esclude che lo stesso sia comunque tenuto, in ottemperanza all'obbligo di motivazione impostogli dall'art. 111, comma 6, Cost., a dare prova, anche per implicito, di aver considerato tutta la materia controversa[32].

Non è perciò sufficiente una motivazione stereotipata, contenente frasi di mero stile ed applicabili - per la loro genericità - ad una serie indeterminata di casi, senza alcun riferimento a quello concreto, essendo al contrario necessaria una motivazione analitica che rappresenti l'*iter* logico-intellettivo seguito dal tribunale per arrivare alla liquidazione tramite l'espressa e dettagliata enunciazione dei criteri di quantificazione del compenso, in relazione alle attività rispettivamente svolte ed ai risultati conseguiti.

In definitiva, quindi, il decreto di liquidazione del compenso spettante al commissario giudiziale deve certamente essere motivato in ordine alle specifiche scelte discrezionali, che sono riservate al giudice dall'art. 39 l.fall. - cui rinvia l'art. 165 l.fall. - e dalle norme regolamentari ivi richiamate, con conseguente nullità del provvedimento che, su tali punti, risulti del tutto privo di motivazione ovvero corredato di parte motiva soltanto apparente. Ipotesi, quest'ultima, ravvisabile, oltre che nell'ipotesi di "*carenza grafica*" della motivazione di un provvedimento, quando la stessa, «*benché graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obbiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento*»[33], attesa l'omessa indicazione degli elementi da cui il giudice ha tratto il proprio convincimento oppure l'indicazione degli stessi senza una loro approfondita disamina logica e giuridica, rendendo, in tal modo, impossibile ogni controllo sull'esattezza e sulla logicità del compiuto ragionamento[34].

7. La liquidazione del compenso del commissario giudiziale nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria *ex* d.lgs. n. 270 del 1999.

L'amministrazione straordinaria disciplinata dal d.lgs. n. 270 del 1999 si articola in due fasi, una giurisdizionale ed una amministrativa: mentre la seconda rappresenta lo sviluppo della prima, quest'ultima è giuridicamente necessaria e ha una funzione meramente preliminare o interinale o altrimenti detta di "osservazione".

Più specificamente, è giuridicamente necessaria, nel senso che si tratta di una fase inderogabilmente prescritta dalla legge ed automaticamente conseguente all'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza di un'impresa commerciale idonea ad essere assoggettata alla procedura *de qua* in quanto dotata dei requisiti dimensionali (quantitativi) di ammissibilità; inoltre, la sua funzione è meramente preliminare o interinale, nel senso che essa ha l'obiettivo limitato di imporre il rispetto di un periodo di osservazione e di gestione temporanea sotto controllo giudiziario, al termine del quale spetta all'Autorità Giudiziaria valutare se si debba passare alla seconda fase, cioè alla amministrazione straordinaria vera e propria, ovvero dichiarare il fallimento.

È infatti al termine della prima fase giurisdizionale di osservazione, durante la quale il tribunale può adottare gli opportuni provvedimenti conservativi nell'interesse della procedura[35] - quali i provvedimenti di natura cautelare tipici diretti ad evitare dissipazioni o distrazioni di patrimonio da parte dell'imprenditore (come sequestri conservativi o giudiziari, apposizioni di sigilli, provvedimenti *ex* art. 700 cod. proc. civ.) - che viene accertata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali così come prescrive l'art. 27 del D.Lgs 270/99; in mancanza l'impresa insolvente è dichiarata fallita.

Il momento centrale è pertanto l'accertamento della sussistenza di concrete prospettive di recupero del-

[31] *Cfr.* 24 settembre 2913, n. 21800 n. 21800, resa in controversia concernente la liquidazione del compenso al curatore fallimentare.

[32] *Cfr.*, in tal senso, Cass. 7 luglio 2017, n. 16856.

[33] *Cfr.* Cass., SU, 3 novembre 2016, n. 22232.

[34] *Cfr.* Cass. 28 ottobre 2020, n. 23684; Cass. 24 settembre 2020, n. 20042; Cass. 7 aprile 2017, n. 9105; Cass. 6 giugno 2012, n. 9113.

[35] *Cfr.* art. 21 del d.lgs. n. 270 del 1999.

l'equilibrio economico dell'impresa. Di tale accertamento è investito il commissario giudiziale, mentre la vigilanza sulla gestione è attribuita al tribunale ed al giudice delegato.

Tanto premesso, una problematica di sicuro interesse è quella della individuazione del soggetto cui spetta di provvedere alla liquidazione del compenso dovuto al professionista che abbia ricoperto il ruolo di commissario giudiziale in una procedura come quella predetta.

Il tema è stato recentemente affrontato da un'ordinanza della Suprema Corte[36], chiamata a pronunciarsi su un ricorso promosso da un professionista avverso un decreto del giudice di merito che aveva ritenuto che il disposto dell'art. 47 del d.lgs. n. 270 del 1999[37] attribuisse espressamente al Ministro dello sviluppo economico il compito di determinare l'entità di tale compenso con decreto non regolamentare, dovendosi così escludere l'affidamento all'autorità giudiziaria ordinaria della liquidazione richiesta.

Procedendo all'esame della doglianza prospettata dal menzionato professionista[38], l'adita Corte ha chiarito, *in primis*, che la questione risolta dal giudice di merito non riguardava il difetto assoluto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione regolato dall'art. 37 cod. proc. civ.[39], bensì l'individuazione dell'autorità competente a provvedere alla liquidazione del compenso richiesto dal commissario giudiziale: la lire, pertanto, non prospettava alcuna controversia fra il singolo e l'amministrazione attiva dello Stato così da non essere riconducibile alla situazione in cui si trova il giudice ordinario in conseguenza delle limitazioni previste dall'art. 37 cod. proc. civ..

È stato poi ricordato che l'art. 15 d.lgs. n. 270/1999 stabilisce espressamente che trovi applicazione rispetto al commissario giudiziale nominato nel corso della procedura di amministrazione straordinaria il disposto dell'art. 39 l.fall., salvo quanto stabilito dal successivo art. 47 (del medesimo d.lgs. n. 270 del 1999). Norma quest'ultima, a tenore della quale, tra l'altro, "*l'ammontare del compenso spettante al commissario giudiziale, al commissario straordinario ed ai membri del comitato di sorveglianza ed i relativi criteri di liquidazione sono determinati con decreto non regolamentare del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi tenuto conto, per quanto applicabili e con gli adattamenti resi necessari dalla specificità della procedura, delle disposizioni di cui al decreto ministeriale 25 gennaio 2012,*

[36] Cass. 26 aprile 2021, n. 10972.

[37] Questo il testo della norma come vigente dal 26 giugno 2012: *Art. 47. (Compenso dei commissari e dei membri del comitato di sorveglianza)*. 1. L'ammontare del compenso spettante al commissario giudiziale, al commissario straordinario ed ai membri del comitato di sorveglianza ed i relativi criteri di liquidazione sono determinati con decreto non regolamentare del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi tenuto conto, per quanto applicabili e con gli adattamenti resi necessari dalla specificità della procedura, delle disposizioni di cui al decreto ministeriale 25 gennaio 2012, n. 30, recante "*Regolamento concernente l'adeguamento dei compensi spettanti ai curatori fallimentari e la determinazione dei compensi nelle procedure di concordato preventivo*" nonché dei seguenti ulteriori criteri: a) determinazione del compenso del commissario giudiziale in misura fissa, tra un importo minimo e un importo massimo definiti in relazione a parametri dimensionali dell'impresa, tenuto anche conto dell'eventuale affidamento della gestione dell'esercizio; b) articolazione del compenso del commissario straordinario in: un compenso remunerativo dell'attività gestionale, parametrato al fatturato dell'impresa; un compenso remunerativo dell'attività concorsuale, da liquidarsi in rapporto all'attivo realizzato al netto dei costi sostenuti per l'attività concorsuale e al passivo della procedura, secondo aliquote individuate in misura non superiore all'80% di quelle vigenti per la determinazione dei compensi dei curatori fallimentari e modulate sulla base di criteri predeterminati di apprezzamento della economicità, efficacia ed efficienza della procedura; c) determinazione del compenso dei membri esperti del Comitato di sorveglianza secondo importi minimi e massimi definiti in relazione al numero degli occupati, al fatturato e al numero delle imprese del gruppo assoggettate alla procedura.

[38] Violazione e falsa applicazione degli artt. 15 e 47 del d.lgs. n. 270/1999 e 39 della l.fall., assumendosi che l'art. 47 predetto derogasse l'art. 39 l.all. solo per la parte in cui, per la quantificazione del compenso, la norma fallimentare rinviava ad un decreto del Ministero della Giustizia, prevedendo nel caso di specie il riferimento a un decreto non regolamentare del Ministero dello Sviluppo Economico. Secondo il ricorrente, dunque, gli artt. 47 del d.lgs. n. 270/1999 e 39 l.fall. disciplinavano distinte fasi della liquidazione del compenso del commissario giudiziale, in quanto la prima attribuisce al Ministero il compito di emanare un decreto di carattere generale che determini i parametri per la liquidazione dei compensi, mentre la seconda riserva al tribunale il compito di individuare il concreto ammontare spettante al singolo commissario giudiziale in applicazione dei criteri così fissati.

[39] Tale difetto si concretizza, invero, quando né il giudice civile, né alcun altro giudice dello Stato siano forniti di giurisdizione a conoscere di una controversia fra il singolo e l'amministrazione attiva dello Stato, per il fatto che essa ha ad oggetto una situazione soggettiva che non riceve dalla legge alcuna tutela giurisdizionale (*cfr*. Cass., SU, 23 febbraio 2010, 4309; Cass., SU, 30 marzo 2005, 6635).

n. 30, recante "Regolamento concernente l'adeguamento dei compensi spettanti ai curatori fallimentari e la determinazione dei compensi nelle procedure di concordato preventivo" nonché dei seguenti ulteriori criteri: a) determinazione del compenso del commissario giudiziale in misura fissa, tra un importo minimo e un importo massimo definiti in relazione a parametri dimensionali dell'impresa, tenuto anche conto dell'eventuale affidamento della gestione dell'esercizio […]".

Nella concreta vicenda affrontata dalla Suprema Corte, era accaduto che il giudice di merito aveva opinato che la disposizione attribuisse al Ministro dello sviluppo economico il compito di determinare, caso per caso, l'entità del compenso spettante a ciascun commissario giudiziale per l'attività svolta.

Tesi, però, risultata priva di qualsivoglia conforto nel riportato dato normativo, che fa riferimento all'adozione di un decreto non regolamentare che tenga conto delle disposizioni del d.m. n. 30 del 2012 (decreto ministeriale che contiene l'individuazione dei criteri per la determinazione dei compensi spettanti ai curatori fallimentari e nelle procedure di concordato preventivo) in quanto compatibili nonché di ulteriori criteri costituiti, per la determinazione del compenso del commissario giudiziale, dall'individuazione di importi variabili fra un limite minimo ed un limite massimo da definirsi in relazione a parametri dimensionali dell'impresa e tenendo conto dell'eventuale affidamento della gestione dell'esercizio.

Si tratta, all'evidenza, di linee guida da tenere a parametro per la determinazione dei criteri generali di calcolo del compenso spettante al commissario giudiziale. Non avrebbe altrimenti alcun senso prevedere che il decreto da emanare a cura del Ministero dello sviluppo economico individui un importo minimo ed uno massimo piuttosto che stabilire il compenso da attribuire in concreto al commissario giudiziale.

Alteris verbis, accedendosi al descritto assunto del giudice di merito, il Ministero resterebbe privo di criteri di immediata applicazione per la liquidazione del compenso spettante al singolo ausiliario, con conseguente difficoltà/impossibilità di individuare le modalità per provvedere alla liquidazione.

Né, in questa prospettiva, avrebbe alcuna giustificazione il disposto del successivo art. 104 del d.lgs. predetto, a mente del quale "*i regolamenti previsti dagli articoli 39 e 47 sono emanati entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto*".

La norma in discorso costituisce quindi un atto legislativo posto a fondamento di una fonte normativa secondaria e si riferisce (laddove parla di un "*decreto non regolamentare*") all'emanazione di un decreto ministeriale di portata generale ma inidoneo a incidere nel corpo della disciplina fissata da fonti primarie, cioè di livello legislativo.

Del resto, ha precisato la Suprema Corte nella pronuncia in esame, anche la normativa successivamente emanata (d.m. 3 novembre 2016, attuativo dell'art. 47 del decreto legislativo n. 270/1999 nel testo vigente dopo la novella del 2012) conferma (agli artt. 3, comma 1, e 16) l'attribuzione della competenza alla liquidazione dei compensi ai tribunali e la soggezione di ogni singola liquidazione ai parametri generali dettati dal decreto ministeriale.

Il combinato disposto degli artt. 15 e 47 del d.lgs. n. 270 del 1999 e 39 l.fall. comporta, quindi, che la disciplina per la determinazione del compenso spettante al commissario giudiziale nelle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza sia individuata dalla legge fallimentare quanto alle modalità di liquidazione del compenso, che rimane così affidata al Tribunale di cui all'art. 3 del menzionato d.lgs. e dal decreto ministeriale emesso dal Ministero dello sviluppo economico in data 3 novembre 2016 rispetto ai criteri generali da applicare per la quantificazione[40].

Eduardo Campese

[40] *Cfr.*, Cass., SU, 13 dicembre 2019, n. 32974.

Il sovraindebitamento nel Codice della crisi d'impresa: Presupposto soggettivo e meritevolezza del consumatore

SOMMARIO: 1. Il sovraindebitamento nel CCI. • 2. La ricognizione normativa. • 3. Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento. • 4. Il consumatore. • 5. L'accesso del consumatore alla ristrutturazione dei debiti e il merito creditizio. • 6. Condizioni soggettive ostative e meritevolezza del debitore. • 7. La diligenza del consumatore. • 8. Il socio illimitatamente responsabile ed il coordinamento tra le procedure. • 9. Le procedure familiari. • 10. Società tra professionisti, condominio, *start-up* innovativa ed enti pubblici.

1. Il sovraindebitamento nel CCI

L'approvazione della legge delega n. 155/2017 ha costituito il punto di partenza per l'approvazione da parte del Governo del decreto legislativo elaborato dalla Commissione Rordorf[1], per una riforma complessiva delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, e, tra queste, anche della composizione della crisi da sovraindebitamento.

L'art. 9 della legge delega dedica al sovraindebitamento l'intero articolato, composto da un comma e undici lettere. Il perché del cospicuo numero di principi e criteri direttivi è spiegato nella Relazione di accompagnamento del CCI ove si legge che la riforma del sovraindebitamento si è resa necessaria, da un lato, per armonizzarla con le modifiche delle procedure di regolamentazione dell'insolvenza e della crisi di impresa, nell'ottica di una rivisitazione sistematica della complessiva disciplina che regola il fenomeno dell'insolvenza[2] e, dall'altro, per l'urgenza d'intervenire sulla legge n. 3/2012 dalla quale era derivata la «*quasi totale disapplicazione dell'istituto, che in Italia - a differenza che in altri paesi europei ed extraeuropei - non sembra ancora avere incontrato il favore degli operatori e dei soggetti destinatari, così fallendo il suo obiettivo di concorrere, attraverso la esdebitazione, alla ripresa dell'economia*»[3].

Già la Relazione accompagnatoria dell'originario d.d.l. n. 3671 - Camera dei deputati[4], peraltro, dava atto del fallimento applicativo del sovraindebitamento, cogliendone la causa nel carattere frammentario e disorganico «*della complessiva disciplina….che regola il fenomeno dell'insolvenza*», puntando di conseguenza a ricondurre la regolazione dell'istituto «*a criteri generali il più possibile comuni alle altre procedure liquidatorie e conservative*». Su questa traccia la Premessa generale al d.d.l. n. 3671 mirava, da un lato, alla semplificazione al fine di rendere accessibili le procedure anche a «*coloro che hanno un patrimonio modesto o addirittura irrisorio*» e, dall'altro, a conferire «*maggiore peso al fenomeno esdebitatorio, che rappresenta il vero obiettivo perseguito dal soggetto destinatario della normativa*».

Con il d.lgs. n. 14/2019, contenente il nuovo CCI, è stata dunque ridisegnata[5] la disciplina della cd. «*crisi da sovraindebitamento*», sin qui contenuta nella già ricordata l. n. 3/2012 (e successive modifiche)[6].

---

[1] La legge delega è stata attuata con il d.lgs. 14 gennaio 2019, n. 14, cd. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti, CCI). Il Consiglio dei Ministri, in data 18 ottobre 2020, ha approvato - a norma dell'art. 1, comma 1, della l. 8 marzo 2019, n. 20 - uno schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al CCI (d'ora in avanti, correttivo). Il correttivo è attualmente destinato ad entrare in vigore unitamente al CCI il 1° settembre 2021 (v. d.l. n. 23/2020). Nel prosieguo della trattazione si farà riferimento alle norme del CCI così come modificate dal correttivo definitivamente varato con d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147.

[2] «*Anche la regolazione del sovraindebitamento dovrebbe perciò rispondere a criteri generali il più possibile comuni alle altre procedure liquidatorie e conservative; ed è quindi necessario che essa faccia riferimento, come tutte le altre, ad un nucleo essenziale e comune di regole generali, da cui differenziarsi solo per gli aspetti che richiedono un indispensabile adattamento alle peculiarità della fattispecie*».

[3] Nella Relazione si legge ancora della necessità di eliminare i costi superflui della procedura per renderla il più economica possibile e dell'esigenza di incrementare l'informazione circa la possibilità di avvalersi dell'istituto.

[4] In seguito allo stralcio dell'art. 15 del disegno di legge n. 3671 (riguardante l'amministrazione straordinaria), deliberato dall'Assemblea il 18.5.2016, il disegno di legge, presentato al Parlamento l'11.3.2016 dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico, ha assunto il n. 3671-bis e come titolo "*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*" in luogo di "*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*". L'1.2.2017 l'Assemblea della Camera ha approvato il disegno di legge n. 3671bis-A, con delega al Governo per la riforma - entro 12 mesi - della disciplina delle crisi d'impresa e dell'insolvenza (a quest'ultimo articolato si farà riferimento nel prosieguo del lavoro). Il testo, passato all'esame del Senato con il numero S. 2681, è stato approvato l'11.10.2017.

[5] Nell'art. 9, comma 1, l. delega n. 155/2017, si precisa che la riforma deve provvedere «*al riordino e alla semplificazione della disciplina*» in materia di sovraindebitamento.

[6] Va almeno ricordato che già il Regolamento CE 1346/2000, nel dettare una disciplina uniforme in materia di giurisdizione e

Tale ultimo impianto normativo, a causa dei plurimi rinvii dell'entrata in vigore del CCI, è stato sottoposto ad opera del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. con modif. dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176 (in S.O. n. 43, relativo alla G.U., 24 dicembre 2020, n. 319), cd. decreto Ristori, ad un corposo *restyling*, con una scelta che è stata quella, se si esclude l'esdebitazione del debitore incapiente, di non inserire l'intera disciplina codicistica degli istituti, ma di aggiornare o integrare la legislazione attuale e, quindi, la l. n. 3/2012.

Quest'ultima legge, seppur non formalmente abrogata, essendo estraneo all'art. 374 CCI, inserito nel Titolo X (intitolato «*Abrogazioni*»), Capo VII, rubricato «*Abrogazioni*», ogni riferimento ad essa, è comunque destinata a venire meno per incompatibilità in quanto la materia sarà organicamente disciplinata da una normativa successiva inserita in un più ampio contesto[7].

2. La ricognizione normativa

Le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento sono disciplinate nel Capo II del Titolo IV (denominato «*Strumenti di regolazione della crisi*») del CCI.

La Sezione I è dedicata (artt. 65-66) alle disposizioni di carattere generale - tra cui l'istituto di nuova concezione delle cd. procedure familiari (art. 66) - applicabili a tutte le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Per il consumatore è previsto il piano di ristrutturazione dei debiti (artt. 67-73 della Sezione II), che sostituisce il piano del consumatore già regolamentato dalla l. n. 3/2012.

Per i debitori diversi dal consumatore è previsto il concordato minore (artt. 74-83 della Sezione III), in luogo dell'accordo di composizione della crisi previsto dalla l. n. 3/2012.

Nel Capo IX del Titolo V (denominato «*Liquidazione giudiziale*») è, invece, disciplinata la liquidazione controllata del sovraindebitato (artt. 268-277), già liquidazione patrimonio nella l. n. 3/2012, accessibile a tutti i debitori.

Al di là delle nuove denominazioni, le prime due procedure continuano ad essere volte alla composizione dei debiti, mentre la terza mantiene l'impianto liquidatorio senza aspirazione al risanamento.

Nel Capo X (denominato «*Esdebitazione*») del Titolo V sono contenute tutte le norme sull'esdebitazione, ivi incluse (nella Sezione II) quelle relative alle procedure da sovraindebitamento (artt. 282-283).

La disciplina processuale è, invece, tracciata *per relationem*, cioè mediante la tecnica del rinvio, per quanto non specificamente derogato in relazione ai singoli istituti e nei limiti della compatibilità con le forme semplificate di questi strumenti, al *corpus* regolamentare delle «*Procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza*», contenuto negli artt. da 26 a 55 del Titolo III.

Nel Capo IV (denominato «*Reati commessi nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento e reati commessi nella procedura di composizione della crisi*») del Titolo IX (denominato «*Disposizioni penali*») è contenuto, invece, l'applicativo penale (artt. 344-345).

Questa sommaria ricognizione consente senz'altro di affermare che la riforma certamente contribuirà ad apportare maggiore chiarezza e migliore definizione della fisionomia dei tre moduli di procedura di risoluzione della crisi dei debitori non fallibili già previsti dalla l. n. 3/2012, anche se taluni hanno da subito notato come al lodevole intento del novello legislatore non sempre abbiano fatto seguito previsioni puntuali e chiare, tanto da ritenere sarcasticamente che, quantomeno con riferimento alla liquidazione controllata, la riforma non abbia nulla di organico[8].

di normativa applicabile in caso di insolvenza transfrontaliera, non aveva introdotto alcuna distinzione tra imprenditori e consumatori, ma aveva previsto l'applicabilità della disciplina concorsuale comunitaria a qualunque debitore «*persona fisica o giuridica, commerciante o non*». Sulla scorta anche di tale suggestione il legislatore nazionale, con la l. 27 gennaio 2012, n. 3, e successive modifiche, ha introdotto una disciplina del sovraindebitamento del debitore non fallibile e del consumatore, prevedendo tuttavia che l'accesso alle tre procedure ivi previste avvenisse generalmente solo ad istanza del debitore. Il nuovo CCI, invece, ammettendo la legittimazione concorrente dei creditori e dello stesso P.M. (nel caso di debitore commerciale non fallibile) a richiedere la liquidazione controllata del sovraindebitato che versa in stato di insolvenza, amplia di molto la sfera di operatività di questa disciplina.

[7] Conf. P. Pirone, *Riflessioni intorno all'impatto del covid-19 sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento dei soggetti non fallibili*, in *Dir. fall.*, 2020, II, 1152.

[8] M. Campobasso, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata" del sovraindebitato*, in (ricordo di M. Sandulli), *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Torino, 2019, 155. D. Caterino, *La gestione/amministrazione del patrimonio del debitore non fallibile*, *ivi*, 192, nota, in-

Dal delineato contesto, consegue un'altra osservazione. L'inserimento delle regole del sovraindebitamento nel CCI - come si legge nella stessa Relazione[9] - dovrebbe far privilegiare le soluzioni che favoriscano l'integrazione della disciplina del sovraindebitamento nell'ambito dei principi del CCI[10], piuttosto che la sua autonomia da essi[11], mediante l'utilizzo di identici principi generali, delle norme di rinvio (basti pensare agli artt. 65, comma 2, 74, comma 4, e 270, comma 5, CCI) ed un uso più massiccio dell'interpretazione estensiva e analogica[12].

Ne deriva che anche le procedure da sovraindebitamento sono governate dalla disciplina di parte generale del CCI.

Il *remaind* è, innanzitutto, all'art. 2, comma 1, CCI ove si trovano le definizioni dei presupposti oggettivo (lettera c) e soggettivo (lettere d ed e) di accesso. Nel Capo II, invece, sono esposti i «*Principi generali*» declinati, da un lato, *sub specie* di doveri di tutti i soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza (artt. 3-6 della Sezione I)[13], dall'altro come principio di economicità delle procedure (art. 6 della Sezione II, che in concreto si riduce alla perimetrazione della prededuzione professionale per l'accesso alle procedure) e, dall'altro ancora, come principi di carattere processuale (artt. 7-11 della Sezione III), *ratione loci* a valenza generale, ma in concreto per lo più inerenti alle sole procedure maggiori[14].

3. Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento

Se la l. n. 3/2012, nonostante le modifiche da ultimo apportate con il cd. decreto Ristori (d.l. n. 137/2020), riferisce (in negativo) il presupposto soggettivo genericamente a tutte le «*situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili*» ad altre procedure concorsuali diverse da quelle regolate nel Capo II della medesima legge, l'art. 65, comma 1, CCI individua (in positivo) i soggetti che possono proporre le soluzioni della crisi da sovraindebitamento nei «*debitori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c)*». Le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento assumono, dunque, una portata generale e sono, perciò, ora più chiaramente rivolte al consumatore, al professionista[15], all'imprenditore minore, all'imprenditore agricolo[16], alle *start-up* innovative[17] e ad ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

A ben vedere, però, la regola generalizzante posta dall'art. 65, comma 1, riguardando solo in via di sommatoria le procedure di sovraindebitamento complessivamente considerate, non si risolve in un'assoluta corrispondenza quanto ai soggetti che possono accedere a ciascuna di esse. Infatti, dal punto di vista del presupposto soggettivo, solo la liquidazione controllata è usufruibile da tutti i debitori indicati nell'art. 2,

vece, come il gioco dei richiami e dei rinvii non giovi alla ricostruzione della disciplina applicabile al piano del consumatore.

[9] V. nota 2.

[10] G. D'Amico, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, 319.

[11] Si pensi al principio generale (*i.e.*, dovere di condotta) sancito nell'art. 4, comma 2, lettera a), CCI e all'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e nella fase che le precede (art. 4, comma 1). Si tratta di norme direttamente applicabili alla fattispecie, la cui violazione determina conseguenze apprezzabili sul piano giuridico (M. Fabiani, *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it*., 2019, I, 166).

[12] Strada questa già tentata, per il vero, da Cass. 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fallimento*, 2018, 984, in base alla ricostruzione della sfera della concorsualità come serie di cerchi concentrici.

[13] R. Rordorf, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, 132.

[14] Cfr., non potendo il tema essere approfondito in questa a sede, G. D'Attorre, *op. cit.*, 1084. Si veda anche S. De Matteis, *Il ruolo del giudice nelle procedure concorsuali tra crisi della fattispecie e principi generali*, in *Liber amicorum P. Pollice*, Torino, 2020, 159.

[15] Come si desume dall'art. 3, comma 1, lettera c), Codice del consumo, per professionista deve intendersi la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività professionale. Rientrano in detta categoria, innanzitutto, coloro che possono esercitare la propria attività professionale dopo aver superato l'esame di Stato di cui all'art. 33, comma 5, Cost. e previa iscrizione nell'albo tenuto da un ente pubblico e disciplinato da leggi speciali (cfr. art. 2229 c.c.). La nozione di professionista include altresì qualsiasi lavoratore autonomo, ossia colui che, ai sensi dell'art. 2222 c.c., si obbliga a compiere un'opera o un servizio verso un corrispettivo, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione: ed è la prevalenza del carattere personale della prestazione ad escludere che il professionista possa qualificarsi imprenditore. Da notare anche che le figure del consumatore e del professionista, che integrano la categoria del cd. debitore civile, sono indicate per prime anche nell'art. 1, comma 1, CCI.

[16] L'art. 121 CCI continua a sottrarre l'imprenditore agricolo alla liquidazione giudiziale.

[17] V. A. Picchione, *Start up innovative e procedure di sovraindebitamento*, in *Riv. not*., 2017, 975.

comma 1, lettera c), mentre alla procedura di ristrutturazione dei debiti può accedere solo il consumatore sovraindebitato, escluso viceversa dal concordato minore, riservato a tutti (e solo a)gli altri debitori indicati nella citata lettera c). Il presupposto soggettivo si articola, quindi, in modo differente per ciascuna delle tre procedure.

Il riferimento alle categorie espressamente nominate deve, però, considerarsi essenzialmente descrittivo e/o esemplificativo, assumendo prevalente rilievo la categoria individuata mediante il ricorso a criteri negativi o, meglio, per esclusione, evidentemente idonea ad attrarre all'ambito soggettivo di applicazione delle procedure da sovraindebitamento anche le categorie espressamente nominate. La norma, quindi, è solo apparentemente di chiusura, individuando *a contrario* tutti quei debitori, imprenditori e non, che non sono assoggettabili ad altre procedure liquidatorie. Il che sembra denotare la tendenziale priorità, se non prevalenza, delle cd. procedure maggiori rispetto alle procedure da sovraindebitamento[18].

Nel risultare confermato (rispetto all'impianto della l. n. 3/2012) il carattere "residuale" delle procedure di sovraindebitamento, le quali restano perciò applicabili solo a chi, per struttura e/o natura, non è suscettibile di essere assoggettato alle altre procedure liquidatorie (*i.e.*, concorsuali), viene in rilievo, da un lato, la scelta di esenzione delle imprese minori dalle procedure della liquidazione giudiziale e del concordato preventivo e, dall'altro, l'assimilazione (in attuazione dell'art. 2, comma 1, lettera e), l. delega n. 155/2017) del trattamento dell'imprenditore che dimostri di rivestire un profilo dimensionale inferiore a parametri predeterminati (cfr. art. 2, comma 1, lettera d) a quello riservato ai debitori civili, ai professionisti e consumatori.

Sulla scorta di un modello derivante dall'Unione Europea di "*concorsualità differenziata*", il legislatore ha, dunque, affiancato ad un regime comune procedure in qualche modo speciali che tengono conto delle particolarità dei debitori che vi accedono, in una prospettiva di residualità, per sottrazione, dei soggetti non astrattamente assoggettabili a procedure di liquidazione giudiziale o amministrativa. Si tratta di una concorsualità (per così dire) debole i cui vantaggi per il debitore consistono, nella sostanza, nella esdebitazione e nel ricorso a procedimenti non eccessivamente afflittivi[19].

Il superamento dei parametri indicati nell'art. 2, comma 1, lettera d), è causa di "inammissibilità"[20] della procedura (di concordato minore e di liquidazione controllata) rilevabile, in *limine litis*, già in sede di apertura del procedimento[21]. Il rispetto delle soglie dimensionali menzionate integra, dunque, un fatto costitutivo ai fini dell'assoggettabilità dell'impresa alle procedure da sovraindebitamento[22], il cui onere dimostrativo grava, ovviamente, in capo all'istante[23] in ossequio, quando la domanda è proposta dal debitore, al principio di prossimità della prova[24]. Correlativamente, il mancato assolvimento di tale onere probatorio comporta la qualificazione del debitore come imprenditore non minore, come tale non assoggettabile alle procedure in esame[25]. Ad ogni modo, mentre i requisiti di cui ai nn. 1 e 2 della lettera d) costituiscono dati storici (riferendosi agli esercizi antecedenti al deposito dell'istanza), quello di cui al n. 3 deve essere accertato al momento della decisione e, dunque, al momento in cui il giudice dichiara aperta la proce-

[18] L.V. De Santis, *L'ambito soggettivo delle "nuove" procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in E. Pellecchia e L. Modica (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2020, 69.

[19] G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 86.

[20] Di inammissibilità discorre espressamente l'art. 77, comma 1, CCI a proposito del concordato minore.

[21] Deve considerarsi pur sempre "fallibile" e, dunque, non sottoponibile alle procedure da sovraindebitamento l'imprenditore sopra soglia che abbia debiti scaduti e non pagati non superiori ad euro trentamila (cfr. art. 49, comma 5, CCI).

[22] Si tratta qui di un presupposto sostanziale, che unitamente a quello oggettivo, integra l'oggetto del procedimento di apertura della procedura. Si discorre (in senso improprio) di presupposti *sostanziali* per distinguerli dai presupposti *processuali* che comunque devono sussistere per poter aprire la procedura concorsuale. Ma poiché la fattispecie consta di due elementi di carattere sostanziale (la qualità di imprenditore commerciale sotto soglia e lo stato di crisi/insolvenza) meglio sarebbe parlare di fatti costitutivi dell'apertura del procedimento di sovraindebitamento: v. S. De Matteis, *Istruttoria prefallimentare: il procedimento*, in A. Caiafa (a cura di), *Le procedure concorsuali*, I, Padova, 2011, 120 ss.

[23] Ciò si desume chiaramente dall'*incipit* («*l'impresa che presenta congiuntamente*») dell'art. 2, comma 1, lettera d), ma anche chiaramente dagli artt. 77, comma 1, e 121 CCI.

[24] Cfr. Cass. 19 luglio 2016, n. 14724.

[25] Il possesso congiunto dei parametri quantitativi indicati nell'art. 2, comma 1, lettera d), deve essere cartolare. I bilanci degli ultimi tre esercizi costituiscono, infatti, la base documentale imprescindibile (Cass. 1 dicembre 2016, n. 24548), anche se in mancanza dei detti bilanci il debitore può dimostrare la sua non fallibilità con strumenti probatori alternativi (Cass. 27 settembre 2019, n. 24138).

dura di concordato minore *ex* art. 78 CCI ovvero dichiara l'apertura della liquidazione controllata *ex* art. 270 CCI[26].

Deve escludersi che l'imprenditore collettivo o individuale sopra soglia possa accedere alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento una volta scaduto il termine annuale di cui all'art. 33 CCI. Quello collettivo, infatti, una volta cancellato dal registro delle imprese si estingue, con la conseguenza che non è legittimato a chiedere la propria liquidazione controllata decorso l'anno[27]; l'accesso al concordato minore è stato, invece, espressamente precluso con la modifica del comma 4 ad opera del correttivo. Da precisare, però, che questa soluzione non impedisce (all'ormai) *ex* socio di poter accedere alle procedure in esame.

Uguale discorso va fatto per l'imprenditore individuale, ostandovi ancòra una volta l'art. 33, commi 1 e 4, qui dovendosi sottolineare che il comma 1 esclude (per principio generale) la possibilità di assoggettamento a procedura concorsuale una volta decorso l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese: ponendo l'art. 33 (come già l'art. 10 l.fall.) un *terminus post quem non*, deve, dunque, considerarsi inammissibile la domanda di liquidazione depositata quando il suddetto termine annuale è già scaduto[28]. A sua volta dal comma 4 dell'art. 33 si desume un principio generale che esclude la possibilità di soluzioni negoziate per l'imprenditore (anche individuale) cd. sopra soglia non più fallibile[29].

Per quest'ultima ragione, deve anche escludersi la possibilità per l'erede dell'imprenditore defunto sopra soglia di poter ricorrere, anche nel caso in cui abbia accettato con beneficio di inventario, alle procedure in esame decorso un anno dalla morte del *de cuius*.

Se quelli innanzi indicati sono espressione di principi generali, deve coerentemente ritenersi che, anche per evitare disparità di trattamento, pure per l'impresa sotto soglia cessata da oltre un anno dovrebbe essere preclusa la possibilità di accesso alle procedure da sovraindebitamento.

Per l'imprenditore agricolo, invece, l'assoggettamento alle procedure da sovraindebitamento dipende dall'accertamento del carattere indicato nell'art. 2135 c.c.[30], ora tutto incentrato sulla cura e sviluppo di un ciclo biologico vegetale o animale, attività che non richiedono una connessione necessaria tra produzione e utilizzazione del fondo, essendo sufficiente a tale scopo il semplice collegamento potenziale o strumentale con il terreno[31].

Le associazioni, i comitati e le fondazioni, salvo non ricorrano i presupposti per la liquidazione di cui agli artt. 30 c.c. e 11-21, disp. att. c.c., possono chiedere l'omologazione del concordato minore, ma non (come meglio si vedrà nel prossimo paragrafo) del piano di ristrutturazione dei debiti.

Stante la mancanza di soggettività giuridica, i patrimoni separati e segregati o destinati ad uno specifico affare non possono accedere a nessuna delle procedure da sovraindebitamento.

---

[26] M. Sandulli, *Le dimensioni dell'imprenditore*, in A. Caiafa(a cura di), *Le procedure concorsuali*, I, Padova, 2011, 14.

[27] Analogamente v. L. V. De Santis, *op. cit.*, 57. Prima, invece, è assoggettabile a liquidazione giudiziale.

[28] Cfr. Cass. 19 giugno 2019, n. 16511.

[29] E. Cicinelli, *La nuova disciplina del sovraindebitamento*, Molfetta, 2019, 50 ss., A. Porcari, *Disposizioni comuni*, in F. Cesare-C. Valcepina, *Sovraindebitamento. Dalla tutela del debitore al recupero del credito*, Torino, 2021, 169, e M. Rizzuto, *Concordato minore*, in F. Cesare-C. Valcepina, *Sovraindebitamento. Dalla tutela del debitore al recupero del credito*, Torino, 2021, 225, senza confrontarsi con l'art. 33, comma 4, CCI, ammettono, invece, la possibilità per l'imprenditore individuale sopra soglia di ricorrere alle procedure da sovraindebitamento decorso l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese. In questo senso, almeno limitatamente all'ipotesi in cui l'insolvenza non si sia manifestata anteriormente alla cancellazione, è anche A. Crivelli, *Riflessioni costituzionali sul CCI. L'imprenditore cancellato dal registro delle imprese e il socio illimitatamente responsabile garante. Il concordato minore in continuità e la sua esecuzione*, in C. Cracolici-A. Curletti-B. Gardella Tedeschi (a cura di), *Sovraindebitamento del consumatore e crisi d'impresa*, Milano, 2021, 181, che - pur rendendosi conto, quanto al concordato minore (ovviamente liquidatorio), dell'ostacolo rappresentato dall'art. 33, comma 4, CCI - tenta di scavalcarlo con una discutibile, quanto difficilmente decifrabile, lettura costituzionale della norma.

[30] Risulta soggetta a fallimento l'impresa agricola costituita in forma societaria, quando risulti accertato in sede di merito l'esercizio in concreto di attività commerciale in misura prevalente sull'attività agricola contemplata in via esclusiva dall'oggetto sociale: Cass. 22 febbraio 2019, n. 5342, in *Fallimento*, 2019, 1525.

[31] Cass. 10 dicembre 2010, n. 24995, in *Fallimento*, 2011, 542. Epperò l'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento viene meno ove non sussista, di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o quando le attività connesse di cui all'art. 2135, comma 3, c.c. assumano rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura, gravando su chi invochi l'esenzione, sotto il profilo della connessione tra la svolta attività di trasformazione e commercializzazione dei prodotti ortofrutticoli e quella tipica di coltivazione *ex* art. 2135, comma 1, c.c., il corrispondente onere probatorio: Cass. 8 agosto 2016, n. 16614, in *Fallimento*, 2017, 38.

4. Il consumatore

La nozione di consumatore evoca esclusivamente quella di persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta[32]. Anche la giurisprudenza eurounitaria ha (in un primo momento) adottato una nozione restrittiva della figura del consumatore: in più occasioni la Corte di giustizia ha, infatti, ribadito che la nozione di «*consumatore*», come definita dall'art. 2, lettera b), della Dir. 93/13/CEE, dev'essere interpretata nel senso che si riferisce esclusivamente alle «*persone fisiche*»[33]. E così che il CCI, mutuando la nozione rinvenibile nel codice del consumo, ne ha confermato la definizione di «*persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale eventualmente svolta…*» (art. 2, comma 1, lettera e)[34]. Ma, in senso ampliativo rispetto al codice del consumo, il CCI rompe il binomio consumatore-professionista, nel senso che è consumatore anche chi non ha contratto - dal lato passivo - un'obbligazione con un professionista, ma con un qualsiasi interlocutore, così dissolvendosi quella *ratio* di tutela fondata sulla considerazione del consumatore come parte debole del contratto stipulato col professionista[35].

Come dimostra anche il riferimento al socio (v. par. 8), la qualità di consumatore, lungi dal rappresentare un attributo soggettivo, dipende dallo scopo consumieristico del singolo debito contratto: non rileva, cioè, l'attività svolta dal debitore, ma la natura del debito contratto. La qualifica di consumatore spetta, dunque, solo alla persona fisica che conclude un contratto al fine di appagare un bisogno di consumo ovvero per la soddisfazione di esigenze della propria vita quotidiana del tutto estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata.

La definizione contenuta nel CCI, omettendo il riferimento all'avverbio «*esclusivamente*»[36], pare, dunque, implicare un'interpretazione più ampia della nozione di consumatore rispetto a quella fatta propria dalla Cassazione[37] che ha limitato l'accesso al piano solo ai consumatori «*puri*», quelli cioè che hanno assunto obbligazioni «*esclusivamente*» per scopi estranei alla propria attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta, ma con la possibilità di accesso anche ai consumatori «*spuri*», ma nel solo caso in cui i debiti residui derivanti dalla attività imprenditoriale fossero di natura tributaria[38].

Nel CCI deve, quindi, ritenersi componibile all'interno della nuova procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore anche il debito cd. promiscuo, ossia derivante da obbligazioni aventi sia carattere personale o familiare, sia derivanti da attività imprenditoriale o professionale[39]. In tali casi, peraltro, la possibilità di qualificare un soggetto come consumatore (e non come imprenditore minore o professionista), al fine di consentirgli l'accesso allo strumento riservato, dovrebbe avvenire in base al criterio di prevalenza dei debiti assunti, appunto, in veste di mero consumatore[40].

---

[32] Alla sola «*persona fisica*» fanno riferimento, in particolare, tanto l'art. 2, lettera b), Dir. 93/13/CEE (e, in Italia, l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 206/2005), quanto l'art. 3, lettera a), Dir. 2008/48/CE (richiamato dall'art. 4, Dir. 2014/17/UE e, già, l'art. 1.2, lettera a), Dir. 87/102/CEE), l'art. 1.2, lettera a), dir. 1999/44/CE; l'art. 2, n. 1, Dir. 2011/83/UE, nonché il Reg. (CE) n. 593/08 (art. 6); alla «*persona*» fa riferimento l'art. 17 Reg. (UE) n. 1215/2012 (nonché, precedentemente, gli artt. 15 Reg. CE n. 44/2001 e 13 Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale).

[33] Corte giust. UE 22 novembre 2001, C-541/99 e C-542/99, Cape s.n.c.

[34] Da notare che la nozione di consumatore passa da quella di soggetto che «*assume obbligazioni*» a quella di «*persona fisica che agisce*»: assumere obbligazioni ed agire definiscono, infatti, ambiti diversi, allontanando la figura del consumatore da quel perimetro di occasionalità che la definizione presente nella l. n. 3/2012 favorisce (cfr. G. Benvenuto, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in F. Cesare-C. Valcepina, *Sovraindebitamento. Dalla tutela del debitore al recupero del credito*, Torino, 2021, 193 e 195).

[35] F. Bonaccorsi, *L'ambito soggettivo delle "nuove" procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in E. Pellecchia e L. Modica (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2020, 34.

[36] Già contenuto, invece, nell'art. 6, comma 2, lettera b), l. n. 3/2012, nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.l. n. 137/2020.

[37] Cfr. Cass. 1 febbraio 2016, n. 1869, in *Fallimento*, 2016, 661.

[38] Cfr. L. D'Orazio, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, 702.

[39] In senso diverso, cfr. A. Crivelli, *Ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in AA.VV. *Il nuovo sovraindebitamento*, Bologna, 2019, 48, ad avviso del quale la sussistenza di obbligazioni esigibili (scadute) attinenti all'attività professionale o d'impresa dovrebbe comportare l'esclusione dell'ammissibilità della ristrutturazione.

[40] V. Baroncini, *Le novità in materia di sovraindebitamento alla luce della l. 19 ottobre 2017, n. 155 e del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 407.

I requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica, in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società, devono peraltro essere valutati (non prendendo il CCI posizione sulla questione) con riferimento alle parti dello stesso (e non al distinto contratto principale), dandosi rilievo - alla stregua della giurisprudenza comunitaria[41] - all'entità della partecipazione al capitale sociale, nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore[42].

Più in generale, stante il silenzio del CCI sulla figura del fideiussore, ciò che rileva al fine di qualificarlo come consumatore è l'accertamento della qualità in cui ha agito, che va determinata - alla luce di un criterio funzionale - verificando se il rapporto contrattuale posto in essere rientri o meno nell'ambito di attività estranee all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta dal fideiussore[43].

5. *L'accesso del consumatore alla ristrutturazione dei debiti e il merito creditizio*

La ristrutturazione dei debiti è la procedura da sovraindebitamento che sostituisce il piano del consumatore disciplinato dalla l. n. 3/2012.

Come già previsto da quest'ultima normativa, si tratta di una procedura di cui può usufruire esclusivamente il consumatore. Il decesso in corso di procedura non ne comporta, comunque, *ex se* la revoca, potendo, in linea di principio, trovare applicazione l'art. 35 CCI[44].

A differenza, però, del contesto disciplinare della l. n. 3/2012, il consumatore non può più accedere[45], nel nuovo assetto delineato dal CCI, al concordato minore, già accordo di composizione della crisi.

Al di là dei rilievi critici che possono essere mossi a questa restrizione[46], pare potersi osservare che la di-

[41] Corte giust. UE 19 novembre 2005, in causa C-74/15 Tarcau, secondo cui «*È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito*». In effetti, la giurisprudenza comunitaria (Corte gius. UE 14 settembre 2016, n. 534) rileva che il contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che garantisce (v., in tal senso, Corte gius. UE 17 marzo 1998, Dietzinger, C45/96, punto 18), si presenta, dal punto di vista delle parti contraenti, come un contratto distinto in quanto è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. La giurisprudenza comunitaria ha anche precisato: (i) che la nozione di «*consumatore*», ai sensi dell'art. 2, lettera b), della Dir. 93/13/CEE, ha carattere oggettivo (v. sent. Costea, C-110/14, punto 21), sicchè essa deve essere valutata alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione; (ii) che spetta al giudice nazionale, investito di una controversia relativa a un contratto idoneo a rientrare nell'ambito di applicazione di tale direttiva, verificare, tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie e di tutti gli elementi di prova, se il contraente in questione possa essere qualificato come «*consumatore*» ai sensi della suddetta direttiva (v., in tal senso, sent. Costea, C-110/14, punti 22 e 23). La Corte di giustizia indica quindi - quale criterio per la positiva identificazione di un fideiussore nell'ambito della categoria del consumatore - la «*valutazione se il rapporto contrattuale*» di cui alla fideiussione concretamente rientri, oppure no, «*nell'ambito di attività estranee*» all'esercizio della eventuale professione specificamente svolta dal soggetto che ha prestato la garanzia.

[42] Cfr. Cass. 24 gennaio 2020, n. 1666. Questo principio, espresso da Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225, è divenuto assolutamente dominante nella giurisprudenza della Suprema corte (tra le più recenti, v. Cass. 8 maggio 2020, n. 8662; Cass. 5 giugno 2020, n. 10673; Cass. 28 settembre 2020, n. 20463). È, infatti, rimasto isolato il precedente di Cass. 22 gennaio 2019, n. 1691, che ha inteso «*dare continuità alla giurisprudenza di questa Corte laddove afferma che è all'obbligazione garantita che occorre far riferimento (e quindi alla condizione del garantito) per verificare se si tratti di un contratto del consumatore o meno, e non alla condizione personale del garante*», senza tuttavia considerare come l'orientamento della Cassazione fosse *medio tempore* - e stabilmente – mutato. Sul fideiussore consumatore, v. anche M. Capelli, *Lo* status *del fideiussore sovraindebitato: professionista o consumatore*, in C. Cracolici-A. Curletti-B. Gardella Tedeschi (a cura di), *Sovraindebitamento del consumatore e crisi d'impresa*, Milano, 2021, 123.

[43] F. Bonaccorsi, *L'ambito soggettivo delle "nuove" procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 38.

[44] Cfr. A. Crivelli, *Ristrutturazione dei debiti del consumatore*, cit., 58.

[45] Salvo che per la prevalenza concordataria sancita dall'art. 66, comma 1, CCI nell'ambito delle procedure familiari.

[46] Per un punto di vista particolarmente critico, cfr. L. D'Orazio, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 698 ss., ad avviso del quale la posizione del consumatore ne esce fortemente indebolita. V., anche, F. Pasquariello-M. Ranieli, *L'omologazione del piano del consumatore sovraindebitato*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 266, le quali, rispetto alla restrizione normativa, avanzano dubbi di conformità non solo con riguardo al principio di ragionevolezza ed eguaglianza costituzionalmente tutelato (rispetto all'imprenditore o al professionista in ipotesi altrettanto "immeritevoli", per i quali non è preclusa la soluzione concordataria, sia nella prospettiva del concordato preventivo "maggiore", sia in quella del concordato minore), ma anche di legittimità costituzionale per eccesso di delega, non essendo contenuta nella legge delega alcuna indicazione circa l'abrogazione della previsione sull'accesso del consumatore alla procedura concordata.

sciplina sulla composizione della crisi da sovraindebitamento, superando la rigidità di una definizione normativa che procede attraverso la tecnica della disciplina per *status* formalmente e rigidamente predefiniti, si sia aperta ad una valutazione dell'àmbito applicativo soggettivo della misura di carattere più sostanziale ed ancorata alla reale situazione che giustifica l'applicazione di una misura speciale rispetto a quella concessa agli altri debitori[47], come dimostra anche l'attribuzione della qualifica di «*consumatore*» al socio illimitatamente responsabile, ancorchè «*per i debiti estranei a quelli sociali*». La scelta codicistica, stante l'ineliminabile specificità del sovraindebitamento del consumatore, è stata dunque quella di superare il regime (parzialmente) indifferenziato della l. n. 3/2012, che proprio per questa ragione – a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 137/2020, conv. con modif. dalla l. n. 176/2020 - ha finito col recepire la nozione di consumatore fatta propria dal CCI (cfr. art. 6, comma 2, lettera b), l. n. 3/2012, così come novellato).

Fatta questa debita premessa, deve osservarsi che il piano di ristrutturazione dei debiti costituisce chiaramente uno strumento di soluzione privilegiato della crisi di insolvenza rispetto a quello a disposizione degli altri debitori. Come si legge nella Relazione accompagnatoria, la procedura di ristrutturazione dei debiti è, infatti, «*di particolare favore in quanto consente al debitore di sottrarsi al giudizio e all'approvazione dei creditori e, che può essere influenzata anche da motivi che originano da rapporti di natura personale e che non riguardano la convenienza in sé della proposta*»[48], convenienza in ordine alla quale nella relazione particolareggiata dell'OCC non è più richiesta un'espressa presa di posizione rispetto all'alternativa liquidatoria[49].

L'OCC, ai sensi dell'art. 68, comma 3, CCI è tenuto, invece, ad indicare se il soggetto che ha concesso il finanziamento abbia tenuto conto, al momento della concessione del finanziamento stesso, del merito creditizio del debitore[50], valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita[51]: si tratta della sua affidabilità economico-finanziaria, quale elemento idoneo a influire sul rischio dell'operazione[52].

È qui evidente il collegamento con l'art. 69, comma 2, che - nel comminare una sanzione processuale in capo ai creditori che hanno colpevolmente deter-

[47] V. Ricciuto, *Il sovraindebitamento nella legge delega sulle crisi d'impresa*, in E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana e V. Rizzo (a cura di), *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, Napoli, 2019, 190.

[48] Deve anche rilevarsi il tendenziale disinteresse della platea creditoria al salvataggio del consumatore che accede al credito per soddisfare i bisogni della vita quotidiana, sia perché le relative masse debitorie si rivelano spesso quantitativamente irrilevanti essendo il portafoglio del consumatore assai articolato, sia perché il rischio appare molto frazionato in ragione della composizione assai articolata del portafoglio del consumatore. Nella sostanza, il meccanismo del voto è visto come difficilmente compatibile con la tipologia dei relativi creditori verosimilmente disinteressata a tale facoltà (A. Guiotto, *Nuove modifiche alla disciplina delle crisi da sovraindebitamento. La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovra indebitamento (commento al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179)*, in *Fallimento*, 2012, 1285).

[49] Si ricorda che l'art. 9, comma 3 *bis*.1., lettera d), l. n. 3/2012 richiede che l'organismo di composizione della crisi nella sua relazione particolareggia si esprima, tra le altre cose, «*sulla convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria*». Indicazione questa che (risolvendosi in una sorta di 'suggerimento') spesso ha determinato il fallimento della procedura in caso di contestazione di qualunque creditore o interessato ai sensi dell'art. 12 *bis*, comma 4, l. n. 3/2012.

[50] È noto come la verifica del merito creditizio si ponga come presidio strumentale al cd. *responsible lending*.

[51] A tal fine la norma ritiene idonea una quantificazione non inferiore all'ammontare dell'assegno sociale moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare della scala di equivalenza dell'ISEE di cui al D.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159.

[52] È noto che la prima e più importane misura introdotta per fronteggiare la crisi economica generata da Covid 19 è costituita, sicuramente, dall'art. 49 del decreto Cura Italia, poi abrogato (e assorbito) dall'art. 13 del decreto Liquidità, entrambi relativi al c.d. Fondo Centrale di Garanzia. Come preannunciato, si tratta di uno strumento di sostegno economico già noto al nostro legislatore (e attivo dal 2000), che ha come beneficiari finali le PMI. Dal punto di vista soggettivo, la principale novità è rappresentata dall'applicabilità delle nuove regole anche "*alle persone fisiche esercenti attività di impresa, arti o professioni*" (art. 13, comma 1, lettera m), la cui attività sia stata danneggiata dal Covid-19 e, con riguardo alle imprese beneficiarie, dall'ampliamento del requisito dimensionale. Ma il profilo di maggiore impatto delle nuove regole è costituito dalla rimodulazione della valutazione del merito creditizio dei soggetti beneficiari cui si subordina la stessa concessione del finanziamento (*amplius*, v. T. Rumi, *Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del decreto liquidità*, in *Contratti*, 2020, 463). Peraltro, non mancano pronunce volte a consentire la rimodulazione dei termini di esecuzione del piano del consumatore sussistendo una causa sopravvenuta impeditiva dell'esatto adempimento (nella specie, la crisi economica conseguente all'adozione delle misure di contenimento del Covid-19): v. Trib. Napoli 3 aprile e 17 aprile 2020, in *Dir. fall.*, 2020, II, 1137.

minato la situazione di sovraindebitamento o il suo aggravamento ovvero, per l'appunto, violato l'art. 124 *bis* TUB in materia di verifica del merito creditizio del consumatore (e l'art. 120 *undecies* in materia di credito residenziale ai consumatori) - prevede che il creditore non possa presentare opposizione in sede di omologa[53], né presentare reclamo avverso il decreto di omologa «*per contestare la convenienza della proposta*»[54]. Nulla si dice, invece, con riguardo ad un altro aspetto fortemente discusso, cioè quello relativo agli effetti della violazione del precetto sul contratto di finanziamento. Si tratta comunque di un passo in avanti nella direzione posta dall'art. 8 della Dir. UE 48/2008, nella parte in cui richiede sanzioni effettive per i finanziatori che non tengono nel giusto conto la valutazione del merito creditizio.

In ogni caso, a seguito del correttivo che ha ristretto l'ambito di operatività della sanzione processuale a carico del creditore[55], il giudizio sulla diligenza del debitore[56] – che l'OCC è tenuto ad esprimere ai sensi dell'art. 68, comma 2, lettera a) - serve anche per valutare la colpa del creditore al fine di negargli il diritto all'opposizione fondata su ragioni di convenienza della proposta, con un provvedimento che si traduce in una eventuale declaratoria di inammissibilità dell'istanza. D'altro canto, in una sorta di circolo vizioso, il giudizio sulla diligenza del creditore serve anche per valutare la colpa del debitore.

Sul punto, va rilevato che, mentre l'art. 9, comma 1, della legge delega n. 155/2017 ricollega la sanzione alla colpa del creditore che ha contribuito all'aggravamento della situazione debitoria, l'art. 69, comma 2, CCI vi aggiunge anche il caso in cui il creditore ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento. In disparte tale rilievo, che pone una questione di conformità del decreto delegato alla legge delega, resta da stabilire a quale grado di colpa del creditore-finanziatore va ricollegata la sanzione processuale[57], limitandosi il citato comma 2 a richiedere che il creditore deve aver determinato l'indebitamento o il suo aggravamento «*colpevolmente*».

Il legislatore comunitario[58] ed interno[59] sono intervenuti in più occasioni negli ultimi anni nella materia del credito ai consumatori ed il sistema di regole è finalizzato in ultima analisi, attraverso la costituzione a carico del finanziatore di obblighi di trasparenza e di informazione molto stringenti, ad impedire l'assunzione da parte del consumatore di decisioni inconsapevoli e irresponsabili. Gli obblighi precontrattuali previsti dal TUB sono diretti, dunque, a tutelare l'interesse del consumatore, da un lato, a non veder interrotte ingiustificatamente le trattative (e, dunque, a non ricevere un ingiustificato rifiuto di concessione del credito), e, dall'altro, ad essere posto nella condizione di ponderare l'entità del finan-

[53] Precisione terminologica impone di rilevare che, nel giudizio di omologazione, i creditori possono presentare «*osservazioni*», ma non «*opposizioni*».

[54] Similmente l'art. 12 *bis*, comma 3 *bis*, l. n. 3/2012, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 137/2020, conv. con modif. dalla l. n. 176/2020, prevede – con riguardo al piano del consumatore - che il creditore che abbia colpevolmente determinato la situazione di sovraindebitamento o il suo aggravamento non possa proporre opposizione o reclami in sede di omologa, anche se dissenziente, o far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore. Questo inserimento, come si vedrà nella nota successiva, recepisce la sanzione processuale originariamente prevista nel CCI.

[55] Nella versione originaria del CCI, il creditore colpevole non poteva proporre opposizione o reclami in sede di omologa, anche se dissenziente, o far valere cause di inammissibilità che non derivassero da comportamenti dolosi del debitore. Secondo la Relazione al correttivo, questa era una «*sanzione irragionevole, soprattutto considerato che l'ammissibilità costituisce oggetto di una verifica che l'autorità giudiziaria deve svolgere d'ufficio*».

[56] Giudizio sul quale può influire anche la recente pronuncia della Corte di giustizia UE 11 settembre 2019 (causa C-383/2018), in *Giur. it.*, 2020, 1596, che per la prima volta ha fornito indicazioni sull'interpretazione dell'art. 16, par. 1, della Dir. 2008/48/CE in materia di credito ai consumatori. L'esito della pronuncia impone di considerare ai fini della riduzione del costo totale del credito in favore del consumatore che rimborsa anticipatamente il finanziamento tutti i costi posti a carico di quest'ultimo senza alcuna distinzione.

[57] In senso lato si può parlare di meritevolezza del creditore intesa (genericamente) come assenza dello stato soggettivo della colpa.

[58] Cfr. la disciplina dettata dagli artt. 124 TUB e dalle direttive comunitarie 2008/48/CE e 2014/17/UE, attuate dal legislatore interno con i decreti legislativi n. 141/2010 e n. 72/2016. La logica che sottende la valutazione che l'OCC è chiamato ad effettuare va riallacciata, dunque, alla normativa, prima unionistica, poi domestica, in tema di *responsible lending*, inteso come obbligo di corretta valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore, peraltro non disgiunto dall'istanza di realizzare condivisibili obiettivi di educazione finanziaria dei risparmiatori. Per la sottolineatura della «*generalizzata condizione di (semi)analfabetismo finanziario*» in cui versa il cliente medio nell'ambito del mercato del credito, v. Coll. ABF Roma 9 marzo 2017, in *Contratti*, 2017, 407.

[59] L'art. 124 *bis* è stato di recente sostituito dall'art. 120 *undecies* (art. 1, comma 2, d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72).

ziamento rispetto alla propria capacità finanziaria[60]. Nella fase dell'erogazione del credito assume, perciò, rilevanza solo il merito creditizio che fa riferimento, sulla base di un giudizio di prognostico, esclusivamente alla capacità del debitore di restituire il credito e non alla valutazione dell'impiego che ne farà il consumatore.

Se si considera che l'obbligo posto dall'art. 124 *bis* TUB costituisce una manifestazione dei doveri di diligenza professionale (del *bonus argentarius*) incombenti sul finanziatore alla luce dell'art. 1176, comma 2, c.c., è proprio la violazione di questo parametro di diligenza a rendere colpevole il creditore-finanziatore. Si eleva così il livello di diligenza richiesta nell'esecuzione del rapporto contrattuale e, conseguentemente, di responsabilizzazione dell'operatore[61] in base all'esame della documentazione reddituale (trattandosi di consumatore) e sulla scorta dei criteri indicati nell'art. 68, comma 3, CCI. Proprio quest'ultima norma esprime un chiaro intento protettivo del consumatore, imponendo, anzi ribadendo, in capo al finanziatore un dovere di valutazione del merito di credito; dovere vieppiù precisato rispetto alla formulazione generica che di esso fornisce il TUB.

Resta da stabilire se nel nostro ordinamento sia possibile concedere il credito anche a chi è immeritevole o se, viceversa, esista un divieto di concludere il contratto sulla falsariga di quanto previsto nell'ordinamento belga. Così come resta da individuare il sistema rimediale nel caso in cui si introducesse o si volesse già riconoscere un obbligo di non concludere il contratto di credito con l'immeritevole, in considerazione della giurisprudenza unionale e della effettività del diritto dell'Unione[62].

A tale ultimo riguardo, mette conto rilevare che, di recente, la Corte di giustizia UE ha osservato che la direttiva sul credito al consumo non contiene alcuna disposizione relativa al comportamento che il creditore deve adottare in caso di dubbi sul merito creditizio del consumatore[63]. Trattandosi di un punto non oggetto di armonizzazione da parte della direttiva, eventuali obblighi circa la conclusione del contratto che possono essere imposti al creditore rimangono perciò nella discrezionalità degli Stati membri.

Pur in mancanza di indicazioni certe, deve ritenersi che, nel caso in cui all'esito dell'istruttoria l'ente finanziatore dovesse rilevare la mancanza di merito creditizio dell'affidante, compito istituzionalmente a lui imposto dalla normativa speciale è quello di negare l'erogazione del finanziamento incombendo sul banchiere, pur sempre, la facoltà e non il dovere di concedere credito.

6. *Condizioni soggettive ostative e meritevolezza del debitore*

Quale condizione soggettiva ostativa alla presentazione del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore è previsto (art. 69, comma 1)[64] il caso in cui

[60] Si tratta, quindi, di una disciplina attinente alla contrattazione con cui il legislatore vuole raccordare le due prospettive, del *responsible borrowing* (se il prestito responsabile è visto dal lato del consumatore) e del *responsible lending* (se il prestito responsabile è visto dal lato del finanziatore).

[61] In dottrina, v. C. Scognamiglio, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.*, 1995, 356; Id., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 655.

[62] Sul punto, v. da ultimo G. Liberati Buccianti, *Merito creditizio e obbligo di non concludere il contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 92; in precedenza v. S. Bellettato, *Obblighi informativi del finanziatore e misure di tutela del consumatore: la disciplina attuativa della Direttiva n. 2014/17/UE*, in *Studium iuris*, 2017, 292.

[63] Sent. 6.6.2019, causa C-58/18, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 95, ove si legge che «*la determinazione degli obblighi che possono essere imposti al creditore in seguito all'esame del merito creditizio rimane, per quanto riguarda i contratti di credito rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2008/48, nella competenza degli Stati membri e non rientra quindi nell'ambito di applicazione di tale direttiva*».

[64] Deve anche notarsi come il legislatore della riforma abbia giustamente recepito le indicazioni della giurisprudenza che, interpretando l'art. 7, comma 2, lettera b), l. n. 3/2012 («*la proposta non è ammissibile quando il debitore, anche consumatore, ha fatto ricorso nei precedenti cinque anni, ai procedimenti di cui al presente capo*»), ha ritenuto che la preclusione alla riproposizione della medesima domanda, anche prima del decorso dei cinque anni, operi «*nella sola ipotesi che il debitore abbia concretamente beneficiato degli effetti riconducibili a una procedura della medesima natura*» (Cass. 26 novembre 2018, n. 30534, in *Fallimento*, 2019, 1057; nello stesso senso, cfr. Cass. 1 febbraio 2016, n. 1869, *ivi*, 2016, 661, secondo cui, alla luce della *ratio* della norma, che mira ad evitare il ricorso sistematico e strumentale alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, la preclusione deve ritenersi connessa alla circostanza di aver goduto in concreto degli effetti dell'apertura della procedura nel quinquennio anteriore). In realtà il legislatore sembra essere andato anche oltre tale indicazione, richiedendosi ora che il debitore non solo abbia beneficiato degli effetti della procedura, ma che abbia anche fruito dell'esdebitazione.

l'istante sia già stato esdebitato nei cinque anni precedenti la domanda ovvero abbia già beneficiato dell'esdebitazione per due volte[65].

L'intento è quello di contingentare le ipotesi di accesso a tale modulo rimediale, con un'evidenza che trova analogo riscontro nell'art. 280, comma 1, lettere d) ed e), lì dove sono individuate le stesse condizioni ostative per l'accesso all'esdebitazione. Il legislatore si propone, dunque, aiutare il debitore "sfortunato", ma esclude che possa ritenersi tale per più di due volte nell'arco della propria vita[66].

Tra le condizioni soggettive ostative all'ammissibilità della procedura sono indicati anche i casi in cui il debitore ha determinato la situazione di sovraindebitamento con grave colpa, frode o malafede[67].

La sussistenza di tutti gli indicati requisiti deve, dunque, essere accertata già nella fase di ammissione[68].

L'insussistenza anche di uno solo di essi comporta, infatti, l'inammissibilità della domanda.

Il giudizio di ammissibilità della domanda richiesta dall'art. 69, comma 1, si basa sulla relazione dell'OCC e, più precisamente, su quella parte in cui l'organismo deve valutare la diligenza (o meglio il grado di diligenza) impiegata dal debitore all'atto di assumere le obbligazioni e le cause dell'indebitamento.

Il riferimento alla colpa grave consentiva di cogliere la differenza *pro-debtor* rispetto alla versione originaria della l. n. 3/2012[69], che richiedeva, viceversa, la verifica dell'assenza della (semplice) colpa. L'art. 12 *bis*, comma 3, anteriormente alle modifiche apportate dal d.l. n. 137/2020, conv. con modif. dalla l. n. 176/2020, nel disporre - a proposito del piano del consumatore - che il giudice lo omologa(va) «*quando esclude che il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali*», dava infatti rilievo anche la cd. colpa lieve, ricollegabile alla violazione del parametro di diligenza del buon padre di famiglia *ex* art. 1176, comma 1, c.c.

Dunque, mentre nella l. n. 3/2012 il riferimento era al sovraindebitamento "colposamente" determinato, la condotta colposa considerata dal CCI è, invece, quella contraddistinta da connotati di gravità. L'assenza di colpa grave è, perciò, di per sé sufficiente per far ritenere al giudice la «*meritevolezza*» del debitore non essendo richiesta, in aggiunta, la riprova di una condotta diligente.

Alla differente formulazione delle norme conseguiva, quindi, una differente disciplina sostanziale non costituendo nel CCI la mera colpa lieve stato soggettivo impediente l'accesso al piano di ristrutturazione dei debiti[70]. Sennonché, sostituito l'art. 12 *bis*, comma 3, anche l'art. 7, comma 2, lettera d-*ter*), l. n 3/2012 prevede ora quale causa di inammissibilità del piano del consumatore l'aver determinato la situazione di

[65] Analoga causa di inammissibilità è stata introdotta nella l. n. 3/2012 (v. art. 7, comma 2, lettera d-*bis*) dal d.l. n. 137/2020, conv. con modif. dalla l. n. 176/2020, cd. decreto Ristori. Nessun requisito (ivi compreso il mancato compimento di atti in frode: v. art. 14 *quinquies*, comma 1, l. n. 3/2012) è, invece, richiesto per l'accesso alla procedura della liquidazione controllata, che non è ostacolata nemmeno dall'eventuale compimento da parte del debitore di atti in frode. Trattasi di un importante novità rispetto alla l. n. 3/2012, essendo stati soppressi i requisiti di meritevolezza per la presentazione della domanda di accesso alla procedura di liquidazione del sovraindebitato (*amplius*, v. M. Campobasso, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata" del sovraindebitato*, cit., 137).

[66] La questione della meritevolezza consiste nell'individuare i soggetti in grado di beneficiare della disciplina del *discharge*. Come si legge nella Relazione sul punto: «*Il dibattito teorico e le applicazioni pratiche che ne sono state fatte dimostrano che la strada migliore da percorrere è quella del bilanciamento tra le istanze dei debitori e gli interessi del ceto dei finanziatori e che, a tal fine, un ruolo decisivo è svolto dai criteri normativi prescelti per la selezione dei soggetti meritevoli di accedere a tale beneficio: una legislazione restrittiva può aiutare a prevenire effetti negativi quali la stretta creditizia e l'aumento del costo del credito. Inoltre, l'esperienza insegna che, se si prediligono soluzioni basate sulla composizione concordata (quando ci siano possibilità di ripianamento alla luce delle prospettive di reddito del debitore) e se si concepisce l'esdebitazione come estrema ratio, si prevengono possibili abusi*».

[67] Il debitore, quindi, deve essere onesto. Nella Relazione alla legge delega si legge che la mala fede è «*tendenzialmente rilevante nel momento della contrazione del debito*», mentre la frode è «*normalmente operante nelle fasi precedenti o successive all'ammissione alla procedura*».

[68] Cfr. A. Crivelli, *Ristrutturazione dei debiti del consumatore*, cit., 81, che, peraltro, estende il controllo di questa fase anche alla fattibilità del piano; L. Modica, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in E. Pellecchia e L. Modica (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2020, 124.

[69] La Relazione di accompagnamento precisa che la scelta di privilegiare un modello più spiccatamente *debtor oriented* risponde alla necessità di rivitalizzare un corpo normativo quasi totalmente disapplicato, che evidentemente non ha incontrato il favore dei destinatari anche in ragione dello scarso peso assegnato al fenomeno esdebitatorio, vero obiettivo del debitore.

[70] F. Salerno, *L'esdebitazione del consumatore, tra meritevolezza e responsabilità del finanziatore*, in *Fallimento*, 2019, 1379.

sovraindebitamento con grave colpa, frode o malafede, con conseguente allineamento del requisito soggettivo a quello previsto nel CCI.

A tal proposito, deve rilevarsi che la legge delega n. 155/2017, superando il disposto dell'originaria normativa sul sovraindebitamento[71], riserva(va) testualmente l'esame della «*meritevolezza*» ai soli casi in cui il debitore non è in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno futura, ma al solo fine di consentire al sovraindebitato di accedere all'esdebitazione al di fuori di ogni procedura[72]. In tutti gli altri casi, cioè quando il debitore è in grado di garantire ai creditori un'utilità, diretta o indiretta, anche futura, infatti, il debitore-consumatore è ammesso alla procedura di ristrutturazione dei debiti formalmente indipendentemente dalla «*meritevolezza*»[73], ma a condizione che l'insolvenza non derivi da colpa grave, malafede o frode[74]. In queste ultime tre ipotesi l'art. 9, lettera b), della legge delega consente, invero, al debitore-consumatore di accedere esclusivamente alla soluzione liquidatoria (e, quindi, alla liquidazione controllata).

La dicotomia (meritevolezza/assenza colpa grave, malafede o frode) presente nella legge delega è ripresa nel CCI ove si discorre testualmente di «*meritevolezza*» solo a proposito dell'esdebitazione del sovraindebitato incapiente (art. 283, commi 1 e 7[75]), mentre nell'art. 69, comma 1, come nell'art. 282, comma 2, si fa riferimento alla frode, al dolo e alla colpa grave.

Il riferimento alla colpa grave contenuto nel comma 1 dell'art. 69 non è, dunque, in eccesso di delega[76]. E sembra anche rispondente alla Dir. UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20.6.2019 che, al considerando n. 78, impone di verificare «*quando il debitore è disonesto o ha agito in malafede*», di certo incidendo la colpa grave, sino ad eliderla, sull'onestà del debitore[77].

Ad ogni modo, il riferimento alla colpa grave (contenuto anche nell'art. 72, comma 1, a proposito della revoca dell'omologazione) induce a ritenere che l'accesso al piano di ristrutturazione sia possibile solo per il debitore «*meritevole*»[78] perché il giudice - nella fase di ammissione come in quella di omologazione[79] - non può limitarsi a verificare l'insussistenza della frode e della mala fede, dovendo riscontrare anche l'assenza della colpa grave e, dunque, la «*meritevolezza*» del debitore. L'assenza di atti in frode è, dunque, elemento integrante della «*meritevolezza*» e non più presupposto autonomo da valutare, come prevedeva l'originaria formulazione della l. n. 3/2012[80], al momento dell'omologazione.

Per questi motivi, sebbene l'art. 69, comma 1, non discorra di debitore meritevole, si può continua-

[71] Del tutto analogamente prevede ora l'art. 14 *quaterdecies*, commi 1 («*Il debitore persona fisica meritevole…*») e 7 («*Il giudice…valutata la meritevolezza del debitore…*»), l. n. 3/2012, inserito dal d.l. n. 137/2020, conv. con modif. dalla l. n. 176/2020, cd. decreto Ristori.

[72] Cfr. art. 9, lettera c): «*Consentire al debitore meritevole…*».

[73] Si legge nella Relazione alla legge delega che «*è prevalso l'orientamento di chi...ha scelto di non esigere per l'ammissione alla procedura in questione requisiti troppo stringenti...si è quindi optato per l'inserimento di requisiti negativi, ostativi ai benefici di legge, individuati nella mala fede o nel compimento di atti di frode*». Nel corso dei lavori della commissione si è, infatti, molto discusso sul come configurare i requisisti di meritevolezza del debitore al fine della sua possibile esdebitazione. A fronte di un'opinione che, paventando il rischio di troppo facile abuso dell'istituto, avrebbe preferito un regime più severo, è prevalso l'orientamento di chi, in linea con le legislazioni dei Paesi (anche extraeuropei) che vantano il più alto indice di applicazione delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, ha scelto di non esigere per l'ammissione alla procedura in questione requisiti soggettivi troppo stringenti, peraltro nemmeno richiesti ai debitori ben più importanti che accedono al concordato preventivo (cfr. C. De Martini, *Criteri di accesso alla procedura e trattamento dei crediti. I ruoli del tribunale e dell'organismo di composizione della crisi*, in A. Caiafa-M. Vaglio (a cura di), *La risoluzione delle crisi da sovraindebitamento*, Roma, 2015, 76).

[74] È evidente che qui, come per il giudizio di meritevolezza, siamo al cospetto di clausole generali (cfr. L. Modica, *Il piano del consumatore sovraindebitato*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 647). Per una recente riflessione sulle clausole generali nel diritto concorsuale, v. G. D'Attorre, *La Formulazione legislativa dei principi generali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 461.

[75] Art. 283: «*Il debitore persona fisica meritevole…*» (comma 1); «*Il giudice…valutata la meritevolezza del debitore…*» (comma 7).

[76] Diversamente da quanto opina L. D'Orazio, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 700.

[77] La Raccomandazione UE 2014/135 invita gli Stati membri «*a valutare la possibilità di applicarne i principi anche ai consumatori*» (considerando n. 15, ult. parte), ma ciò con riferimento al principio della seconda possibilità riconosciuto all'imprenditore "onesto", ma sfortunato.

[78] Cfr. A. Crivelli, *Ristrutturazione dei debiti del consumatore*, cit., 42 e 98.

[79] In senso diverso, cfr. V. Baroncini, *Le novità in materia di sovraindebitamento alla luce della l. 19 ottobre 2017, n. 155 e del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., 420, testo e nota 28, che ancora il giudizio di meritevolezza alla sola fase di ammissione.

[80] Già si è detto che il d.l. n. 137/2020, conv. con modif. dalla l. n. 176/2020, ha anticipato il disposto dell'art. 69 CCI introducendo l'art. 7, comma 2, lettera d *ter*).

re a parlare di «*meritevolezza*», a condizione di intenderla nel senso di assenza degli stati soggettivi rappresentati dal dolo, dalla mala fede e soprattutto dalla colpa grave[81].

A questo punto occorre uscir fuori da un equivoco. Anche l'art. 12 *bis*, comma 3, l. n. n. 3/2012, originaria formulazione, non discorreva di «*meritevolezza*». E quando nella prassi si parlava di «*meritevolezza*» altro non si intendeva che liceità secondo i principi, cioè assenza dello stato soggettivo della colpa (anche lieve) e non certamente una «*meritevolezza*» moralisticamente (pertanto anche giuridicamente) male intesa[82]. In questo senso la «*meritevolezza*» dell'art. 12 *bis*, comma 3, l. n. 3/2012, non avendo alcuna valenza etica[83], apparteneva allo stesso genere di «*meritevolezza*» richiesto dall'art. 69, comma 1, CCI, differenziandosene solo per il diverso grado di colpa scrutinabile.

Ma a ben vedere la «*meritevolezza*» dell'art. 69, comma 1, così come quella dell'art. 282, comma 2[84], ha la stessa portata di quella che il legislatore testualmente richiede nell'art. 283, comma 7. Anche in quest'ultimo caso, infatti, escluso un filtro di selezione etica del sovraindebitamento[85], il debitore è «*meritevole*» laddove il Tribunale abbia verificato l'assenza di frode, dolo e colpa grave nella formazione dell'indebitamento: ancòra una volta, quindi, la «*meritevolezza*» è declinabile come (semplice) assenza di quegli stati soggettivi preclusivi, non mirando l'esdebitazione a premiare debitori eccezionali nel senso paradossale di «*eccezionalmente sfortunati eppure probissimi*»[86], per non versare nemmeno in colpa lieve.

Deve notarsi, peraltro, che mentre l'art. 283, comma 7, fa riferimento, come cause soggettive ostative, alla frode, al dolo e alla colpa grave, gli artt. 69, comma 1, e 282, comma 2, evocano la colpa grave, la malafede e la frode. Nonostante la differente portata dei due elementi soggettivi, traducendosi la malafede nella consapevolezza di nuocere e il dolo nell'intenzionalità dannosa, i parametri soggettivi di cui il Tribunale deve tener conto nella verifica della meritevolezza del debitore sono nella sostanza coincidenti[87].

Un'ultima osservazione porta a rilevare che, mentre nell'art. 69, comma 1, e nell'art. 282, comma 2, si fa riferimento alla «*frode*», l'art. 283, comma 7, discorre di «*atti di frode*». Se ne potrebbe ricavare *prima facie* una differenza sostanziale essendo la nozione degli atti di frode, richiamata anche nell'art. 77, comma 1, a proposito dell'inammissibilità del concordato preventivo, tipicamente (meglio, *prima facie*) riconducibile al compimento di atti dispositivi volti a sottrarre il patrimonio alla garanzia generica dei creditori (art. 2740 c.c.). Sennonché, ai fini che ne occupano, la considerazione unitaria della «*frode*» e degli «*atti di frode*» si impone perché in tutti i casi considerati ciò che viene in rilievo, da un lato, è la «*meritevolezza*» soggettiva del debitore[88] e, dall'altro, la frode in danno dei creditori imperniata nell'aver dato causa alla situazione di sovraindebitamento[89]. L'esclusione dal beneficio previsto dall'art. 283, comma 7, non può, dunque, che essere altro rispetto alle azioni revocatorie o di simulazione che possono essere proposte nell'impugna-

[81] In senso conforme, v. G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, 346; S. Pagliantini, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 691; R. Ricciuto, *Il sovraindebitamento nella legge delega sulle crisi d'impresa*, cit., 192. Così pure S. Miglietta, *Il piano del consumatore e la ristrutturazione dei debiti del consumatore tra vecchia disciplina e disciplina riformata*, in C. Cracolici-A. Curletti-B. Gardella Tedeschi (a cura di), *Sovraindebitamento del consumatore e crisi d'impresa*, Milano, 2021, 143, S. Pacchi, in S. Pacchi-S. Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, 126, e A.Pini-A. Porcari, *La disciplina residuale*, in S. Sanzo-D. Burroni (a cura di), *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 276.

[82] P. Femia, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale*, in E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana e V. Rizzo (a cura di), *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, Napoli, 2019, 240.

[83] S. De Matteis, in R. Bocchini - S. De Matteis, *Profili civilistici del sovraindebitamento alla luce della legge delega di riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2018, 656, testo e nota 49.

[84] Nel testo risultante dalla modifica apportata dal correttivo.

[85] Il comma 7 circoscrive l'oggetto del giudizio, specificando espressamente che il Tribunale deve valutare la «*meritevolezza*» del debitore «*a tal fine*» verificando l'insussistenza di atti di frode e la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dell'indebitamento. La lettura *a contrario* del comma 3 ci restituisce, dunque, un giudice che, per verificare la meritevolezza del debitore, deve accertare (solo) l'assenza di frode, dolo e colpa grave.

[86] P. Femia, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale*, cit., 240

[87] C.L. Appio, *L'esdebitazione del sovraindebitato incapiente: una seconda chance per il debitore meritevole*, in *www.ilcaso.it*, 12.

[88] È evidente allora che l'*outing* del debitore (nel senso di rendere noto l'atto in frode in corso di procedura, ma anche con il ricorso) non può in alcun modo giovare all'omologazione rilevando - nell'ipotesi che si va considerando nel testo – il mero aspetto soggettivo della meritevolezza (A. Crivelli, *Ristrutturazione dei debiti del consumatore*, cit., 108).

[89] S. Pagliantini, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 705.

tiva dei suddetti atti e contratti[90] e non può dipendere solo dal compimento di atti dispositivi frodatori, che costituiscono, peraltro, un *minus* rispetto alla frode intesa, con funzione general preventiva, come anticipazione di tutela alla soglia del dolo[91]. Se, invero, ai sensi dell'art. 283, comma 7, rileva (anche) il dolo e se quest'ultimo coincide con un atto intenzionale, o meglio con un volontario comportamento, la nozione di «*atti di frode*» non può che sostanzialmente coincidere con la «*frode*» come comportamento malizioso a danno altrui o come particolare qualificazione del raggiro, costituente la più specifica ed estrema applicazione del concetto di inganno mediante azioni. In quest'ultimo senso è lo stesso CCI a far coincidere la frode con gli atti diretti a frodare le ragioni dei creditori (cfr. artt. 72, comma 1, e 82, comma 1) e ad escludere l'esdebitazione qualora il debitore coltivi propositi fraudolenti presentando una documentazione incompleta o inattendibile (cfr. art. 283, comma 4, lettera d)[92].

7. La diligenza del consumatore

La valutazione del Tribunale ha come base di partenza la relazione dell'OCC che, ai sensi dell'art. 68, comma 2, lettera a), deve, tra l'altro, indicare le cause dell'indebitamento e la diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni. Le conclusioni dell'OCC non sono, in ogni modo, vincolanti per il giudice che potrà disattenderle sia nel caso in cui esse siano positive per il debitore, sia nel caso in cui ne evidenzino la colpa (grave).

Deve notarsi che, mentre nell'art. 68 si fa riferimento alla diligenza *tout court*, l'art. 69, comma 1, richiama la colpa grave. Sembra allora esservi un difetto di coordinamento che va risolto nel senso che l'OCC deve avere riguardo al parametro della diligenza minore sul quale ci si è soffermati nel precedente paragrafo, residuando la diligenza come uno dei criteri per misurare il contenuto e gli effetti del piano[93].

Il controllo del Tribunale, lungi dal porsi su una direttrice opposta rispetto alla degiurisdizionalizzazione e privatizzazione del diritto concorsuale[94], si pone nel solco della Raccomandazione UE n. 135/2014 la quale, nel considerando n. 17, sottolinea la necessità di limitare l'intervento del giudice «*ai casi in cui è necessario e proporzionato per tutelare gli interessi dei creditori e terzi eventuali*», così come accade nell'ipotesi che si va considerando prospettando il debitore una modifica unilaterale del rapporto obbligatorio. Il più penetrante sindacato dell'organo giurisdizionale fa, dunque, da contraltare alla regola di «*forza maggiore sociale*»[95] che esprime una rimodulazione non negoziata del debito.

Non distinguendo il codice del consumo tra un consumatore incolpevole ed uno colpevole, se il consumatore insolvente deve andare immune da colpa grave[96] (art. 69, comma 1), è allora l'impiego di un minimo di diligenza che viene a fungere da criterio distintivo tra una disciplina marcatamente premiale ed una (la liquidazione controllata) che tale non è. Se è sufficiente una diligenza mitigata, minore, debole come dir si voglia[97], è all'opposto gravemente colpe-

[90] S. Landini, (voce) *Esdebitazione*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 443.

[91] Gli «*atti di frode*» del debitore incapiente vanno, dunque, interpretati in logica disomogenea - e più ampia - rispetto a quella che già guida la lettura dell'art. 173 l.fall. (conf. F. Pasquariello-M. Ranieli, *L'omologazione del piano del consumatore sovraindebitato*, cit., 262; N. Soldati, *La nuova procedura di liberazione dei debiti del debitore incapiente*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 1063).

[92] Non a caso il CCI pone, tra i doveri delle parti, il dovere del debitore di «*illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelto*» e l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e nella fase che le precede (art. 4, comma 1).

[93] G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 89.

[94] Così, invece, A. Crivelli, *op. cit.*, 45.

[95] *Recte*, l'«*inadempimento di necessità*»: cfr. G. Grisi, *L'inadempimento di necessità*, in *juscivile.com*.

[96] Pothier, in accordo con la maggior parte degli antichi interpreti, distingueva tre gradi di colpa: la colpa grave (*culpa lata*), che presuppone nell'agente una negligenza imperdonabile o una completa inettitudine, tanto da essere assimilata al dolo; la colpa lieve (*culpa levis* o *levior*), che è quella che non commette il *diligens pater familias*, uomo dotato di quella diligenza media che corrisponde alla "*cura ordinaria che le persone prudenti usano nei loro affari*"; la colpa lievissima (*culpa levissima*), che è quella che non è ascrivibile ad un uomo dotato di una diligenza eccezionale.

[97] Ciò che rileva, infatti, è la modulabilità concreta di una disciplina per *status* economici, più che normativi (R. Ricciuto, *Il sovraindebitamento nella legge delega sulle crisi d'impresa*, cit., 191) confezionata a guisa di un dispositivo che, derogando all'art. 1372 c.c., elasticizza l'obbligatorietà del contratto in base ad una diligenza attenuata del consumatore sovraindebitato (S. Pagliantini, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 706).

vole quel debitore che pone in essere un comportamento avventato, caratterizzato cioè da una negligenza di particolare rilevanza (*i.e.*, macroscopica, imperdonabile)[98], da un'inammissibile trascuratezza e negligenza dei propri doveri, coniugata alla prevedibilità delle conseguenze dannose della condotta. Ipotesi indiscusse di colpa grave appaiono, dunque, quelle che la dottrina penalistica riconduce allo schema della colpa con previsione dell'evento dannoso.

Il consumatore nell'àmbito delle procedure di sovraindebitamento non viene, dunque, in considerazione come mero soggetto debole, ma come soggetto che - nelle contrattazioni che hanno condotto al sovraindebitamento - ha assunto comportamenti sostenibili e ponderati; come soggetto, allora, che merita di accedere a forme premiali ed agevolate di soluzione della propria crisi finanziaria[99].

Da questa constatazione segue come corollario che il piano di ristrutturazione dei debiti, come strumento speciale, è ritagliato non su un presupposto astratto di debolezza di una delle parti (secondo la classica disciplina dello *status* che ipotizza la categoria del contraente debole), bensì sulla diversa situazione di eccezionalità e non imputabilità della crisi finanziaria della persona fisica. Ma se lo strumento speciale non è pensato per il consumatore in quanto tale, ma per il debitore consapevole, deve notarsi come il CCI operi (rispetto al codice del consumo) un ridimensionamento per difetto dello *status* generale di consumatore[100].

Nel delineato contesto il giudizio del Tribunale non può prescindere dal fatto il legislatore vuole che qualunque debitore non sottovaluti mai la necessità di una costante valutazione della sostenibilità del debito in quanto propedeutica: 1) alla tempestiva individuazione di indizi di crisi (art. 2086 c.c.); 2) al permanere della continuità aziendale (art. 2086 c.c.); 3) all'assunzione delle obbligazioni in modo proporzionato alle proprie capacità patrimoniali (v. artt. 68, comma 3, 76, comma 3, e 283, comma 5, CCI).

In questo non può non cogliersi un nesso con l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e nella fase che le precede (art. 4, comma 1, CCI). Come si avverte, infatti, si tratta di norme direttamente applicabili alla fattispecie, la cui violazione determina conseguenze apprezzabili sul piano giuridico[101].

Queste previsioni costituiscono riprova della centralità del tema della responsabilità nella gestione del patrimonio del debitore, sia esso consumatore sia esso imprenditore, in funzione di prevenzione dell'indebitamento ovvero della crisi o dell'insolvenza[102].

A tal proposito nella Relazione illustrativa si portano, a titolo di esempio, l'aver assunto obbligazioni sproporzionate alla capacità di adempimento oppure l'aver omesso di svolgere una possibile attività lavorativa idonea all'adempimento degli obblighi assunti. Il consumatore può, dunque, accedere al piano ogni volta che la consistenza del patrimonio avrebbe ragionevolmente consentito l'assunzione dei debiti, in quanto la causa del sovraindebitamento è imputabile ad eventi imprevedibili.

Più in generale, tenuto conto che si deve trattare di un consumatore e, quindi, di un soggetto non tecnicamente preparato, va rimarcato che la colpa grave è ravvisabile nella condotta di colui che agisce con straordinaria ed inescusabile imprudenza e che omette di osservare non solo la diligenza del buon padre di famiglia, ma anche quel grado minimo ed elementare di diligenza che tutti osservano. Il giudizio deve essere, quindi, calibrato su un livello molto basso di capacità previsionale[103], posto che il modello di un "*consumatore ragionevolmente accorto*" non può essere improntato ad una eccessiva rigidità pena il distacco rispetto al modello del cd. "*consumatore reale*", che normalmente è un soggetto non esperto e non in grado di comprendere tutte le implicazioni sul proprio patrimonio del ricorso al credito[104].

A tal proposito è abbastanza evidente l'incidenza nel giudizio di omologazione del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore della (corretta) valu-

[98] P. Forchielli, (voce) *Colpa* (dir. civ.), in *Enc. giur. Treccani*, 1989, VI, 4.

[99] R. Ricciuto, *op. cit.*, 190.

[100] R. Ricciuto, *op. cit.*, 191.

[101] M. Fabiani, *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, cit., 166. Coglie bene il punto G. D'Attorre, *I principi generali nel diritto della crisi d'impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1091, il quale sottolinea che la violazione del dovere informativo può essere ostativa al beneficio dell'esdebitazione.

[102] U. Rana, *Consumatore e procedura di allerta*, in E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana e V. Rizzo (a cura di), *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, Napoli, 2019, 51.

[103] A. Crivelli, *Ristrutturazione dei debiti del consumatore*, cit., 100.

[104] G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 88.

tazione del merito creditizio del richiedente operata dall'organismo di composizione della crisi.

Ben potrà (ma non necessariamente dovrà[105]), infatti, ritenersi non colpevole[106] il debitore al quale sia stato concesso credito all'esito di una completa, trasparente e consapevole istruttoria del soggetto finanziatore[107]. Gli artt. 68, comma 3, e 69, comma 2, CCI, nel delineare i presupposti per la qualificazione della condotta del finanziatore in termini di colpa rispetto all'indebitamento[108], giustificano infatti *prima facie* una maggiore elasticità nel giudizio della situazione del consumatore[109], in caso di inadempimento dell'obbligo di valutare il merito creditizio[110]. Ma è pur vero che l'assunzione da parte del consumatore di debiti insostenibili senza alcun valido motivo[111] è considerata preclusiva dell'accesso alle procedure concorsuali speciali, stante la sussistenza dell'obbligo del consumatore (nei limiti della sua capacità e conoscenza) di astenersi da operare nel mercato e concludere contratti che sa - o è in grado di sapere - di non poter onorare[112]. In ciò, come si accennava, è riconoscibile la tendenza alla responsabilizzazione del consumatore, non più mero soggetto passivo di tutele[113]. Solo il consumatore responsabile, perché osservante di un minimo di diligenza, merita l'accesso alle tutele speciali di cui agli artt. 67 ss. CCI[114].

All'opposto, è senz'altro doloso/fraudolento, o quantomeno affetto da colpa grave, il comportamento del debitore che non ha consentito un sufficiente e proporzionato scambio di informazioni a favore del soggetto finanziatore[115].

---

[105] Tra la condotta del finanziatore e la meritevolezza del debitore non è, infatti, necessariamente rinvenibile un diretto collegamento, dovendosi considerare che la prima interferisce sull'atto di concessione del singolo credito, lì dove la meritevolezza abbraccia, invece, il complessivo comportamento del consumatore nei confronti della pluralità dei creditori. *Ergo* non esiste alcun automatismo tra negligente condotta del finanziatore e meritevolezza del debitore (cfr. G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 349).

[106] Al più potrebbe essere riscontrata la colpa lieve.

[107] Detto con altre parole, l'assenza di colpa grave potrebbe sussistere ogniqualvolta il sovraindebitamento è stato determinato dalla condotta del creditore (specie se trattasi di soggetto professionalmente qualificato) che abbia indotto in errore il debitore (cfr. E. Pellecchia, *Primi provvedimenti sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento: in particolare il piano del consumatore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, 553). In questo senso cfr. anche P. Farina, *Le procedure concorsuali di cui alla legge n. 3 del 2012 e la (limitata) compatibilità con la legge fallimentare. Le problematiche della domanda e dell'*automatic stay, in *Dir. fall.*, 2017, I, 54, e R. Montinaro, *Il sovraindebitamento del consumatore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 818, ad avviso della quale «*se il finanziatore ha adempiuto compiutamente ai propri doveri, al consumatore sarà precluso l'accesso alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento che ne è derivata. Viceversa, se il finanziatore ha omesso di prospettare il rischio di indebitamento eccessivo, la negligenza del consumatore, ostativa all'accesso alla procedura ed al relativo effetto di cancellazione dei debiti, dovrà essere esclusa*».

[108] In questo senso si legge nella Relazione illustrativa che l'errata valutazione del merito creditizio può costituire elemento utile per valutare se il debitore sia stato indotto a sopravvalutare le sue capacità di adempimento.

[109] R. Di Raimo, *Consumatori e mercato nelle discipline della crisi. Notazioni preliminari*, in E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana e V. Rizzo (a cura di), *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, Napoli, 2019, 36.

[110] S. Pacchi, in S. Pacchi-S. Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 126, osserva che il risultato della valutazione dei comportamenti del debitore e del creditore conduce ad un bilanciamento processuale escludendo chi risulta soccombente dalle procedure compositive e dall'esdebitazione, se si tratta del debitore, o da azioni di autotutela se si tratta del creditore.

[111] Le motivazioni per cui è stato contratto il debito, invero, possono avere un loro rilievo, nel senso che a parità di situazione economico-patrimoniale vi può essere o no meritevolezza a seconda del fatto, ad esempio, che la stipula del finanziamento insostenibile sia stata indotta dal desiderio di mantenere un tenore di vita particolarmente agiato ovvero dalla necessità di pagare spese sanitarie proprie o dei propri familiari.

[112] Cfr. Trib. Napoli 12 ottobre 2016, in *Giur. it.*, 2017, 1569, che ha negato l'omologazione del piano del consumatore osservando che «*alcuna influenza, (in assenza di una espressa sanzione civilistica collegabile all'inadempimento del citato obbligo) sulla validità del contratto o sulla responsabilità patrimoniale del debitore, può avere la positiva valutazione del merito creditizio* ex *art. 124* bis *TUB*».

[113] V. Ricciuto, *Il sovraindebitamento nella legge delega sulle crisi d'impresa*, cit., 195.

[114] Sul punto v. anche N. Soldati, *La nuova procedura di liberazione dei debiti del debitore incapiente*, cit., 1063 s., ad avviso del quale «*la consapevolezza, ovvero la ragionevole previsione, dell'impossibilità di adempiere alle obbligazioni assunte depongono per l'esclusione della sussistenza di un accesso meritevole, ovvero proporzionato, al credito da parte del debitore con la conseguenza che il tribunale dovrebbe precludere l'accesso all'esdebitazione della persona fisica incapiente, indipendentemente dal fatto che lo stesso sia imprenditore o professionista, ovvero ancora consumatore*».

[115] Ciò, oltre a risultare dagli artt. 69, comma 1, 282, comma 2, e 283, comma 7, CCI, discende anche dal principio generale (o, meglio, dalla clausola generale) che impone al debitore, non solo di «*illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelto*» (art. 4, comma 2, lettera a), ma anche di comportarsi secondo buona fede e correttezza (art. 4, comma 1) e

Volendo raffinare gli strumenti dogmatici si può, a questo punto, convenire con chi ritiene che sia l'impiego di una *diligentia quam in suis* a rendere ammissibile *ex* art. 69, comma 1, il piano di ristrutturazione e, dunque, a scriminare tra responsabilità *ex* art. 2740 c.c. e la modifica unilaterale del rapporto obbligatorio[116].

Nel corso del tempo, infatti, abbandonata la teorica della *culpa levissima*, si è distinto tra *culpa lata* e *levis* e, per entrambi i gradi, si è distinto tra *culpa in concreto* e *culpa in abstracto*. Considerate *in abstracto*, la *culpa lata* e la *culpa levis* non si discostano significativamente dalle definizioni che ne davano i glossatori[117]. *In concreto*, invece, esse consistono, la prima, nel non impiegare la *diligentia quam suis*, la seconda, nel commettere una «*trascurataggine grave, avuto rispetto al modo comune di agire degli uomini; leggiera, avuta considerazione alle abitudini proprie del debitore*»[118]. Correlativamente, anche la diligenza è stata distinta in *diligentia in abstracto* (*diligentia diligentis*) e *diligentia in concreto* (*quam in suis rebus adhibere solet*). La *diligentia quam suis* rappresenta «*l'attitudine che il debitore assume al riguardo delle cose proprie*»[119] ed in quanto tale è configurabile con riferimento al contenuto di uno qualsiasi dei tre gradi di diligenza. Certo è che, nonostante in un primo momento si sia cercato tra i giuristi medievali di considerare questa forma di diligenza come un metro a sè stante, è prevalsa infine l'impostazione che la vede sussunta nella *culpa lata*.

Al di là della terminologia impiegata il riferimento resta, dunque, alla colpa grave (*culpa lata*), qui dovendosi rilevare che effettivamente la giurisprudenza più recente è sempre maggiormente incline a valorizzare la diligenza del caso concreto, attribuendo rilevanza allo sforzo personale, economico e tecnico che, nella singola situazione, si può chiedere al debitore (e cui egli è tenuto) per soddisfare l'interesse del creditore[120].

Se, dunque, lo scrutinio di ammissibilità, lungi dall'essere inteso come eccellenza morale sovralegale del debitore o come spirito collaborativo nell'arco della procedura[121], va operato alla stregua della condotta diligente al momento dell'assunzione delle obbligazioni[122], la scusabilità/inescusabilità incide, di conseguenza, sulla latitudine del patrimonio responsabile, nel senso di suscettibile di esecuzione concorsuale, se è vero che la «*meritevolezza*» attenua l'estensione della responsabilità patrimoniale cui il debitore consumatore sarebbe, viceversa, tenuto per effetto di una consapevole, e dunque gravemente colposa, assunzione sproporzionata di debiti[123]. Nel senso che una diligenza (non ordinaria, bensì) minore accorda debitore una "decadenza" dall'obbligazione e, specularmente, una malafede/*culpa lata* invece blindano i poteri di coercizione del creditore[124].

Nei casi di assenza di dolo, colpa grave o frode del debitore, dunque, il suo interesse è sempre prevalente rispetto a quello dei creditori, così divenendo (anche se il debitore è lievemente colpevole) un valore-fine, nel senso che i diritti dei creditori devono soccombere sino ad essere pretermessi, come dimostra l'art. 9, comma 1, lettera c)[125], che prevede l'esdebitazione del debitore incapiente a prescindere dalla convenienza dell'alternativa liquidatoria. Ed in questo non può non cogliersi la divaricazione esistente all'interno dello stesso CCI, ove il miglior interesse dei creditori (conformemente a quanto previsto dalla legge delega n. 155/2017[126]) finisce per condizionare la stessa ammissibilità della proposta di concordato in continuità (cfr. art. 84, comma 2).

così di non abusare del proprio stato patrimoniale e degli strumenti processuali collegati per ottenere vantaggi non giustificati.

[116] Così S. Pagliantini, *op cit*., 705. Più in generale, sono tutte le procedure volte alla composizione della crisi a manifestarsi come "*vicenda del rapporto obbligatorio*" (sul punto, cfr. G. Grisi, *L'esdebitazione del consumatore*, in *Europa e dir. priv*., 2020, 13 s.).

[117] V. P. Forchielli, (voce) *Colpa*, cit., 3.

[118] G. Giorgi, *Effetti delle obbligazioni*, in *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, libro I, parte II, Firenze, 1895, 29.

[119] M. Talamanca, voce *Colpa civile* (storia), in *Enc. dir*., VII, Milano, 1960, 526.

[120] Stesse conclusioni in F. Bocchini-E. Quadri, *Diritto privato*, Torino, 2018, 719.

[121] P. Femia, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale*, cit., 240.

[122] S. Alecci, *Profili procedimentali della ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in E. Pellecchia e L. Modica (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2020, 172.

[123] In senso diverso, fraintendendo però sia il testo dell'art. 69 CCI, sia la relazione illustrativa, P. Pirone, *Riflessioni intorno all'impatto del covid-19 sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento dei soggetti non fallibili*, cit., 1156, ad avviso del quale «*l'art. 69, 1° comma non ricomprende più tra le condizioni soggettive ostative all'ammissione alla procedura di ristrutturazione dei debiti il sovraindebitamento c.d. irresponsabile*».

[124] S. Pagliantini, *op cit*., 706 s.

[125] Rifluito nell'art. 283 CCI.

[126] Cfr. art. 6, comma 1, lettera l), n. 2). Sul punto, v. S. De Matteis, *I Principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall*., 2017, I, 1303.

8. *Il socio illimitatamente responsabile ed il coordinamento tra le procedure*

Tra le più importanti novità del CCI occorre annoverare l'estensione - sia pure in opposte direzioni - della disciplina sul sovraindebitamento ai soci illimitatamente responsabili (cfr. art. 79, comma 4, in tema di concordato minore della società, che fa salvo, però, il patto contrario[127]; art. 270, comma 1, modificato con il correttivo, relativamente alla liquidazione controllata)[128]. Questo significa, da un lato, che - laddove la società abbia fatto ricorso alla procedura di concordato minore o di liquidazione controllata - anche il socio beneficia degli effetti liberatori connessi alla procedura[129], sebbene limitatamente ai debiti sociali[130] e, dall'altro, che l'apertura della liquidazione controllata nei confronti della società si estende anche ai soci illimitatamente responsabili[131].

Le disposizioni appena richiamate devono essere lette congiuntamente alla previsione contenuta nell'art. 2, comma 1, lettera e), laddove si stabilisce che la qualifica di «*consumatore*» è attribuibile anche al socio illimitatamente responsabile di uno dei tipi societari ivi indicati[132], ancorchè «*per i debiti estranei a quelli sociali*». Il socio è, cioè, legittimato ad accedere in proprio alla procedura di sovraindebitamento, per tale via dovendosi ritenere superati quelle problematiche sorte in sede di applicazione della l. n. 3/2012, allorquando si era messa in dubbio l'utilizzabilità delle relative procedure da parte del cd. socio fallibile (perché, ad esempio, non receduto da oltre un anno)[133]. Per questa via è chiaro come il CCI si sia aperto ad una valutazione dell'àmbito applicativo soggettivo di carattere più sostanziale, ritenendo che sia proprio la situazione sostanziale del soggetto, piuttosto che la sua qualifica astratta e formale, a rappresentare l'elemento scriminante per l'applicazione di una normativa speciale[134]. Considerazione questa che, come già osservato, ha indotto il legislatore ad anticipare la nuova definizione di consumatore con il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. con modif. dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, cd. decreto Ristori, che ha modificato l'art. 6, comma 2, lettera b), l. n. 3/2012.

La prevista esclusione dei soli debiti sociali, peraltro, dovrebbe consentire l'inclusione nel piano di ristrutturazione dei debiti non solo delle obbligazioni aventi carattere personale o familiare, ma anche dei debiti derivanti da attività imprenditoriali, commerciali, artigiane o professionali dallo stesso eventualmente svolte[135], conformemente a quanto si è già osservato sulla possibilità per il consumatore di trattare

[127] Quest'ultima aggiunta è stata introdotta dal correttivo.

[128] La previsione in un primo momento era inserita tra le disposizioni di carattere generale (cfr. art. 65, comma 4, *ante* correttivo). Lo spostamento nella disciplina delle singole procedure alle quali si applica (concordato minore e liquidazione controllata) costituisce una modifica da apprezzare, non potendo trovare applicazione nel piano di ristrutturazione dei debiti, riservato al consumatore-persona fisica.

[129] L'art. 278, comma 5, prevede che l'esdebitazione concessa alla società ha efficacia anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

[130] L'art. 184, comma 2, l.fall. è stata sempre interpretato (cfr., ad esempio, Cass. 30 agosto 2001, n. 11343, in *Dir. fall.*, 2001, II, 1144) nel senso che l'effetto esdebitatorio connesso al pagamento parziale dei creditori sociali nel concordato non comporta l'estensione integrale della procedura ai soci. Ne consegue che i soci, da un lato, potranno beneficiare dell'effetto esdebitatorio relativamente alle obbligazioni sociali di cui rispondono come soci e, dall'altro, continueranno a rispondere in pieno dei debiti propri, diversi cioè da quelli connessi alla qualità di socio illimitatamente responsabile.

[131] A seguito delle modifiche introdotte con d.l. n. 137/2020, conv. con modif. dalla l. n. 176/2020, cd. decreto Ristori, anche l'accordo di composizione della crisi (art. 7, comma 3 *ter)* e la liquidazione del patrimonio del debitore (art. 14 *ter*, comma 7 *bis*) producono espressamente gli effetti nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

[132] Le società menzionate dalla legge sono la s.n.c., la s.a.s. e la s.a.p.a., con soci, quindi, illimitatamente responsabili e passibili di esser dichiarati falliti in conseguenza della procedura liquidatoria cui è sottoposta la società. La circostanza che non siano menzionati i soci della società semplice, parimenti illimitatamente responsabili, è irrilevante non essendo dubbia (anche in questo caso per evitare possibili incidenti di natura costituzionale: A. Napolitano, *L'accesso dei soci illimitatamente responsabili alle procedure concordatarie di composizione della crisi, il regime di impugnazione dei provvedimenti ed il fondo spese per il compenso dell'OCC*, in *Fallimento*, 2020, 793, nota 5) l'ammissibilità del ricorso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

[133] Per una sintesi del dibattito, cfr. N. Rondinone, *Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento quale espressione della nuova concorsualità* debtor oriented, in F. Fimmanò-G. D'Attorre (a cura di), *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Roma, 2017, 42.

[134] V. Ricciuto, *Il sovraindebitamento nella legge delega sulle crisi d'impresa*, cit., 190.

[135] In senso contrario, cfr. F. Michelotti, *I soci illimitatamente responsabili e le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2020, 319, ad avviso del quale il riferimento al socio contenuto nell'art. 2, comma 1, lettera e), deve essere inteso nel senso che «*i debiti non devono essere solo estranei a quelli sociali, ma anche all'attività imprenditoriale o professionale propria del socio stesso, anche se cessata*», e V. Zanichelli, *Il corposo*

il debito cd. promiscuo[136]. Se, invece, il socio illimitatamente responsabile volesse trattare, oltre ai debiti personali e all'eventuale debito promiscuo, anche il debito sociale (per una qualsiasi ragione non falcidiato[137]) non gli resterebbe che domandare la liquidazione controllata[138].

Avuto riguardo alla duplicità di natura delle obbligazioni che compongono la massa passiva del socio (consumatore) illimitatamente responsabile, questi potrebbe essere astrattamente sottoposto a due diverse procedure, una con riguardo ai debiti da consumatore ed un'altra per i debiti sociali nell'ambito della liquidazione controllata[139].

Al tal proposito, il considerando n. 21 della Dir. UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20.6.2019 specifica che «*non è possibile distinguere chiaramente tra debiti maturati in capo all'imprenditore nell'esercizio della sua attività o quelli maturati al di fuori di tali attività. Gli imprenditori non godrebbero efficacemente di una seconda opportunità per liberarsi dai debiti legati all'impresa e da altri debiti maturati al di fuori dell'impresa, se dovessero sottoporsi a procedure distinte con condizioni di accesso e termini*». L'art. 24 invita, quindi, gli Stati membri a provvedere affinché, al fine della liberazione da debiti, i debiti professionali contratti dall'imprenditore «*nel corso della sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale e debiti personali al di fuori di tale attività, che non possono essere ragionevolmente distinti dai primi, ... siano trattati in un'unica procedura*».

L'unica norma che in qualche misura riguarda questi casi è l'art. 271 CCI, rimasto immutato a seguito dell'intervento addizionale dell'art. 270, comma 1, che tuttavia non si pronuncia sulla prevalenza dell'una o dell'altra procedura, ma la logica insita nell'estensione al socio della procedura liquidatoria aperta nei confronti della società[140] dovrebbe far ipotizzare la prevalenza di quest'ultima sulla procedura di sovraindebitamento del socio attivata *successivamente* all'apertura della liquidazione giudiziale o controllata della società[141].

Maggiori perplessità sorgono con riguardo alla procedura di sovraindebitamento *preventivamente* attivata dal socio: l'*incipit* dell'art 270, comma 1, fa sorgere il dubbio della sua sopravvivenza alla liquidazione controllata successivamente richiesta dalla società. E ciò anche perché l'art. 2, comma 1, lettera e), prevedendo che il socio illimitatamente responsabile conserva la qualità di consumatore per i debiti estranei a quelli sociali, sembra escludere che l'insolvenza rispetto alle obbligazioni sociali possa comportare la revoca della ristrutturazione, anche in considerazione della preferenza che l'art. 7, comma 2, CCI esprime a favore delle procedure di composizione concordata della crisi. Queste notazioni, senza che possa negarsene il rilievo in base alla mera considerazione che la citata Dir. UE prevede che gli Stati membri assicurino il trattamento di tutti i debiti dell'imprenditore con un'unica procedura[142], potrebbero giustificare la stessa conclusione

restyling della legge sul sovraindebitamento, in *Fallimento*, 2021, 444.

[136] V. par. 4, testo e nt. 39. In senso più o meno analogo, v. P. Pirani, *Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento tra la l. n. 3/2012 e il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall*., 2021, I, 317, par. 8, secondo cui il socio fallibile può presentare una ristrutturazione dei debiti consumeristici o comunque di natura privata, ma non una proposta di concordato minore per risolvere la situazione debitoria personale di natura sociale. In senso diverso, cfr., però, A. Crivelli, *Riflessioni costituzionali sul CCI. L'imprenditore cancellato dal registro delle imprese e il socio illimitatamente responsabile garante. Il concordato minore in continuità e la sua esecuzione*, cit., 183 s., ad avviso del quale al socio sarebbe consentito trattare i debiti sociali nell'ambito del concordato minore, con tutto ciò che ne consegue in termini di difficoltà di coordinamento di questa procedura con quella instaurata dalla società in punto di percentuale di soddisfacimento dei creditori comuni (che ben potrebbe essere diversa nelle due procedure).

[137] Ad ogni modo, il socio può anche rinunziare al *beneficium excussionis*.

[138] In senso ancora più drastico, v. G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 338, ad avviso del quale il consumatore-socio illimitatamente responsabile non potrebbe trattare il debito sociale con nessuna delle procedure di sovraindebitamento.

[139] G.B. Nardecchia, *La riforma della legge fallimentare*, Bari, 2019, 254.

[140] E, dunque, la considerazione che il sovraindebitamento deriva (in questo caso) dalle obbligazioni sociali o da quelle sociali e personali insieme.

[141] In questo caso, infatti, tutti i crediti (anche quelli personali) nei confronti del socio vanno insinuati allo stato passivo della liquidazione giudiziale. Con la conseguente inammissibilità della procedura da sovraindebitamento *successivamente* attivata dal socio o richiesta nei suoi confronti (come nel caso di liquidazione controllata ad iniziativa del P.M. o dei creditori). Conf. L. Panzani, *Il socio illimitatamente responsabile*, in C. Cracolici-A. Curletti-B. Gardella Tedeschi (a cura di), *Sovraindebitamento del consumatore e crisi d'impresa*, Milano, 2021, 95.

[142] In senso contrario S. Leuzzi, *Le procedure da sovraindebitamento: profili generali*, in AA.VV. *Il nuovo sovraindebitamento*, Bologna, 2019, 31, e A. Crivelli, *Ristrutturazione dei debiti del*

nel caso in cui alla ristrutturazione dei debiti del socio-consumatore sopraggiunga la liquidazione giudiziale della società.

Possono coesistere anche la procedura di concordato preventivo o minore omologato della società e la procedura da sovraindebitamento del socio, posto che la classe dei creditori sociali è destinata ad essere soddisfatta non nell'ambito della procedura da sovraindebitamento (ben potendo il socio avvalersi del *beneficium excussionis*), ma direttamente in quella concordataria[143].

La menzione espressa nell'art. 2, comma 1, lettera e), del solo socio consumatore (persona fisica e con esclusione dei propri debiti sociali) non dovrebbe, comunque, escludere[144] che il socio illimitatamente responsabile non qualificabile come consumatore, oltre a beneficiare degli effetti esdebitatori conseguenti alla liquidazione controllata o al concordato minore cui è sottoposta la società, possa proporre un concordato minore[145]. Nemmeno è da escludere che il socio illimitatamente responsabile possa richiedere la liquidazione controllata[146]. Anche in questo caso il coordinamento tra le procedure potrebbe essere risolto come innanzi indicato[147].

Il riferimento dell'art. 2, comma 1, lettera e), al consumatore-persona fisica dovrebbe escludere che alla ristrutturazione dei debiti possano ricorrere le associazioni, i comitati e le fondazioni, e ciò indipendentemente dallo scopo in base al quale è sorta l'obbligazione.

9. Le procedure familiari

Il CCI, nel recepire le istanze di coordinamento delle procedure riguardanti il contesto familiare, ha previsto che i «*membri di una stessa famiglia*» possano presentare «*un unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento*» (art. 66, rubricato «*procedure familiari*») e, cioè, invocare l'applicazione di un'unica procedura (quale che sia tra le due tipizzate) sulla base di un piano di gruppo, con la precisazione (comma 3) che, per non pregiudicare i creditori di ciascun membro della famiglia, le masse attive e passive devono comunque restare distinte[148] (analoga precisazione è contenuta nell'art. 284, comma 3, a proposito del concordato di gruppo)[149].

Con questa precisazione, il legislatore sembra aver recepito l'orientamento giurisprudenziale[150] che, già nel vigore della l. n. 3/2012[151], riteneva ammissibile una procedura familiare unitaria a condizione che venisse rispettato il principio generale di cui all'art. 2470 c.c. e, quindi, il divieto di confusione dei patrimoni dei singoli membri della famiglia[152].

Nella presentazione del progetto congiunto deve, quindi, essere allegata l'esposizione economica di ciascun componente della famiglia, che dovrà versare in situazione di sovraindebitamento, con specificazione delle cause che l'hanno determinata delle condizioni di meritevolezza (nel senso espresso nei precedenti paragrafi) che parimenti dovranno essere vagliate con ri-

consumatore, cit., 50 s., entrambi sul rilievo che non possono pendere nei riguardi di un medesimo soggetto la procedura di ristrutturazione e quella di liquidazione giudiziale. In questo senso è anche L. Panzani, *op. cit*., 96, sebbene dubitativamente.

[143] Conf. S. Leuzzi, *op. loc. cit.*

[144] Il senso del citato art. 2, comma 1, lettera e), infatti, è solo che per il legislatore della riforma la distinzione tra soci illimitatamente responsabili, o no, è irrilevante ai fini della nozione di consumatore nell'istituto in esame.

[145] Cfr. F. Michelotti, *op. loc. cit*.

[146] G. D'Amico, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 323.

[147] In senso contrario, v. però L. Panzani, *op. loc. cit*., ad avviso del quale la procedura concordataria preventivamente attivata dal socio è destinata ad essere travolta dalla procedura liquidatoria successivamente aperta nei confronti della società.

[148] La famiglia non assurge, quindi, ad autonomo centro di imputazione di interessi, avendo il più limitato scopo di individuare i soggetti ai quali è riservata la possibilità di accesso congiunto (ma non indistinto) alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

[149] Come, peraltro, previsto nelle leggi sull'amministrazione straordinaria, che per prime avevano introdotto la disciplina unitaria dell'insolvenza di gruppo all'interno del nostro ordinamento.

[150] Parte della giurisprudenza di merito riteneva, infatti, ammissibile il piano del consumatore presentato da due coniugi debitori anche *sub lege* n. 3/2012, affermando che siffatta possibilità non è impedita dalla normativa in materia, specie laddove il piano è strutturato in modo da delineare in maniera chiara la situazione debitoria facente capo a ciascuno dei coniugi (v., ad esempio, Trib. Bergamo 26 settembre 2018, in *wwww.ilcaso.it*, ed ivi anche un'ulteriore rassegna, nonché più recentemente Trib. Napoli 1° luglio 2020, in *Fallimento*, 2021, 683, con nota di M. Messina, *Sovraindebitamento e rapporti familiari: ammesso il ricorso congiunto dei due coniugi*).

[151] Va ricordato che con d.l. n. 137/2020, conv. con modif. dalla l. n. 176/2020, cd. decreto Ristori, è stato aggiunto nella l. n. 3/2012 lo speculare art. 7 *bis*, rubricato "*Procedure familiari*", così finalmente disciplinandosi in modo espresso il fenomeno anche a legislazione vigente.

[152] M. Tola, *Procedure familiari e attività di impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1113.

ferimento a ciascun familiare. Così che la procedura familiare si aprirà per tutti o per nessuno, in quanto la sussistenza di elementi ostativi per il singolo membro determina l'inammissibilità del ricorso con riguardo all'intera procedura.

Peraltro, seppur la domanda è unica, differenziata dovrà essere la proposta di ciascun componente del gruppo familiare, da indirizzare, ovviamente, ai rispettivi creditori avuto riguardo al proprio attivo. Ciò onde evitare confusioni delle masse attive e passive.

Questa nuova prospettiva va salutata con favore perché risponde ad un dato di realtà, cioè quello per cui la situazione di difficoltà si fissa, il più delle volte, sul piano familiare, collegandosi con le esigenze di mantenimento e di assistenza dei vari componenti del nucleo. Un'ottica meramente individuale è, infatti, in questo contesto il più delle volte errata già della formulazione della diagnosi, mentre quella familiare è senz'altro più efficace sia nella valutazione concernente l'esistenza di una situazione di crisi o di sovraindebitamento, sia nella relativa gestione.

I membri della stessa famiglia[153] possono presentare un unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento alternativamente quando sono familiari conviventi o quando la situazione di crisi o insolvenza del gruppo familiare ha un'origine comune. L'utilizzo (da parte dell'art. 66, comma 1) della particella disgiuntiva «*o*» deve, infatti, far propendere per l'alternatività dei presupposti[154]. Così, mentre la convivenza rende possibile la composizione di tutti i debiti contratti da ciascuno dei familiari[155], qualunque ne sia la causa generatrice, la comune origine del sovraindebitamento consente di definire esclusivamente le situazioni coinvolgenti più soggetti legati tra loro da vincoli familiari ma che, in ipotesi, potrebbero anche non convivere[156]. La previsione di presupposti applicativi esclude, ad ogni modo, che l'accesso alle procedure familiari possa essere qualificato alla stregua di un diritto potestativo.

Il coordinamento tra il criterio di competenza previsto dall'art. 27, comma 2, CCI e quello indicato nell'art. 66, comma 4, CCI induce a ritenere (specie nel caso in cui la procedura familiare derivi non dalla convivenza, ma dalla comunanza del titolo) che l'unica domanda possa essere presentata innanzi ad uno dei giudici che sarebbero astrattamente competenti se le domande fossero state presentate separatamente[157], irrilevante essendo, ai sensi dell'art. 28 CCI, lo spostamento della residenza nell'anno anteriore alla presentazione della domanda.

Nel caso in cui siano presentate più richieste (e, quindi, siano state presentate più domande[158]) di risoluzione della crisi da sovraindebitamento riguardanti membri della stessa famiglia[159], il giudice adotta i (detipizzati, ma) necessari provvedimenti per assicurarne il coordinamento. A tal fine, non è neppure necessario il requisito della convivenza per l'ipotesi in cui le situazioni di sovraindebitamento riferibili ai componenti della stessa famiglia non abbiano una causa comune[160]. In quest'ultimo caso, la competenza spetta, co-

[153] Oltre al coniuge, si considerano membri della stessa famiglia i parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo, nonché le parti dell'unione civile e i conviventi di fatto di cui alla l. 20 maggio 2016, n. 76 (art. 66, comma 2). Ai fini del sovraindebitamento, dunque, il legislatore ha utilizzato una nozione di famiglia più ampia di quella impiegata in altri contesti (v., ad esempio, art. 230 *bis* c.c.). I richiami contenuti nell'art. 66, comma 2, se da un lato pongono la norma in sintonia con la recente evoluzione del diritto di famiglia, dall'altro, ripropongono inevitabilmente, anche nel sistema della crisi e dell'insolvenza, alcuni dei problemi interpretativi e dei dubbi di legittimità costituzionale già emersi in settori contigui dell'ordinamento (sul punto v., *amplius*, M. Tola, *op. cit*., 1115).

[154] R. Brogi, *Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi*, in *Fam. dir*., 2020, 192.

[155] Come nota V. Zanichelli, *Il corposo restyling della legge sul sovraindebitamento*, cit., 446, non è richiesto che la convivenza sia consacrata in un certificato anagrafico e questo significa che si tratta di uno stato di fatto che può essere anche provato diversamente.

[156] Il riferimento normativo ai «*membri della stessa famiglia*» conviventi e alla circostanza che il sovraindebitamento «*abbia un'origine comune*» è sintomo, dunque, della volontà del legislatore della riforma di delimitare l'applicazione dell'art. 66 CCI, da un lato, ai debiti contratti dai familiari conviventi e, dall'altro lato, ai debiti di familiari che hanno un'origine comune a prescindere dall'effettiva convivenza (conf. P. Pirani, *Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento tra la l. n. 3/2012 e il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., par. 9, nota 66; M. Tola, *op. cit.*, 1114).

[157] Conf. G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 385; A. Fabbi-F. Valerini, *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in M. Giorgetti (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al d.lgs. n. 14/2019*, Pisa, 2019, 78.

[158] La pluralità di domande è compatibile anche con l'eterogeneità delle qualifiche soggettive e del tipo di procedure a cui i singoli debitori chiedano di accedere (R. Brogi, *op. cit*., 196).

[159] Pur mancando nel comma 4 un richiamo al comma 2, deve ritenersi che la nozione di famiglia sia quella indicata in quest'ultima disposizione.

[160] Cfr. R. Brogi, *op. cit*., 196. L'appartenenza alla stessa famiglia può, dunque, dare vita al coordinamento tra procedure

munque, al giudice adito per primo (comma 4, in fine)[161], ma non è chiaro se la norma fissi un criterio di competenza sullo schema degli artt. 31 ss. c.p.c. ovvero se si limiti, invece, a rimettere a quel tribunale la competenza ad emettere ogni opportuno provvedimento[162]. Quest'ultima sembra la soluzione da prediligere, così che le procedure dovrebbero essere trattate dal giudice adito per primo, sempre che sia competente (art. 30 CCI)[163], onde il giudice adito successivamente dovrebbe emettere d'ufficio i provvedimenti necessari per il trasferimento della procedura avanti a quello adito per primo, il quale dovrebbe anche determinare quale deve essere l'OCC e di conseguenza il gestore cui affidare le gestioni riunite nel caso in cui i debitori si siano rivolti ad OCC diversi[164].

La liquidazione del compenso dell'Organismo di Composizione della Crisi è ripartita tra i membri della stessa famiglia in misura proporzionale all'entità dei debiti di ciascuno (comma 5). Da questa disposizione si desume che, pur rimanendo le masse passive distinte anche con riferimento alle spese di procedura, il compenso dell'OCC è unico e, quindi, non potrà che essere determinato sulla base della somma degli attivi delle singole masse e, alla stessa stregua, dalla somma dei passivi, attribuendo le voci comuni *pro quota*[165].

L'art. 66, comma 1, CCI non prevede un'autonoma procedura per regolare le crisi di sovraindebitamento del gruppo familiare, ma si limita a dare poche disposizioni che consentono, all'interno delle due procedure di sovraindebitamento tipizzate dal legislatore, di presentare un progetto unitario di soluzione della crisi con un'unica domanda.

È, infatti, previsto (art. 66, comma 1, ult. parte) che, laddove anche uno solo dei debitori non sia consumatore ma un professionista o un imprenditore, abilitato, dunque, a chiedere esclusivamente l'ammissione al concordato minore, al progetto unitario si applichino le disposizioni relative al concordato minore e ciò perché più favorevoli per i creditori[166]. Di conseguenza, in caso di domanda congiunta dei familiari con riferimento a debiti di natura mista - consumeristica e imprenditoriale - il concordato minore è la procedura destinata a prevalere rispetto alla ristrutturazione dei debiti[167].

In questo caso, il già ricordato principio di separazione delle masse attive e passive, esclude che vi possa essere un'unica votazione indifferenziata di tutti i creditori dei diversi membri della famiglia, imponendo viceversa che ciascun creditore sia chiamato a votare sulla proposta del componente suo debitore. Con la conseguenza che il concordato familiare potrà essere omologato nel solo caso in cui siano approvate tutte le proposte dei singoli membri[168].

Nel caso in cui, invece, tutti i componenti della famiglia abbiano la qualifica di consumatori, si applica la normativa contenuta negli artt. 67 ss. CCI sulla ristrutturazione dei debiti del consumatore[169]. In questo senso, non è escluso l'accesso alla procedura da sovraindebitamento da parte del titolare dell'impresa familiare (non sottoponibile a liquidazione giudiziale) per comporre una situazione debitoria di natura personale, consumeristica o comunque estranea all'attività d'impresa.

Il riferimento ad «*un unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento*» sembra, infine, esclude

disciplinato nell'art. 66, comma 4, CCI, ma non è, quindi, sufficiente per poter predisporre un piano di gruppo.

[161] Rileva, dunque, il deposito del ricorso, non l'apertura del procedimento.

[162] A. Fabbi-F. Valerini, *op. cit.*, 77.

[163] R. Brogi, *op. cit.*, 197.

[164] V. Zanichelli, *Il corposo restyling della legge sul sovraindebitamento*, cit., 447.

[165] V. Zanichelli, *op. loc. cit.*

[166] Cfr., in tal senso, la Relazione illustrativa ove si chiarisce che deve «*prevalere la disciplina del concordato minore, di maggior tutela per i creditori, in quanto sottoposta alla loro approvazione*».

[167] Nell'ipotesi di indebitamento dell'impresa familiare al quale si accompagna un indebitamento dei componenti della famiglia direttamente legato all'attività d'impresa familiare, trattandosi di un debito di «*origine comune*», è possibile presentare una domanda di concordato minore (cfr. M. Tola, *op. cit.*, 1116; v. anche P. Pirani, *Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento tra la l. n. 3/2012 e il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., par. 9, che esclude, invece, la possibilità per l'impresa familiare di comporre la propria situazione debitoria, avendo il legislatore descritto l'impresa familiare *ex* art. 230 *bis* c.c. come impresa individuale, laddove viceversa gli strumenti normativi individuati dall'art. 66 CCI sembrerebbero riferirsi a un soggetto *latu sensu* collettivo). Il debito imprenditoriale delle famiglie assume rilievo anche nell'ambito dell'azienda coniugale *ex* art. 177, comma 1, lettera d), c.c., ente collettivo distinto rispetto ai coniugi; di conseguenza, sembra applicabile in questo caso la fattispecie prevista dall'art. 66 CCI, con possibilità di presentare una domanda di concordato minore.

[168] G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 386.

[169] La sussistenza di cause soggettive ostative (art. 69, comma 1), anche limitatamente ad uno solo dei proponenti il progetto unitario, comporterà l'inammissibilità dell'unica domanda presentata. Lo stesso deve dirsi laddove sussistano condizioni ostative *ex* art. 77, comma 1, CCI.

che le procedure familiari possano attuarsi con la liquidazione controllata, che non ha carattere negoziale[170].

10. Società tra professionisti, condominio ed enti pubblici

Le procedure di sovraindebitamento (diverse dalla ristrutturazione dei debiti del consumatore) si applicano alla società tra professionisti in genere disciplinate per la prima volta con la l. n. 183/2011, alle società tra avvocati inizialmente disciplinate con d.lgs. n. 96/2001[171] (espressamente non assoggettabili a fallimento: art. 16, comma 3) e alle associazioni che hanno per oggetto esclusivo l'attività forense: tali enti rientrano nella nozione di «*ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa*»[172].

Generalmente si sostiene[173] che il condominio, non essendo una persona fisica[174], non può accedere al piano di ristrutturazione dei debiti, anche negandosi che esso abbia una soggettività giuridica, quantunque limitata ed attenuata, distinta rispetto a quella dei condomini[175].

Il Tribunale di Milano[176] ha rimesso, al riguardo, alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale se la nozione di consumatore, accolta dalla dir. 93/13/CEE, osti alla qualificazione come consumatore di un soggetto (quale il condominio nell'ordinamento italiano) che non sia riconducibile alla nozione di «*persona fisica*» e di «*persona giuridica*», allorquando tale soggetto concluda un contratto per scopi estranei all'attività professionale e versi in una situazione di inferiorità nei confronti del professionista sia quanto al potere di trattativa, sia quanto al potere di informazione. Ciò in ragione del fatto che l'estensione, a questi soggetti, della disciplina posta a tutela del consumatore garantirebbe loro una tutela idonea a ripristinare un effettivo equilibrio fra le parti.

Per quanto *prima facie* la nozione di consumatore adottata dal legislatore e dalla giurisprudenza comunitaria non sembri lasciar spazio ad interpretazioni estensive che autorizzino l'inclusione, tra i beneficiari della tutela consumeristica, di soggetti diversi dalle persone fisiche, la Corte di giustizia UE[177] ha viceversa ritenuto che nell'ordinamento italiano, non essendo il condominio né una persona fisica né una persona giuridica, nulla osti a che la giurisprudenza nazionale interpreti la normativa di recepimento nel diritto interno della Dir. 93/13/CEE in modo che le norme a tutela dei consumatori in essa contenute siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio, anche se lo stesso non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva, non essendo una persona fisica.

La Corte di giustizia ha, dunque, preferito confermare l'interpretazione tradizionale senza compiere nessuna apertura, rigettando la qualifica di consumatore del condominio. Non potendo richiamare la definizione di consumatore, per neutralizzare le clausole abusive pattuite dal condominio, si è appellata al diverso grado di armonizzazione delle tutele. In altre parole, per la Corte di giustizia, in base all'art. 169, par. 4 del TFUE, gli Stati sono liberi di garantire al loro interno un più elevato livello di protezione per i consumatori attraverso disposizioni nazionali più severe, purché compatibili con i trattati, e ciò autorizza i giudici italiani ad estendere l'ambito di applicazione delle norme sulle clausole abusive anche al condominio. Tale orientamento giurisprudenziale è in sintonia con il livello di armonizzazione previsto perché, anche se il condominio non è una persona fisica e non rientra

[170] G. D'Attorre, *op. ult. cit.*, 383. In senso diverso, v. R. Brogi, *op. cit.*, 194, che non sembra escludere la possibilità di presentare anche una domanda cumulativa di ammissione alla procedura di liquidazione controllata del sovraindebitato.

[171] L'esercizio della professione forense in forma societaria è stato poi ulteriormente disciplinato dall'art. 4 *bis* l. n. 247/2012, introdotto dall'art. 1, comma 141, lettera b), l. n. 124/2017, poi ulteriormente modificato dalla l. n. 205/2017.

[172] Ma cfr. A. Porcari, *Disposizioni comuni*, cit., 166 s., secondo la quale, certa l'assoggettabilità alle procedure da sovraindebitamento delle associazioni tra professionisti, l'esclusione delle società tra professionisti potrebbe essere sostenuta per la *ratio* delle indicate procedure, rivolte ai debitori "deboli" (in questo senso v. anche E. Cicinelli, *La nuova disciplina del sovraindebitamento*, cit., 39 s., e M. Rizzuto, *Concordato minore*, cit., 222).

[173] Da ultimo, A. Napolitano, *Sulla legittimazione del condominio ad accedere alle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2020, 277.

[174] È il vincolo posto dall'art. 2, lettera b), dir. 93/13/CEE che pare, dunque, impedire l'estensione della qualificazione di consumatore a soggetti che non rientrino nella categoria delle persone fisiche.

[175] Il piano, infatti, non può essere proposto per rappresentanza, sicché, se anche tutti i partecipanti al condominio avessero la qualità di consumatori, solo questi ultimi potrebbero, quali debitori, presentare, se sovraindebitati, il piano del consumatore.

[176] Ord. 1 aprile 2019, in *Corr. giur.*, 2020, 199.

[177] Sent. 2 aprile 2020 (causa C-329/2019), in *Corr. giur.*, 2020, 893.

nella nozione di "consumatore", nulla vieta al diritto italiano di estendere le norme in materia di consumatori ai rapporti tra condominio ed imprese, se il fine è quello di assicurare un livello di tutela più elevato[178]. Ne deriva che per il diritto dell'Unione europea il condominio non è consumatore, perché non è persona fisica, anche se per il diritto italiano può comunque essere considerato beneficiario della tutela che hanno i consumatori, avendo la direttiva sulle clausole abusive assicurato una tutela minima suscettibile di essere ampliata dai legislatori dell'attuazione[179].

Se il condominio è certamente legittimato ad accedere al concordato minore, aperto (art. 74 CCI) a tutti i debitori di cui all'art. 2, comma 1, lettera c), in stato di sovraindebitamento, escluso il consumatore, qualche dubbio è stato paventato per l'accesso alla liquidazione controllata. Non sembra, però, che l'esclusione possa essere motivata in base alla impossibilità di estensione degli effetti della procedura ai soci[180].

Ai sensi dell'art. 31, comma 1, d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, la *start-up* innovativa non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal Capo II della l. n. 3/2012[181]. Tale ultima previsione risulta è stata abrogata dall'art. 1, comma 2, lettera c), CCI che prevede espressamente per la *start-up* innovativa l'assoggettamento alle procedure da sovraindebitamento.

Trascorsi sessanta mesi, la società perde la qualifica di *start-up* (cfr. art. 25 d.l. n. 179/2012)[182]. La *start-*

[178] G. Spoto, *Il condominio non è un consumatore ma ha le stesse tutele*, in *Corr. giur*., 2020, 900.

[179] R. Calvo, *Complessità personificata o individualità complessa del condominio-consumatore*, in *Giur. it.*, 2020, 1325.

[180] Così, invece, A. Napolitano, *op. cit.*, 282.

[181] L'art. 25 d.l. n. 179/2012 definisce *start-up* innovativa la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, le cui azioni o quote non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione, che possiede i seguenti requisiti: è costituita da non più di 60 mesi; è residente in Italia ai sensi dell'art. 73 d.p.r. n. 917/1986, o in uno degli Stati membri UE o in Stati aderenti all'Accordo SEE, purché abbia una sede produttiva o una filiale in Italia; a partire dal secondo anno di attività della *start-up* innovativa, il totale del valore della produzione annua - così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio - non è superiore a 5 milioni di euro; non distribuisce e non ha distribuito utili; ha quale oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico ovvero ha come oggetto sociale la promozione dell'offerta turistica nazionale attraverso l'uso di tecnologie e lo sviluppo di software originali; non è stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda. La *start-up* innovativa deve, inoltre, possedere almeno uno dei seguenti ulteriori requisiti: 1) le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 15% del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della *start-up* innovativa; 2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca ovvero, in percentuale uguale o superiore a due terzi della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di laurea magistrale; 3) sia titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale ovvero sia titolare dei diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore, purché tali privative siano direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa.

[182] Precisa Trib. Genova 3 novembre 2019, in *Fallimento*, 2020, 1132, e in *Dir. fall*., 2020, II, 1160, in *Giur. it*., 2020, 2177, e in *Giur. comm*., 2021, II, 153, che, ai fini dell'esclusione delle *start-up* innovative dall'applicazione delle procedure concorsuali (diverse da quelle previste per il sovraindebitamento), il periodo quinquennale previsto dall'art. 31 del d.l. n. 179/2012 decorre dalla data della costituzione della società e non da quella successiva della iscrizione nel registro delle imprese. La non fallibilità della *start up* è prevista fin dalla data di costituzione e copre anche il periodo in cui le stessa non ha ancora perfezionato l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese. Pertanto, considerato che la start up deve essere "coperta" dall'esonero delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare anche in tale periodo iniziale, proprio questo periodo viene conteggiato nel quinquennio nel quale è imposto ai creditori un maggior sacrificio (A. Picchione, *La "difficile" esenzione dal fallimento delle* start up *innovative in crisi*, in *Dir. fall*., 2020, II, 1180; in senso critico, v. però E. Fregonara, Start up *innovative: esenzione dal fallimento e procedura di sovraindebitamento*, in *Giur. it*., 2020, 2184, e S. Michelin, *"Costituzione" di* start-up *innovativa e strumenti di gestione della crisi d'impresa. Riflessioni a margine dell'art. 31 d.l. 179/2012*, in *Giur. comm*., 2021, II, 162, ad avviso delle quali l'impresa innovativa può ritenersi concretamente operativa solo dal momento dell'iscrizione e, quindi, da quando può beneficiare dello speciale *status*). La decorrenza del *dies a quo* del periodo esentivo alla data di costituzione della società corrisponde all'opinione diffusa in dottrina e consolidata nella giurisprudenza secondo la quale per le società la costituzione la costituzione deve ritenersi coincidente con quello dell'iscrizione alla sezione ordinaria del registro delle imprese. Poiché dunque l'iscrizione è condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'acquisto della qualità d'imprenditore, è logico riferirsi alla costituzione anche per individuare il *dies a quo* del quinquennio agevolato durante il quale la *start-up* è esonerata dal fallimento (*amplius*, v. G.P. Macagno, *Esenzione temporanea delle* start-up *innovative dall'applicazione*

up, che ha smarrito i suoi caratteri distintivi o che non li ha mai avuti[183], è soggetta alle procedure concorsuali previste per l'imprenditore commerciale. Può, dunque, proporre il concordato minore o richiedere di essere assoggettata a liquidazione controllata, a condizione di dimostrare il possesso congiunto dei requisiti indicati nell'art. 2, comma 1, lettera d); diversamente resta assoggettata alla liquidazione giudiziale e può proporre il concordato preventivo.

Non applicandosi le norme del CCI allo Stato e agli enti pubblici (cfr. art. 1, comma 1), e perciò nemmeno le procedure di sovraindebitamento che sono disciplinate proprio dal CCI, pare doversi escludere ogni tentativo di applicazione estensiva delle procedure da sovraindebitamento agli enti pubblici[184].

Questa soluzione sembra trovare conferma nell'art. 2, comma 1, lettera c), CCI che, dopo aver elencato i soggetti che possono fare ricorso alle procedure di sovraindebitamento, contempla una norma di chiusura che apre le porte delle procedure minori anche "*ad ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza*". Pertanto, se per l'ente pubblico è prevista una procedura liquidatoria da una "*legge speciale*" non è possibile accedere alle procedure di sovraindebitamento per il caso di crisi o di insolvenza[185].

Le norme del CCI, ed in particolare quelle del sovraindebitamento, sono invece astrattamente applicabili alle società pubbliche (che enti pubblici non sono), cioè alle società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società in *house* di cui all'art. 2, lettere m), n) e o) d.lgs. n. 175/2016 (art. 2, comma 1, lettera f)[186].

L'art. 1, comma 3, CCI, che fa "salve" le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche, consente, infatti, di applicare di alle società pubbliche le disposizioni speciali di cui al d.lgs. n. 175/2016, ma di certo non esclude l'applicabilità di quelle ordinarie. In concreto, però, sarà estremamente difficile che una di queste società riesca a dimostrare il possesso congiunto dei requisiti quantitativi indicati nell'art. 2, comma 1, lettera d), CCI.

di Stanislao De Matteis
Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione

delle procedure concorsuali e accesso al procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento, in *Fallimento*, 2020, 1139).

[183] Anche la *start-up* che perde uno dei requisiti previsti dall'art. 25, comma 2, d.l. n. 179/2012 prima dei cinque anni dalla sua costituzione non è più soggetta alla speciale disciplina prevista e, quindi, all'esenzione dalle procedure concorsuali. Peraltro, spetta alla società resistente l'onere di provare la sussistenza dei requisiti di legge del suo *status* di *start-up* innovativa (cfr. Trib. Udine 22 maggio 2018, in *Dir. fall*., 2019, II, 499).

[184] F. Grieco, *Le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 149. Per una lettura critica v., però, F. Fimmanò, *Il sovraindebitamento per gli enti pubblici*, in M. Pollio (a cura di), *La riforma del fallimento*, Italia Oggi, spec. n. 2/2019, 242; e per un approfondimento del tema F. Fimmanò-M. Coppola, *Enti pubblici e sovraindebitamento*, F. Fimmanò-G. D'Attorre (a cura di), *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Roma, 2017, 63. Il tema è stato affrontato recentemente anche da altra dottrina che, nell'ambito dei c.d. "Teatri stabili ad iniziativa pubblica" (ovverosia, teatri di prosa in mano pubblica costituiti in forma di fondazione, associazione o raramente di ente autonomo), ha affermato che quest'ultimi non sono assoggettabili al fallimento, alla liquidazione coatta amministrativa, alla amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi o ad altra procedura che possa definirsi "concorsuale". In altri termini, preso atto della sostanzialmente natura pubblica dei "Teatri stabili ad iniziativa pubblica" è stato ritenuto non applicabile – ai sensi dell'art. 1 l.fall. – a quest'ultimi la procedura fallimentare; esclusione che consentirebbe loro di avvalersi della procedura prevista dalla l. n. 3/2012 (cfr. C. Costa, *"Teatri stabili ad iniziativa pubblica" e procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 848, e in giurisprudenza Trib. Salerno 24 luglio 2020, in *Fallimento*, 2021, 235).

[185] È d'obbligo il rinvio alla procedura meramente liquidatoria per gli enti pubblici di cui alla l. n. 1404/1956, il cui art. 15 è stato abrogato dal d.l. n. 63/2002, convertito in l. n. 112/2002, e alle regionali emesse in attuazione del d.lgs. n. 207/2001. Da segnalare, però, che secondo L. D'Orazio, *I consorzi e le aziende speciali alla prova del sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2021, 248, queste procedure - non consentendo la "prosecuzione" dell'attività - non potrebbero qualificarsi come vere e proprie "*procedure concorsuali*"; di qui un'apertura anche per gli enti pubblici, economici e non, alle procedure da sovraindebitamento che, *sub* specie di concordato minore, questa possibilità assicurerebbero.

[186] Cfr., da ultima, Cass. 22 febbraio 2019, n. 5346, in *Dir. fall*., 2020, II, 822, per l'estensione della disciplina concorsuale alle società *in house*.

Edilizia residenziale pubblica ed espropriazioni immobiliari

SOMMARIO: 1. Le disposizioni della legge 30 dicembre 2020, n. 178: lavori preparatori e finalità • 2. L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo • 3. La comunicazione da parte del creditore procedente • 4. La sanzione della nullità • 5. Le procedure pendenti • 6. L'intervento nel processo esecutivo del comune o dell'ente erogatore del finanziamento • 7. La sospensione della procedura e la sospensione della vendita. • 8. La fattispecie prevista dal comma 378 e la sanzione dell'improcedibilità. • 9. Le procedure concorsuali • 10. Considerazioni conclusive

1. Le disposizioni della legge 30 dicembre 2020, n. 178: lavori preparatori e finalità

Con la legge 30 dicembre 2020, n. 178 (legge di bilancio 2021), in vigore dal 1° gennaio 2021, sono state introdotte, all'art. 1, commi 376 – 379, disposizioni particolari per le procedure esecutive aventi ad oggetto "*immobili realizzati in regime di edilizia residenziale pubblica convenzionata e agevolata che sono stati finanziati in tutto o in parte con risorse pubbliche*".

L'origine del "pacchetto" di disposizioni si deve ad un emendamento parlamentare dei relatori in commissione giustizia della Camera intitolato "*procedure esecutive su immobili siti in piani di zona*", sul quale il Governo aveva espresso parere contrario (per le ragioni che saranno di seguito esposte), ma che è stato alla fine approvato nel testo proposto.

Si legge nella relazione illustrativa[1] del comma 376 che con l'espressione "*edilizia residenziale convenzionata si fa riferimento a quegli interventi di edilizia residenziale posti in essere previa stipulazione di una convenzione con il Comune con la quale a fronte di concessioni da parte dell'amministrazione pubblica (riguardanti l'assegnazione o la cessione di aree su cui edificare o la riduzione del contributo concessorio),vengono assunti obblighi inerenti l'urbanizzazione del comparto e l'edificazione di alloggi di edilizia economico popolare e dalla quale inoltre discendono vincoli incidenti sulla successiva circolazione degli alloggi così realizzati*".

La lettura del testo di legge, unitamente alla rubrica originaria (che faceva riferimento ai "piani di zona") ed al passaggio della relazione illustrativa appena riportato, consente di delimitare l'ampio riferimento normativo agli "immobili di edilizia residenziale pubblica convenzionata e agevolata", distinguendo da questi ultimi gli immobili realizzati in regime di edilizia sovvenzionata.

La relazione illustrativa si sofferma infatti soltanto sugli interventi di edilizia convenzionata, specificamente su quelli realizzati da soggetti privati, a seguito di convenzioni stipulate con l'ente pubblico ai sensi dell'art. 35 della legge 22 ottobre 1971 n. 865; parimenti, i piani di zona sono strumenti attuativi di tali interventi[2]. Non vi è menzione alcuna dell'edilizia sovvenzionata.

Tradizionalmente quest'ultima tipologia di interventi, pur ascrivibile all'edilizia residenziale pubblica[3], si distingue dall'edilizia residenziale convenzionata per il fatto che gli alloggi sono costruiti da enti pubblici preposti al settore edilizio (quali IACP o ATERP e simili) e restano in mano "pubblica" fintantoché i soggetti privati beneficiari ne godono in regime di locazione (o assimilabile alla locazione), salvo acquisirne la proprietà individuale, a seguito di c.d. riscatto, ove previsto[4].

Di conseguenza, finchè gli immobili fanno parte del patrimonio indisponibile degli enti pubblici non sono soggetti a pignoramento. Quando poi, una vol-

[1] La Relazione illustrativa è contenuta nel dossier di documentazione sulla legge di bilancio reperibile sul sito istituzionale della Camera dei deputati.

[2] Il Piano di zona per l'Edilizia Economica e Popolare (P.E.P.P.) individua, nel contesto del Piano regolatore generale, le aree da destinare all'edilizia residenziale pubblica da parte del Comune, che le può espropriare e concedere in proprietà o diritto di superficie ai soggetti privati per la costruzione degli alloggi sociali.

[3] Vi sono diverse definizioni normative di edilizia residenziale pubblica, che tendenzialmente riservano la formulazione all'edilizia c.d. sovvenzionata (come l'art. 1 del d.P.R. 30 dicembre 1972, n. 1035 e l'art. 1 della legge 24 dicembre 1993, n. 560), ma l'espressione nel linguaggio comune comprende anche l'edilizia convenzionata e agevolata, cui specificamente si riferisce la disciplina in commento.

[4] L'art. 28 della legge n. 513 del 1977 disciplina la locazione degli alloggi ATERP (già IACP) con possibilità di riscatto da parte del locatore della proprietà dei beni assegnati, stabilendo un vincolo alla rivendita da parte di chi abbia riscattato la proprietà, a pena di nullità, rilevabile d'ufficio dal giudice e su rilievo di chiunque ne abbia interesse.

Inoltre vi è un diritto di prelazione dell'istituto pubblico che opera soltanto in caso di prima rivendita e può essere estinto dietro versamento di una somma all'istituto pubblico ai sensi dell'art. 25 della stessa legge n. 513 del 1977.

ta trasferiti in proprietà privata, venga attivata una procedura esecutiva nei confronti del privato proprietario, non vi sarebbe ragione di avviare il complesso "meccanismo" processuale introdotto dalle nuove disposizioni; delle due, infatti, l'una:

- o il soggetto creditore è lo stesso ente pubblico che ha venduto l'immobile al debitore esecutato e gode già di un trattamento normativo differenziato[5];
- oppure è il creditore particolare del proprietario del bene immobile pignorato ed, avendo già l'immobile realizzato la "funzione sociale" per la quale è stato edificato e poi ceduto in proprietà, non residuano margini ulteriori di possibile intervento pubblico, nei termini di cui si dirà affrontando la disciplina processuale delineata dalle nuove norme.

Piuttosto, il testo del comma 376 ne consente l'applicazione ai soli immobili realizzati in regime di edilizia "convenzionata e agevolata", vale a dire a quelli di cui al citato art. 35 della legge n. 865 del 1971 e ad altri, purchè finanziati con interventi creditizi o comunque agevolativi finalizzati alla realizzazione di alloggi a condizioni di particolare favore e con i contributi dello Stato, in conto capitale o in conto interessi, ovvero con i contributi (anche a fondo perduto) della Regione e/o del Comune, enti pubblici territoriali competenti a gestire la materia dell'edilizia residenziale pubblica[6]; sempreché l'intervento sia fatto oggetto di convenzione tra l'impresa costruttrice e la pubblica amministrazione[7].

Il tratto comune a tali tipologie di interventi e distintivo rispetto a quelli di edilizia sovvenzionata è che le finalità sociali sono garantite imponendo dei vincoli alla circolazione dei beni immobili, che gravano in primo luogo sui soggetti che hanno direttamente beneficiato del finanziamento pubblico, in quanto diretti destinatari delle erogazioni di denaro ovvero delle cessioni in superficie o in proprietà delle aree edificabili.

Soltanto nelle procedure esecutive nei confronti di questi soggetti può assumere un qualche significato l'«intervento» del Comune e/o dell'ente erogatore del finanziamento cui mirano le nuove norme[8].

Come si dirà meglio nel prosieguo si tratta infatti di un "intervento" del tutto peculiare, non finalizzato a fare valere un diritto di credito nei confronti del soggetto esecutato (il quale credito verrebbe soddisfatto soltanto a seguito della vendita coattiva del bene), ma, al contrario, finalizzato a preservare l'immobile dalla vendita coattiva, sottraendolo alla procedura esecutiva.

Sebbene la relazione illustrativa delle disposizioni in commento faccia menzione della sentenza della Corte di Cassazione, III, 5 agosto 1987, n. 6748, che ha escluso in caso di vendita coattiva l'operatività del vincolo di inalienabilità decennale di cui di cui agli artt. 29 della legge 14 febbraio 1963, n. 60, e 28, quinto comma, della legge 8 agosto 1977, n. 513 (norme applicabili all'edilizia propriamente sovvenzionata), in realtà tale richiamo si inserisce in un contesto illustrativo che lascia intendere come la questione cui la novella intende dare risposta attenga più in generale all'assoggettabilità ad espropriazione forzata degli alloggi sociali[9].

Considerato il testo dei commi 376-379 infine approvato è da ritenere che esso sia stato elaborato

[5] Ai sensi dell'art. 28 citato nella nota precedente, a garanzia del pagamento delle rate del prezzo di cessione l'ente cedente iscrive ipoteca sull'alloggio ceduto.

[6] In genere si distingue tra edilizia agevolata e edilizia convenzionata, facendo rientrare nella prima anche l'edilizia sovvenzionata e facendo rientrare nella seconda le fattispecie in cui l'immobile sia realizzato in convenzione con la pubblica amministrazione.

[7] Dalle convenzioni PEEP, previste dall'art. 35 della legge n. 865 del 1971 si usa distinguere le convenzioni di cui alla legge n. 10 del 1977, attualmente disciplinate dagli artt. 17 e 18 del d.P. r. n. 380 del 2001, che sono convenzioni urbanistiche con le quali, a fronte della riduzione degli oneri concessori da parte del Comune, il soggetto titolare del permesso di costruire si obbliga a realizzare opere di urbanizzazione.

[8] L'unico dato testuale che potrebbe indurre a ritenere disciplinati anche gli immobili dell'edilizia sovvenzionata è il riferimento al finanziamento "in tutto" con risorse pubbliche. Tuttavia si tratta di un dato talmente equivoco, nel contesto dell'intero "pacchetto" normativo, da non consentire di superare le obiezioni mosse nel testo all'applicazione della disciplina anche agli immobili degli istituti di edilizia residenziale pubblica (c.d. edilizia sovvenzionata).

[9] Vi si legge, infatti, quanto segue: "*In passato si è spesso posto il problema di stabilire se potessero essere sottoposti ad esecuzione forzata gli alloggi di edilizia economica popolare. La tematica sorgeva in quanto le norme che ne disciplinano la concessione (si veda, ad esempio, l'articolo 28 della legge 8 agosto 1977, n. 513) prevedono un vincolo decennale di inalienabilità diretto ad evitare che le agevolazioni concesse dallo Stato possano favorire intenti speculativi. Ci si chiedeva allora se il vincolo di inalienabilità valesse anche per i trasferimenti coattivi a seguito di vendita forzata. All'interrogativo ha risposto in senso negativo Cass. civ., sez. III, 5 agosto 1987, n. 6748 […]*".

tenendo conto dei principi generali espressi dalla richiamata giurisprudenza, in forza dei quali si perviene ad affermare l'insensibilità dell'esecuzione forzata ai vincoli di inalienabilità o comunque di circolazione degli immobili dell'edilizia residenziale pubblica, prescindendo dalla tipologia di intervento pubblico che ha originato la pronuncia del 1987.

Dato ciò, la *ratio* della novella va individuata nell'esigenza che la finalità sociale perseguita con la realizzazione degli alloggi sociali non venga frustrata nel caso di procedimento esecutivo sugli immobili.

Alla stregua infatti dei principi desumibili dalla richiamata giurisprudenza[10], l'espropriazione immobiliare sottrarrebbe definitivamente gli alloggi sociali alla loro finalità mediante la vendita forzata, anche prima che sia trascorso il periodo di inalienabilità previsto su base normativa o convenzionale ed indipendentemente dal fatto che l'acquirente possieda o meno i requisiti prescritti per la cessione originaria di quei medesimi alloggi[11].

2. Ambito di applicazione oggettivo e soggettivo

La *ratio legis* appena enunciata consegue all'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo della novella quale va ricostruito mediante la lettura combinata dei comma 376 e 377.

Il testo delle due disposizioni è il seguente:

«376. *Le procedure esecutive aventi a oggetto immobili realizzati in regime di edilizia residenziale pubblica convenzionata e agevolata che sono stati finanziati in tutto o in parte con risorse pubbliche sono nulle se il creditore procedente non ne ha dato previa formale comunicazione, tramite posta elettronica certificata, agli uffici competenti del comune dove sono ubicati gli immobili e all'ente erogatore del finanziamento territorialmente competente. La nullità è rilevabile d'ufficio, su iniziativa delle parti, degli organi vigilanti avvisati ovvero dell'inquilino detentore, prenotatario o socio della società soggetta alla procedura esecutiva.*

377. *Nel caso in cui l'esecuzione sia già iniziata, il giudice dell'esecuzione procede alla sospensione del procedimento esecutivo nelle modalità di cui al comma 376 per consentire ai soggetti di cui al citato comma 376 di intervenire nella relativa procedura al fine di tutelare la finalità sociale degli immobili e sospendere la vendita degli stessi».*

Dal punto di vista oggettivo, vale a dire dell'individuazione del bene immobile pignorato oggetto della procedura esecutiva cui si applicano le nuove disposizioni, il comma 376 contiene una previsione che appare particolarmente ampia.

Si è già anticipato che, esclusi gli immobili in edilizia sovvenzionata, vi sono contemplati gli immobili la cui costruzione sia stata finanziata con risorse pubbliche, da intendersi sia come finanziamenti agevolati, della più varia natura, che come finanziamenti a fondo perduto; tuttavia realizzati in regime di convenzione, stipulata tra l'ente pubblico finanziatore e il soggetto privato costruttore.

L'ampiezza dell'ambito oggettivo è stigmatizzata dal parere contrario all'emendamento espresso dal Governo, laddove si osserva che la previsione "*non appare univoca, dal momento che potrebbe potenzialmente ricomprendere non solo gli immobili sui quali sono in essere interventi pubblici di finanza agevolata o convenzionata, ma anche immobili che hanno goduto in passato di tali agevolazioni e sono stati venduti a nuovi soggetti che hanno acceso un mutuo per l'acquisto*".

In realtà, già l'espressione "*edilizia residenziale pubblica convenzionata e agevolata*" ne consente la lettura come un'endiadi, secondo quanto sopra esposto.

Essa cioè presuppone l'esistenza di una convenzione tra ente pubblico e soggetto attuatore del programma di edilizia residenziale pubblica nella quale sono trasfusi i diritti e gli obblighi di quest'ultimo, tra cui anche i vincoli alla circolazione del bene[12].

Fermo restando che l'opinione finora prevalente in giurisprudenza è stata nel senso dell'inoperatività di tali vincoli in caso di vendita forzata, le disposizioni della legge di bilancio non hanno portata tale

[10] Oltre a Cass. n. 6748/87, citata nella Relazione illustrativa, si vedano Cass., III, 13 aprile 2015, n.20600 e Cons. Stato, V, 16 novembre 2016, n. 4749. Hanno affermato la libera circolazione dei beni decorso il periodo di inalienabilità, Cass. 10 novembre 1998 n. 26915 e Cass. 27 dicembre 2017 n. 30951.

[11] Quanto detto nel testo consegue anche all'abrogazione del primo comma dell'art. 37 della legge n. 865 del 1971 (che consentiva la vendita coattiva degli immobili di edilizia residenziale pubblica soltanto ad aggiudicatari aventi i requisiti soggettivi richiesti per la loro locazione o assegnazione) ad opera dell'art. 44 della legge n 457 del 1978.

[12] I vincoli previsti dalla disciplina legale consistono nel divieto di alienazione per un certo tempo, nella previsione di particolari requisiti soggettivi in capo agli acquirenti, nella fissazione di un prezzo massimo di cessione, nella possibilità di affrancazione dal prezzo massimo di cessione, dietro versamento di un corrispettivo all'ente pubblico.

da smentire tale indirizzo. Esse, tuttavia, lo danno per presupposto e intervengono al fine di consentire che la convenzione che, regolando i rapporti tra ente pubblico e soggetto attuatore, determina lo "statuto" dell'immobile realizzato da quest'ultimo, venga introdotta nel processo esecutivo.

Tale lettura peraltro trova riscontro nel prosieguo della stessa disposizione.

Infatti la parte finale del comma 376, pur attenendo all'ambito soggettivo delle nuove disposizioni, finisce per delimitarne l'ambito oggettivo.

Sebbene anche per tale parte il comma risenta di una tecnica redazionale non particolarmente felice, l'individuzione dei soggetti (*organi vigilanti, inquilino detentore, prenotatario o socio della società soggetta alla procedura esecutiva)* cui, oltre le parti, è riservata l'iniziativa per il rilievo della nullità induce a ritenere che "*la società soggetta alla procedura esecutiva*" sia la società costruttrice e che, quindi, l'ambito dei debitori esecutati cui si applica la disciplina in esame sia quello delle cooperative edilizie, e dei loro consorzi, o delle imprese di costruzione, e dei loro consorzi, finanziati con risorse pubbliche per la realizzazione di alloggi sociali.

In correlazione, l'ambito oggettivo è quello degli alloggi sociali già realizzati da questi ultimi, quando siano locati a canone agevolato ovvero prenotati o assegnati ai soci per l'acquisto in proprietà a prezzo parimenti agevolato.

Si tratta di un ambito soggettivo e oggettivo comunque variegato, anche soltanto a voler considerare le società cooperative per la costruzione e l'acquisto di case popolari od economiche a favore dei propri soci (cfr. art. 16, comma 1, del RD 28 aprile 1938 n. 1165, recante "*approvazione del testo unico delle disposizioni sulla edilizia popolare ed economica*"), che si distinguono in quelle costituite per la realizzazione di fabbricati da "*assegnare ai soci in proprietà indivisa*"[13] e quelle istituite per la realizzazione di alloggi da "*assegnare in proprietà individuale*" ai singoli soci.

Quando gli alloggi da assegnare in proprietà individuale siano stati realizzati fruendo di mutui agevolati con contributo pubblico[14] l'acquisto della proprietà segue ad una fattispecie complessa a formazione successiva che trova perfezionamento esclusivamente con il frazionamento del mutuo assunto dalla cooperativa e la *"stipula del contratto di mutuo individuale"* da parte del socio assegnatario, come previsto dagli artt. 139 e 229 del RD n. 1165/1938[15].

Le norme fondamentali sulle cooperative edilizie che fruiscono di agevolazioni pubbliche regionali o statali si rinvengono, in primo luogo, nell'art. 35, comma 6, della legge 22 ottobre 1971 n. 865 *(Programmi e coordinamento della edilizia residenziale pubblica)* che -sostituendo l'art. 10 della legge 18 aprile 1962 n. 167 *(Disposizioni per l'acquisizione di aree fabbricabili per l'edilizia economica e popolare)*-

[13] La proprietà del fabbricato rimane in capo alla società cooperativa che instaura con i singoli soci autonomi rapporti di natura obbligatoria aventi ad oggetto l'attribuzione di diritti di godimento degli alloggi costruiti.

[14] Esulano dall'ambito applicativo delle disposizioni in commento gli alloggi costruiti dalle cooperative edilizie che non beneficiano di contributi pubblici, per i quali la sequenza "prenotazione – assegnazione" è stata ricostruita secondo la fattispecie contratto preliminare di vendita e contratto definitivo di trasferimento della proprietà dell'alloggio, con conseguente applicazione dell'art. 2932 c.c. ed applicabilità delle disposizioni di cui al RD n. 1165/1938 solo in caso di espresso richiamo operato dalle parti contraenti.

[15] Nel senso del testo è la giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione secondo cui "*"l'acquisto a favore dei soci della proprietà degli alloggi sociali si realizza attraverso un procedimento, comprendente una pluralità di fasi, attraverso le quali la posizione del socio si evolve, con l'acquisto di poteri sempre più intensi, fino a consolidarsi nell'acquisto del diritto di proprietà dell'alloggio. I momenti più significativi di tale procedimento sono quelli dell'assegnazione e del perfezionamento del mutuo individuale.*

L'assegnazione consiste nella consegna di un determinato alloggio ad un determinato socio ed attribuisce al socio assegnatario solo il diritto al godimento dell'alloggio, non già la proprietà di esso. L'assegnazione segna, peraltro, il termine iniziale dell'obbligazione, gravantesull'assegnatario, di pagare le quote di ammortamento del mutuo, per la parte gravante sull'alloggio assegnatogli. Invece, l'acquisto della proprietà dell'alloggio in capo all'assegnatario si verifica, ai sensi dell'art. 229 del citato T. U., in un momento successivo, con la stipulazione appunto del contratto di mutuo individuale. È, questo, dunque, un effetto che "non si verifica in virtù di un contratto, tanto meno di compravendita, conclusosi tra la cooperativa ed il socio, bensì in virtù ed al termine di un complesso procedimento, snodantesii in più fasi, di cui quelle ora menzionate costituiscono le più salienti; procedimento, che, perseguendo finalità pubblicistiche e riducendo, pertanto, notevolmente i margini di autonomia spettanti alla società ed ai soci, mal si adatta ad essere modellato secondo schemi tipicamente civilistici e, comunque, fa derivare i rispettivi diritti ed obblighi delle parti non dal contratto ma direttamente dalla legge" (cfr. Corte cass. *Sez.* 1, *Sentenza n.* 5346 *del* 02/06/1999; id. *Sez.* 1, *Sentenza n.* 3030 *del* 16/03/2000; id. *Sez.* 1, *Sentenza n.* 3150 *del* 05/03/2001; id. *Sez.* 1, *Sentenza n.* 5118 *del* 12/03/2004; id. *Sez.* 2, *Sentenza n.* 4626 *del* 27/02/2007; id. *Sez.* 1, *Sentenza n.* 11264 *del* 05/07/2012, tutte richiamate, da ultimo da Cass, sez. III, 17590/2018.

ha disposto la concessione del diritto di superficie sulle aeree espropriate ed acquisite al patrimonio indisponibile del Comune e ricomprese nel PEEP, ai fini della costruzione di alloggi popolari, con preferenza in favore delle *"cooperative edilizie a proprietà indivisa"* tenute a stipulare apposita convenzione con l'ente locale concedente nella quale debbono essere indicati anche *"i criteri per la determinazione e la revisione periodica dai canoni di locazione, nonchè per la determinazione del prezzo di cessione degli alloggi, ove questa sia consentita"* (art. 35, comma 8, legge n. 865/1971). La stessa disposizione, al comma 11, prevede, poi, l'alternativa della cessione da parte del comune dell'area in proprietà, sempre accompagnata dalla stipula di una convenzione tra comune e cessionario.

La successiva legge 17 febbraio 1992 n. 179 recante *"Norme per la edilizia residenziale pubblica"*, all'art. 8, comma 1, ha previsto che *"I contributi di cui all'articolo 19 della legge 5 agosto 1978, n. 457, come integrato dall'articolo 6 della presente legge, possono essere concessi per la realizzazione o il recupero di alloggi destinati alla locazione per uso abitativo primario, ai sensi delle disposizioni vigenti, per un periodo non inferiore a otto anni, ovvero assegnati in godimento da cooperative edilizie a proprieta' indivisa"*. La stessa legge n. 179 del 1992, al successivo art. 18, collocato sotto il capo IV intitolato

"Disposizioni per le cooperative a proprietà indivisa", ha disciplinato le modalità di trasformazione della società cooperativa edilizia a proprietà indivisa in cooperativa a proprietà divisa, disponendo, al comma 1, che *"Le cooperative a proprieta' indivisa che abbiano usufruito di agevolazioni pubbliche, statali o regionali, concesse prima della data di entrata in vigore della presente legge per la costruzione di alloggi da assegnare in uso e godimento ai propri soci, possono chiedere al CER o alla regione, in deroga al divieto statutario previsto dal secondo comma dell'articolo 72 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, e successive modificazioni, l'autorizzazione a cedere in proprieta' individuale tutti o parte degli alloggi realizzati ai soci che ne abbiano già ottenuto l'assegnazione in uso e godimento"*, e subordinando tale autorizzazione alla previa modifica dello statuto e dell'atto costitutivo della società, qualora la finalità di cessione in proprietà individuale non sia contemplata nell'oggetto sociale, nonché alla *"modifica della convenzione comunale di cessione o concessione dell'area"* ove la stessa non preveda l'assegnazione in proprietà individuale delle abitazioni realizzate.

Tenuto conto delle norme appena richiamate, maggiormente rilevanti per frequenza statistica, nonché di altre che variamente regolano gli interventi di edilizia residenziale sociale convenzionata e finanziata con risorse pubbliche, la su riportata espressione finale del comma 376 sta a significare che la disciplina prevista da questo comma, nonché dai successivi che vi fanno riferimento, in specie -come si dirà- laddove si riferiscono alla "finalità sociale" degli immobili, è volta a tutelare i conduttori, i prenotatari e i soci assegnatari rispetto ad una procedura esecutiva che veda soggetta la "società" costruttrice.

La tutela avuta di mira altro allora non può essere che la conservazione in capo ai detti soggetti della "disponibilità" degli alloggi sociali, che verrebbe meno ove questi fossero venduti coattivamente, a seguito dell'insolvenza della costruttrice e del suo assoggettamento ad espropriazione immobiliare.

Di qui, il duplice corollario che:

- non rientra nell'ambito di applicazione dei commi 376-379 la procedura esecutiva che, pur avendo ad oggetto un immobile realizzato in regime di edilizia residenziale pubblica convenzionata e agevolata, sia stato acquistato in proprietà individuale dal singolo socio (già prenotatario o conduttore); in sintesi, la disciplina in commento non si applica quando debitore esecutato è un soggetto diverso dalla società costruttrice;
- le tematiche del vincolo di inalienabilità e del vincolo del prezzo massimo di cessione degli alloggi sociali, e delle relative (eventuali) modalità operative nelle procedure per espropriazione immobiliare, esulano dall'oggetto della novella[16].

[16] Diametralmente opposta a quella del testo è l'interpretazione data ai comma 376-379 dell'art. 1 della legge di bilancio 2021 da Ferramosca – Iappelli, *Tutela della finalità sociale dell'edilizia convenzionata e agevolata ed espropriazione immobiliare: primo commento all'art. 1, 376°, 377°, 378° co. della legge di bilancio 2021*, in Riv. es. forzata, 2/21, dove si ritiene che le nuove disposizioni siano volte ad attribuire rilevanza ai vincoli di circolazione degli alloggi sociali e da ciò si traggono conseguenze interpretative e applicative ulteriori, in tema di poteri del giudice dell'esecuzione, finalità della comunicazione agli enti pubblici, portata meramente conoscitiva del loro "intervento", realizzazione della finalità sociale degli alloggi sociali mediante la trasposizione nel processo esecutivo dei vincoli di circolazione, tra cui in particolare il prezzo massimo di cessione e/o il prezzo di affrancazione.

Non si vuole con ciò certamente trascurare di considerare che sussistono tuttora questioni controverse in merito all'applicabilità, in ambito esecutivo, dei vincoli alla circolazione degli immobili realizzati in regime di edilizia residenziale pubblica convenzionata e agevolata[17]. Tuttavia si tratta di questioni che la novella non ha inteso né affrontare né, tanto meno risolvere, essendosi limitata, come detto sopra, a prendere atto della diffusa opionione giurisprudenziale dell'espropriabilità dei detti immobili, che è riscontrata dalla pendenza delle procedure esecutive immobiliari nei confronti dei soggetti privati attuatori dei programmi di edilizia residenziale pubblica.

In conclusione, la disciplina processuale che si andrà ad esaminare riguarda le procedure esecutive immobiliari che hanno ad oggetto alloggi sociali finiti e abitati da conduttori o assegnatari, realizzati con finanziamenti pubblici e nelle quali debitore esecutato è la società costruttrice beneficiaria del finanziamento pubblico, che abbia sottoscritto una convenzione col comune nel quale è ubicato l'immobile o con altro ente pubblico finanziatore.

3. La comunicazione da parte del creditore procedente

Il comma 376 prevede un onere a carico del creditore procedente "*di dare previa formale comunicazione, tramite posta elettronica certificata, agli uffici competenti del comune dove sono ubicati gli immobili e all'ente erogatore del finanziamento territorialmente competente*".

La disposizione individua la modalità e i destinatari della comunicazione.

La prima si realizza "*tramite posta elettronica certificata*". Non sono richiamate le norme sulle notificazioni, quindi non si tratta di notificazione a mezzo posta elettronica certificata, ma appunto di una semplice comunicazione trasmessa con un messaggio di posta elettronica certificata.

I destinatari sono il comune dove sono ubicati gli immobili e l'ente erogatore del finanziamento; non è chiara, per quest'ultimo, la specificazione che debba trattarsi dell'ente "territorialmente competente".

Malgrado all'omessa comunicazione consegua la sanzione della "nullità …rilevabile d'ufficio", la disposizione non chiarisce né il termine entro il quale la comunicazione deve essere effettuata né il suo contenuto.

Letteralmente oggetto della comunicazione è la "procedura esecutiva". Dato ciò, la comunicazione dovrebbe seguire, o quanto meno essere contestuale, al (la notificazione del) pignoramento, e non precedente. Tuttavia, questa interpretazione trova un ostacolo, sempre di ordine letterale, nell'aggettivo "previa" che il comma 376 riferisce alla comunicazione, come se dovesse precedere l'instaurazione del procedimento. Poiché però in tale eventualità si tratterebbe di un atto stragiudiziale che si porrebbe come condizione di validità di un processo esecutivo non ancora instaurato, appare preferibile l'interpretazione per la quale il creditore procedente è onerato di inviare la comunicazione dopo l'inizio dell'espropriazione (che l'art. 491 cod. proc. civ. identifica appunto col pignoramento).

La relativa verifica va compiuta d'ufficio dal giudice dell'esecuzione all'udienza di autorizzazione della vendita di cui all'art. 569 cod. proc. civ.

La fattispecie più prossima a quella in esame è quella delineata dall'art. 498 cod. proc. civ. che onera il creditore pignorante di avvisare dell'espropriazione i creditori iscritti entro cinque giorni dal pignoramento. Considerato il disposto del comma 3 dell'art. 498, che fa dell'avviso una sorta di condizione di procedibilità dell'istanza di vendita, la norma è stata interpretata dalla giurisprudenza nel senso che, in caso di omissione o di irregolarità dell'avviso ai creditori iscritti, il giudice possa concedere apposito termine al creditore pignorante, prima di provvedere sulla sua istanza di vendita. Se abbia emesso l'ordinanza di vendita in mancanza di avviso, è opinione giurisprudenziale altrettanto consolidata che l'omissione possa essere sanata avvisando i creditori iscritti anche dopo la vendita (mantenendo costoro il privilegio in caso di intervento tardivo ex art. 566 cod. proc. civ.) e che, comunque, qualora l'espropriazione li abbia pregiudicati per omissione dell'avviso, la ven-

[17] Tra le questioni tuttora controverse può essere segnalata quella della qualificazione in termini di "onere reale" del vincolo del prezzo massimo di cessione, che non è limitato solo alla cessione iniziale tra il costruttore e il primo acquirente ma segue tutti i successivi passaggi di proprietà e persiste fino a quando non sia stato rimosso mediante la cosiddetta "affrancazione", ovvero la stipula di ulteriore specifica convenzione col Comune, pagando un apposito corrispettivo di denaro. La Cassazione ha appunto qualificato tale vincolo come un vero e proprio onere reale (cfr., da ultimo, Cass., II, 28 maggio 2018, n. 13345) in riferimento tuttavia alle vendite volontarie, lasciando aperta la questione dell'analoga qualificazione nelle vendite coattive. Tale questione, pur rilevante, è estranea alla disciplina in commento, per quanto esposto nel testo.

dita sia valida e i creditori iscritti pregiudicati dall'effetto purgativo della vendita coattiva possano rivalersi nei confronti del creditore procedente ed eventualmente degli intervenuti.

4. La sanzione della nullità

Ben più grave, come anticipato, è la sanzione che consegue all'omessa o irregolare comunicazione prevista dall'art. 1, comma 376, della legge n. 178 del 2020, qualificata come "nullità … rilevabile d'ufficio".

La norma manca di precisare un termine perentorio entro il quale effettuare la comunicazione.

Se si volesse valorizzare l'aggettivo "previa" di cui al comma 376, coordinandolo con quanto detto sopra in merito alla necessità che comunque un processo sia iniziato con la notificazione del pignoramento, si dovrebbe ritenere che la "previa comunicazione" debba seguire la notificazione del pignoramento ma precedere l'iscrizione a ruolo ai sensi dell'art. 557 cod. proc. civ.

Seguendo questa rigorosa interpretazione letterale si avrebbe che ogniqualvolta la comunicazione fosse stata effettuata dopo l'iscrizione a ruolo la procedura dovrebbe essere dichiarata nulla.

Si tratta, all'evidenza, di un'interpretazione particolarmente gravosa per il creditore procedente e del tutto irragionevole se si tiene conto che la finalità della novella è, come meglio si dirà nel prosiguo, quella di consentire la valutazione del Comune e/o dell'ente pubblico finanziatore sull'attuale pendenza della procedura esecutiva, al fine di impedire che l'esito fisiologico di questa tradisca le finalità del programma di edilizia residenziale pubblica già finanziato.

Una possibile interpretazione alternativa, compatibile sia con la lettera della disposizione che con la finalità appena esposta, è quella di collocare il termine ultimo per la comunicazione prima dell'emissione dell'ordinanza di vendita (oggi, di delega), dal momento che è con questo atto che si conclude la fase introduttiva del procedimento.

Tuttavia anche questa soluzione presenta margini di incertezza, poiché si presta alle seguenti possibili alternative applicative qualora l'omissione della comunicazione sia rilevata dal giudice d'ufficio o dalle parti all'udienza di autorizzazione della vendita:

- dichiarazione della nullità della procedura esecutiva già all'udienza ex art. 569 cod. proc. civ, senza alcuna possibilità di regolarizzazione per il creditore procedente che non abbia effettuato la comunicazione subito dopo la notificazione del pignoramento o, quanto meno, dopo l'iscrizione a ruolo ma prima della prima udienza;

- ovvero, in alternativa, concessione al creditore procedente di un termine perentorio per provvedervi, rinviando perciò l'emissione dell'ordinanza di vendita o di delega; con la conseguenza che solo in caso di mancato rispetto del termine dato dal giudice, questi dovrebbe dichiarare d'ufficio la nullità della procedura esecutiva e ordinare la cancellazione del pignoramento.

Questa seconda opzione, in mancanza di termine perentorio fissato per legge, si lascia preferire.

Occorre tuttavia chiedersi cosa accade se l'omissione della comunicazione non venga rilevata dal giudice o dalle parti e venga emessa l'ordinanza di vendita, senza la "previa comunicazione".

Se si ritiene trattarsi di vizio che, per legge, impedisce alla procedura esecutiva di proseguire fino al suo esito fisiologico, il vizio, pur prodottosi nella fase introduttiva, va rilevato nel prosieguo, in applicazione di principi oramai acquisiti all'esperienza delle procedure esecutive immobiliari[18], di modo che non solo non si potrebbe addivenire alla vendita coattiva, ma l'intera procedura va dichiarata "nulla".

La possibile alternativa è data dalla sanatoria del vizio per mancata impugnazione dell'ordinanza di vendita con opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 cod. proc.civ..

La previsione della "nullità" che la disposizione riferisce all'intera procedura esecutiva indurrebbe ad escludere quest'ultima sanatoria ed a far ritenere rilevabile d'ufficio il vizio nel prosieguo del processo anche se l'ordinanza di vendita non venga opposta.

Tale opzione interpretativa si complica nel caso in cui sia stata effettuata la vendita coattiva e vi sia stata l'aggiudicazione in mancanza della comunicazione del comma 376.

In applicazione infatti della regola dell'art. 2929 cod. civ. e del suo corollario normativo rinvenibile nell'art. 187 bis disp. att. cod. proc. civ. si dovrebbe ritenere l'inopponibilità della nullità all'aggiudicatario.

Tuttavia questa soluzione finirebbe per frustrare la *ratio legis* e l'obiettivo della novella, il quale è proprio quello di non arrivare alla vendita coattiva; essa inoltre non appare coerente con la previsione di una

[18] Il riferimento è a Cass. S.U. 27 ottobre 1995, n. 11178.

sanzione così penetrante come quella della nullità, che il comma 376 riferisce non agli "atti esecutivi" (arg. ex art. 2929 cod. civ.), bensì, come detto, alla procedura esecutiva in sé considerata[19].

La previsione *tranchant* della nullità dell'intera procedura dovrebbe quindi comportare, per un verso, che il vizio di omessa comunicazione sia rilevabile anche in caso di mancata opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza di vendita e, per altro verso, che esso sia opponibile anche all'aggiudicatario, in deroga alla previsione dell'art. 2929 cod. civ.[20]

5. Le procedure pendenti

La ricostruzione che precede sugli effetti dell'omessa comunicazione e sulla rilevabilità della nullità della procedura esecutiva dipende peraltro dall'interpretazione che si intenda dare alla disposizione del comma 377.

Quest'ultima infatti si presta ad essere interpretata sia come norma a regime che come norma di diritto transitorio, attesa la sua non felice formulazione.

Di regola, infatti, le norme di diritto intertemporale si autoqualificano come norme transitorie, di modo che l'espressione iniziale avrebbe dovuto essere quanto meno precisata aggiungendo all'*incipit* "*Nel caso in cui l'esecuzione sia già iniziata*", la precisazione "*alla data di entrata in vigore della presente legge*", così rendendo certa la sua applicabilità alle procedure pendenti alla data del 1° gennaio 2021.

Ipotizzando invece che si tratti di norma a regime si avrebbe che tutta intera la nuova disciplina si applicherebbe alle procedure esecutive iniziate con pignoramento notificato dal 1° gennaio 2021 in poi, mentre non sarebbero state in alcun modo considerare le procedure pendenti, quanto meno quelle già transitate alla fase liquidativa con l'ordinanza di vendita[21].

Già siffatta mancata considerazione sarebbe contraria alle finalità perseguite dal legislatore perché impedirebbe la tutela della funzione sociale degli alloggi sociali sottoposti ad esecuzione immobiliare anche quando, essendo questi ancora in capo alla società costruttrice esecutata, potrebbero, in ipotesi, essere sottratti alla vendita coattiva. Si tratterebbe di una lacuna che - determinando una disparità di trattamento tra situazioni identiche basata sul dato, del tutto casuale, della pendenza della procedura esecutiva alla data di entrata in vigore della legge- sarebbe sospetta di violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

Si ritiene perciò che, ferma restando l'applicabilità del comma 376 alle procedure iniziate dopo il 1° gennaio 2021, per le procedure pendenti a tale ultima data, il comma 377 si presti ad essere applicato, se non in via diretta, come norma transitoria, quanto meno in via analogica secondo quanto appresso.

Il primo adempimento imposto al giudice dell'esecuzione è quello di procedere "*alla sospensione del procedimento esecutivo*": la previsione sarebbe di agevole comprensione se non vi fosse la specificazione che la sospensione debba essere fatta "*nelle modalità di cui al comma 376*". Poiché quest'ultima disposizione non prevede una fattispecie di sospensione, l'interpretazione più plausibile del comma 377 è nel senso che la sospensione sia finalizzata a "*consentire ai soggetti di cui al citato comma 376 di intervenire nella relativa procedura*", previo avviso da effettuarsi appunto con le "*modalità di cui al comma 376*".

Per via interpretativa si può quindi ritenere che il giudice dell'esecuzione sospenda le procedure esecutive pendenti alla data del 1° gennaio 2021 aventi ad oggetto gli immobili sopra specificati e come debitori esecutati i soggetti pure sopra specificati, fis-

[19] Se invece di attribuire rilevanza al dato letterale si volesse seguire un'interpretazione "sostanzialistica" della novella, si dovrebbe concludere nel senso che l'omessa comunicazione, di per sé, non impedisce alla procedura di giungere alla sua conclusione fisiologica. Allora, forzando il dato letterale, si potrebbe pervenire a ritenere sanato il vizio se l'ordinanza di vendita non venga opposta e comunque non opponibile il vizio "della fase introduttiva" all'aggiudicatario, ferma tuttavia restando la possibilità per l'ente pubblico di "intervenire" nel processo esecutivo anche nel corso della fase di liquidazione del bene.

[20] In senso contrario a quanto esposto nel testo si sono espressi altri commentatori della disposizione. In particolare, secondo R.Salati e R.Tartaglia, *Nullità, improcedibilita' e sospensione delle procedure esecutive immobiliari aventi ad oggetto immobili realizzati in regime di edilizia residenziale sociale: breve commento all'art. 1 co. 376, 377, 378, 379 legge n. 178/2020*, in www.ilcaso.it , gennaio 2021, la nullità rilevata dopo l'aggiudicazione "*non potrà avere effetto riguardo all'acquirente o all'assegnatario e al più si potrà configurare una responsabilità in capo al creditore procedente che abbia omesso la comunicazione di legge*", in applicazione dell'art. 2929 cod. civ.

[21] Infatti, applicando il principio del *tempus regit actum*, per le procedure pendenti al 1° gennaio 2021 ancora nella fase introduttiva, sarebbe applicabile il comma 376, come interpretato nel testo, consentendo cioè al giudice dell'esecuzione di concedere il termine perentorio per la comunicazione rinviando l'udienza ex art. 569 cod. proc. civ.

sando al creditore procedente un termine perentorio per la "*formale comunicazione, tramite posta elettronica certificata, agli uffici competenti del comune dove sono ubicati gli immobili e all'ente erogatore del finanziamento territorialmente competente*".

Se la comunicazione è omessa o effettuata oltre il termine perentorio fissato dal giudice la procedura esecutiva va dichiarata nulla, ai sensi del comma 376. Se invece la comunicazione è effettuata, le determinazioni da prendersi da parte del giudice dell'esecuzione dipendono dal comportato dei destinatari della comunicazione medesima, come si sta per dire.

6. L'intervento nel processo esecutivo del Comune o dell'ente erogatore del finanziamento

Il comma 376 tace sulle finalità della comunicazione. Lo scopo della comunicazione tuttavia si ricava dall'inciso finale del comma 377, il quale prevede che al comune dove sono ubicati gli immobili e all'ente erogatore del finanziamento debba essere consentito di "intervenire" nella procedura esecutiva.

Fermo quanto già detto a proposito delle procedure pendenti, se si ritiene che il comma 377 contenga una norma applicabile (anche) a regime, essa è integrativa delle previsioni del comma 376, nel senso che chiarisce non solo la finalità della comunicazione ma anche la finalità dell'«intervento».

Il comma 377, interpretato come norma a regime, presuppone infatti che la comunicazione sia stata effettuata regolarmente e tempestivamente e che, all'udienza ex art. 569 cod.proc. civ., il giudice dell'esecuzione constati la regolarità dell'adempimento.

In tale caso, se l'ente destinatario della comunicazione non ha spiegato "intervento" non vi è dubbio che la procedura possa proseguire regolarmente con l'emissione dell'ordinanza di vendita.

Tuttavia, sia in ragione di quanto disposto dal comma 377, sia in ragione del fatto che non vi è alcun termine di legge entro il quale l'ente pubblico debba "intervenire" nel processo esecutivo, è da ritenere che possa spiegare tale "intervento" anche dopo che si sia avviata la fase liquidativa, mediante la delega al professionista delegato.

Nulla esclude peraltro - ed anzi rientrerebbe nella fisiologia del sistema- che l'ente pubblico "intervenga" nella procedura esecutiva anche prima dell'ordinanza di vendita.

Allora la questione interpretativa decisiva riguarda l'individuazione dello scopo dell'«intervento», che lo stesso comma 377 specifica essere quello "*di tutelare la finalità sociale degli immobili e sospendere la vendita degli stessi*".

Tale specificazione induce a ritenere che l'«intervento» nel processo esecutivo dei detti soggetti pubblici non sia riconducibile all'istituto tipico del processo esecutivo disciplinato dagli artt. 499 – 500 cod. proc.civ. e, per le espropriazioni immobiliari, dagli artt. 564 – 566 cod. proc.civ.

Non si tratta cioè di un intervento di soggetti titolari di diritti di credito nei confronti del soggetto esecutato, dal momento che:

- non vi è alcun cenno alla qualità di creditori né ad un diritto di credito dei soggetti pubblici, nemmeno riferito alle somme erogate a titolo di finanziamento;
- non vi è alcun cenno ad una situazione di privilegio che consentirebbe di intervenire in una qualsiasi fase del processo esecutivo, prevalendo sugli altri creditori, ai sensi dell'art. 566 cod. proc. civ.;
- soprattutto l'intervento quale istituto tipico del processo esecutivo ex artt. 499 e seg. cod. proc. civ. è logicamente e giuridicamente incompatibile con la sospensione della procedura esecutiva ed, a maggior ragione, con la sospensione della vendita, dato che l'obiettivo avuto di mira da ogni tipo di creditore è ovviamente la vendita del bene e la conclusione fisiologica del processo esecutivo.

7. Sospensione della procedura e sospensione della vendita

Piuttosto, ciò che è incompatibile con la vendita degli immobili a soggetti terzi potenziali aggiudicatari è la finalità sociale per la quale gli immobili pignorati sono stati costruiti.

Gli enti pubblici intervengono per fare valere e tutelare tale finalità.

Nessuna delle disposizioni dell'art. 1, comma 376-379, della legge di bilancio chiarisce con quali modalità si realizzi la tutela della finalità sociale degli immobili.

Non è un caso che il parere governativo contrario all'emendamento si sia espresso nei seguenti termini:

«*Nel caso delle procedure esecutive già iniziate non si comprende in che modo dovrebbero intervenire gli uffici competenti del Comune per "tutelare la finalità*

sociale dell'immobile" e non è chiaro perché si faccia riferimento, come esito del suddetto intervento, alla "sospensione della vendita". Tale emendamento, in particolare la sospensione generalizzata delle procedure già in corso, complica notevolmente la recuperabilità da parte del sistema bancario dei crediti per tale tipologia di finanziamenti con il rischio di determinare un minore interesse (o maggior costo) ... per tali operazioni».

Orbene, l'individuazione dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione delle nuove norme consente di dare una risposta, non certa, ma quanto meno coerente e comunque sistematica, ai dubbi interpretativi appena enunciati, nei seguenti termini.

Essendo le disposizioni riferite ad immobili realizzati in regime di edilizia pubblica convenzionata e agevolata ed essendo i soggetti tutelati con la sanzione della "nullità", oltre al soggetto esecutato, gli inquilini detentori, i prenotatari e i soci (assegnatari) degli alloggi che risultano ancora in proprietà della società costruttrice e pignorati ai danni di quest'ultima, per assicurarne la funzione sociale occorre che gli enti pubblici garantiscano alle parti deboli che hanno la disponibilità degli alloggi sociali di conservare tale disponibilità.

Per conseguire questo obiettivo non si può fare altro, da parte degli enti pubblici, che attivare nei confronti della società assoggettata ad esecuzione i rimedi previsti nelle convenzioni per il caso di inadempimento di quest'ultima agli obblighi imposti per il raggiungimento appunto della finalità sociale dell'intera operazione.

Norma fondamentale, a tale scopo, è quella dell'art. 37 della legge n. 865 del 1971, secondo la quale «*2. In tutti i casi in cui si verifichi la decadenza dalla concessione e la conseguente estinzione del diritto di superficie di cui all'ottavo comma, lettera f) dell'art. 35, ovvero la risoluzione dell'atto di cessione in proprietà di cui al tredicesimo comma, lettera d) dell'articolo medesimo, l'ente che ha concesso il diritto di superficie o che ha ceduto la proprietà subentra nei rapporti obbligatori derivanti da mutui ipotecari concessi dagli istituti di credito per il finanziamento delle costruzioni sulle aree comprese nei piani approvati a norma della presente legge, con l'obbligo di soddisfare sino all'estinzione le ragioni di credito dei detti istituti. 3. I pagamenti da effettuare in adempimento di quanto previsto al comma precedente saranno considerati come spese obbligatorie da iscrivere in bilancio da parte degli enti obbligati, i quali sono tenuti a vincolare agli stessi pagamenti le rendite derivanti dalle costruzioni acquisite per devoluzione o risoluzione della cessione in proprietà*».

Nella fattispecie contemplata da tale ultima disposizione, nonché nelle fattispecie contemplate dalle leggi regionali o dalle convenzioni che prevedono strumenti negoziali analoghi, la determinazione del Comune o dalla Regione (che nella maggioranza dei casi è l'ente finanziatore) di attivare i detti strumenti negoziali, avrebbe effetti in ambito sia sostanziale che processuale; e segnatamente:

- dal punto di vista sostanziale gli istituti di credito finanziatori avrebbero un nuovo debitore subentrato nello stesso rapporto obbligatorio;
- dal punto di vista processuale, la retrocessione della proprietà o del diritto di superficie sulle aree comporterebbe l'improcedibilità della procedura esecutiva per il venire meno dell'oggetto del bene ipotecato e pignorato in capo al debitore esecutato.

Giova precisare che la successione dell'ente pubblico nel rapporto obbligatorio si ha solo nel caso in cui creditore procedente sia l'istituto di credito finanziatore dell'intervento di edilizia pubblica residenziale e solo se detta successione sia prevista dalla legge o dalla convenzione.

Nel caso di procedure iniziate su impulso di altri creditori della società costruttrice gli scenari possibili sono più variegati, a seconda che si tratti o meno di creditori ipotecari e che l'ipoteca mantenga il diritto di sequela sull'immobile, anche in caso di retrocessione all'ente pubblico della proprietà o della superficie dell'area[22].

Evidentemente, però, la determinazione di attivare i rimedi negoziali va presa dagli enti pubblici al di fuori del processo escutivo e non è coercibile, rientrando nell'ambito tipicamente proprio dell'esercizio dei poteri discrezionali dell'amministrazione.

La sorte del processo esecutivo potrà esserne influenzata se, una volta introdotto in ambito processuale lo statuto del bene pignorato quale risulta dalla convenzione che accede alla sua realizzazione, il soggetto pubblico attiverà quest'ultima.

[22] La fattispecie di cui è detto nel testo si presta a diverse soluzioni a seconda dell'opponibilità o meno a terzi della clausola risolutiva espressa, contenuta nella convenzione e trascritta prima della trascrizione del diritto del terzo creditore in conflitto.

In caso contrario il processo non potrà che proseguire verso il suo esito fisiologico.

Per consentire all'ente pubblico di assumere la detta determinazione gli strumenti processuali individuati dalla legge di bilancio sono:

- la sospensione della procedura esecutiva, qualora l'ente pubblico "intervenga" nel processo esecutivo prima della "vendita";
- la sospensione della "vendita", qualora l'ente pubblico "intervenga" dopo; quanto al senso da attribuire all'espressione vendita, si può trattare indifferentemente sia dell'intera fase liquidativa sia soltanto dell'aggiudicazione: si ritiene infatti che anche l'aggiudicazione vada "sospesa", non adottando quindi il decreto di trasferimento, essendo lo statuto del bene opponibile all'aggiudicatario e dovendosi di ciò dare atto nell'avviso di vendita.

La mancanza di qualsivoglia disciplina processuale sia della sospensione del processo che della sospensione della vendita pone le seguenti problematiche.

In primo luogo, non è previsto alcun termine finale della sospensione, né ne sono previsti i presupposti, se non quello dell'«intervento» dell'ente pubblico.

Si ritiene che non possa bastare soltanto quest'ultimo perché la procedura (ed a maggior ragione, l'aggiudicazione) venga sospesa dal giudice, ma l'ente pubblico dovrà dimostrare di aver attivato i detti rimedi convenzionali o, quanto meno, di aver avviato il procedimento amministrativo per la loro attivazione.

Allora la durata della "sospensione" non potrà che essere consequenziale agli adempimenti che l'ente pubblico manifesta di dover porre in essere per "tutelare la finalità sociale degli immobili".

Dato ciò, occorre chiedersi se la sospensione del processo (o dell'aggiudicazione):

- comporti la necessità della riassunzione ai sensi dell'art. 627 cod. proc. civ. con apposito ricorso nel termine perentorio fissato dal giudice dell'esecuzione, con la conseguenza che, se non riassunto nel termine, esso si estingue ai sensi dell'art. 630 cod. proc. civ.;

ovvero se:

- possa il giudice fissare un'udienza per la prosecuzione del processo già col provvedimento col quale provvede sulla "sospensione".

Tale ultima soluzione interpretativa è favorita dalla mancata previsione di un onere di riassunzione da parte del creditore procedente in un termine perentorio all'uopo fissato dalla legge o del quale la legge demandi al giudice la fissazione ai sensi degli artt. 627 e 630, comma 1, cod. proc. civ.

Essa inoltre è più coerente con la ricostruzione sopra proposta per la quale non si tratta di una vera e propria fattispecie di sospensione del processo esecutivo quanto piuttosto di concessione all'ente pubblico di una dilazione temporale per addivenire ad una chiusura della procedura esecutiva alternativa alla vendita coattiva dei beni pignorati.

Comunque, ove ritenesse necessaria la riassunzione da parte del creditore procedente, il giudice dell'esecuzione dovrebbe ciò esplicitare nel provvedimento di sospensione, fissando al contempo la durata della sospensione e il termine perentorio per la riassunzione.

8. La fattispecie prevista dal comma 378 e la sanzione dell'improcedibilità

La ricostruzione che precede influenza l'interpretazione del comma 378, pur finendo per esserne in qualche modo influenzata, a causa dell'oscura portata di questa disposizione.

Il testo è il seguente:

«*Se la procedura ha avuto inizio su istanza dell'istituto di credito presso il quale è stato acceso il mutuo fondiario, il giudice verifica d'ufficio la rispondenza del contratto di mutuo stipulato ai criteri di cui all'articolo 44 della legge 5 agosto 1978, n. 457, e l'inserimento dell'ente creditore nell'elenco delle banche convenzionate presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La mancanza di uno solo dei due requisiti citati determina l'immediata improcedibilità della procedura esecutiva ovvero della procedura concorsuale avviata*».

Nella relazione illustrativa si legge che «*L'art. 44 della legge n. 457 del 1978 dispone che i mutui concessi per la realizzazione di programmi costruttivi localizzati su aree concesse in diritto di superficie in piani di zona usufruiscono della garanzia sussidiaria dello Stato per il rimborso integrale del capitale, degli interessi ed oneri concessi. La ratio della norma è da ricercarsi nella necessità di garantire appieno gli istituti mutuanti in caso di insolvenza dei soggetti che realizzano interventi edilizi, privi di contributo dello Stato, su aree concesse in diritto di superficie, per i quali l'alea degli Istituti stessi appare eccessiva perché non possono iscrivere ipoteca*

sull'area stessa in quanto di proprietà del Comune, anche se il diritto di superficie è anch'esso capace di ipoteca che però è soggetta ad estinguersi in caso di devoluzione della superficie al proprietario del suolo (art.2810, n.3 e 2186 codice civile)».

In disparte l'errata interpretazione dell'art. 2816 (erroneamente citato come come 2186) cod. civ., che non tiene conto del secondo comma che fa salva l'ipoteca sul diritto di superficie quando questo si estingue per cause diverse dal decorso del termine, il testo di legge, così come illustrato, consente di delimitarne l'ambito applicativo alle procedure esecutive aventi ad oggetto gli alloggi sociali realizzati su aree concesse in diritto di superifice in piani di zona, ai quali si applichi l'art. 44 (*Estensione della garanzia sussidiaria dello Stato*) della legge n. 457 del 1978.

Il testo di quest'ultima disposizione è il seguente:

«*I mutui non fruenti di contributi statali e concernenti la realizzazione dei programmi costruttivi localizzati su aree concesse in diritto di superficie o trasferite in proprieta', comprese nell'ambito dei piani di zona di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, ovvero individuate ai sensi dell'articolo 51 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, e successive modifiche ed integrazioni, saranno concessi, anche in deroga a disposizioni legislative e statutarie, dagli enti mutuanti anche quando le aree assegnate dai comuni ai sensi dell'articolo 35 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, e successive modificazioni, non siano di proprieta' dei comuni stessi, sempre che sia stata stipulata la convenzione di cui al richiamato articolo 35, sia stato ottenuto il decreto di occupazione di urgenza e siano state iniziate le procedure di espropriazione.*

I mutui concessi per finanziare i programmi costruttivi di cui al comma precedente su aree gia' acquisite o in corso di acquisizione, comprese le parti di programma eventualmente destinate ad uso diverso da quello di abitazioni, usufruiscono della garanzia dello Stato, per il rimborso integrale del capitale, degli interessi e degli oneri accessori alle condizioni e nei modi previsti dall'articolo 10-ter del decreto-legge 13 agosto 1975, n. 376, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 ottobre 1975, n. 492, dall'articolo 3, ultimo comma, della legge 8 agosto 1977, n. 513, ed in genere prevista per gli interventi fruenti di contributo statale. Tale garanzia sara' primaria quando non possa essere operante l'iscrizione ipotecaria.

((La garanzia decorre dalla data di stipula, mediante atto pubblico, del contratto di mutuo edilizio ipotecario. Gli istituti mutuanti trasmettono periodicamente al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica un elenco contenente l'indicazione degli elementi essenziali relativi ai mutui edilizi a tasso d'interesse ordinario o agevolato, fruenti della garanzia statale, secondo modalita' stabilite con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica.)).

È abrogato il primo comma dell'articolo 37 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, e successive modificazioni».

Il comma 378 è quindi una norma speciale il cui ambito di applicazione coincide con quello dell'art. 44 della legge n. 457 del 1978 ivi richiamato. Essa quindi è volta a disciplinare soltanto le procedure esecutive iniziate dall'istituto di credito che ha concesso il mutuo fondiario ai sensi di tale ultima disposizione.

Questa ha ad oggetto i mutui che non godono di contributi statali, ma:

- concernenti la realizzazione di programmi costruttivi localizzati su aree concesse in diritto di superficie o trasferite in proprietà comprese nei piani di zona (erogabili anche quando le aree non siano di proprietà dei comuni ma vi sia già la convenzione ex art. 35, il decreto di occupazione d'urgenza e siano iniziate le procedure di espropriazione per p.u.);
- garantiti dallo Stato per il rimborso integrale del capitale, degli interessi e degli oneri accessori, alle condizioni e nei modi previsti per la medesima garanzia dello Stato nel caso di edilizia agevolata.

Non è chiaro a quale elenco si riferisca la norma, ma un'interpretazione coerente con le attuali previsioni di mutui ipotecari concedibili per gli interventi di edilizia residenziale pubblica è quella che, dal punto di vista soggettivo, ne consente l'applicazione agli istituti di crediti mutuanti "convenzionati" con l'ente pubblico erogatore dei contributi pubblici, generalmente la Regione.

Poco chiaro è il senso della previsione di improcedibilità.

Va escluso che la norma si interpreti nel senso che limita la procedibilità delle esecuzioni forzate a quelle avviate dai soli creditori fondiari che abbiano finanziato il programma di edilizia residenziale pubblica e rispondano ai detti requisiti. Si tratterebbe infatti di un'interpretazione che introdurrebbe, per via surrettizia, una generalizzata fattispecie di impignorabilità di beni immobili che si presterebbe al rilievo di illegittimità costituzionale se non altro per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione. Tale interpretazione peraltro non è nemmeno accennata nei lavori

preparatori e finirebbe per rendere insignificante la disciplina dei comma precedenti, i quali invece, proprio alla stregua dei lavori preparatori, assumono portata centrale.

All'opposto, il comma 378 si presta a disciplinare un'ipotesi residuale che - anche in ragione di quanto detto nella relazione illustrativa sopra riportata – si verifica quando, l'iscrizione ipotecaria nei confronti del Comune non potrebbe operare, anche nel caso di risoluzione o revoca della convenzione, per il mancato rispetto dei "criteri" di cui al richiamato art. 44. Con la conseguenza che l'unica possibilità di tutela per l'istituto mutuante resta quella di fare ricorso alla garanzia dello Stato.

Ed invero, lo stesso istituto -che non si sia preoccupato del rispetto dei detti criteri- non solo non può fare valere la garanzia ipotecaria nei confronti del Comune, ma subisce la sanzione dell'improcedibilità nei confronti del soggetto privato esecutato nella procedura in corso (finendo sostanzialmente per perdere la garanzia ipotecaria nei confronti di quest'ultimo).

In sintesi, in tale eventualità, l'avviso di cui ai comma precedenti non potrebbe conseguire la finalità cui mira ed è per tale ragione che il comma 378 ne prescinde sancendo l'immediata improcedibilità della procedura esecutiva, ai danni dell'istituto mutuante, il quale comunque continua ad essere garantito dallo Stato[23].

Nel caso in cui siano stati rispettati i "criteri" dell'art. 44 e l'istituto mutuante rientri tra quelli "convenzionati" con l'ente pubblico finanziatore, non scatta la sanzione dell'improcedibilità, ma restano applicabili i comma 376 e 377, come sopra interpretati.

9. Le procedure concorsuali

La ricostruzione della normativa speciale fin qui esposta ne consente l'applicabilità anche nel caso previsto dal comma 379, il cui testo è il seguente:

«*In relazione agli immobili di cui ai commi da 376 a 378, qualora vi siano pendenti procedure concorsuali, il giudice competente sospende il relativo procedimento al fine di procedere alle verifiche definite dai medesimi commi da 376 a 378*».

La disposizione è applicabile sia in caso di fallimento che in caso di liquidazione coatta amministrativa (procedura, quest'ultima, cui sono assoggettabili le cooperative edilizie).

Essa comporta la sospensione dell'intera procedura qualora la massa attiva sia costituita soltanto dagli alloggi sociali; la sospensione "parziale" qualora sia composta anche da altri beni.

10. Considerazioni conclusive.

A completamento e sintesi della controversa disciplina esaminata, si può dire che:

- essa riguarda le procedure esecutive per espropriazione immobiliare o le procedure concorsuali aventi ad oggetto alloggi sociali già realizzati e assegnati, in regime di edilizia residenziale pubblica convenzionata e agevolata;
- essa riguarda le procedure nelle quali debitore esecutato o sottoposto a procedura concorsuale è il soggetto privato - società o cooperativa edilizia o loro consorzio-, attuatore del programma di edilizia residenziale pubblica finanziato con risorse pubbliche e parte di una convenzione all'uopo stipulata col soggetto pubblico;
- essa non innova la normativa di edilizia residenziale pubblica né quanto all'insensibilità (o meno) della vendita coattiva ai vincoli di circolazione o di cessione degli alloggi sociali né quanto all'aggiudicabilità degli alloggi sociali a prescindere dai requisiti soggettivi degli aggiudicatari.

Risponde alla nobile finalità di tutelare la funzione sociale degli alloggi sociali, ma, allo scopo, si avvale dello strumento processuale meno indicato quale è il processo esecutivo (o la procedura concorsuale) istituzionalmente preposto a tutela del credito, finendo per frustrare quest'ultima, senza assicurare l'altra.

Roma, 23 giugno 2021.
Giuseppina Luciana Barreca

[23] Anche interpretata secondo quanto esposto nel testo la norma presenta evidenti limiti di compatibilità con la tutela del diritto di credito, garantita anche da norme costituzionali.

Il decreto di trasferimento nel caso di vendita "delegata" al professionista dopo la sentenza delle Sezioni Unite 14 dicembre 2020, n. 28387

SOMMARIO: 1. *Il decreto di trasferimento in generale (art. 586 co. 1 c.p.c.)* • 1.1 Il decreto di trasferimento e la sua valenza • 1.2 Le eventuali cause che possono giustificare la mancata emanazione del decreto di trasferimento per vizi delle attività "delegate" rilevate di ufficio dal giudice • 1. 3 Le eventuali altre cause che possono giustificare la mancata emanazione del decreto di trasferimento • 2. *Il contenuto necessario ed il contenuto facoltativo del decreto di trasferimento (art. 586 co. 1 c.p.c.)* • 2.1. I soggetti • 2.2. L'oggetto (art. 586 c.p.c. – artt. 555 e 569 c.p.c. – art. 2826 c.c.) • 2.3. L'ordine di cancellazione di iscrizioni e trascrizioni (art. 586 co. 1 ultima parte c.p.c.) • *2.4.* Il decreto di trasferimento come titolo esecutivo e la rilevanza dell'ingiunzione al rilascio • 2.5. L'eventuale ordine di liberazione emesso ai sensi dell'art. 586 c.p.c. e la sua interferenza con l'ingiunzione al rilascio • 3. *I rimedi proponibili avverso il decreto di trasferimento rilevanza* • 3.1. L'ammissibilità dell'impugnazione con l'opposizione agli atti esecutivi • 3.2. La revoca del decreto di trasferimento ed il limite preclusivo per l'esercizio del potere di "autotutela" • **4. La stabilità del decreto di trasferimento conseguente alla mancata tempestiva impugnazione dello stesso: spazi di rilevanza** • *4.1.* **I presupposti di "stabilità" del decreto di trasferimento: la identificazione dei soggetti legittimati alla proposizione del rimedio** • *4.2. Gli altri* **presupposti di "stabilità" del decreto di trasferimento: i criteri per la individuazione del dies a quo del termine perentorio** • *4.3. La "inimpugnabilità" del decreto di trasferimento e l'ambito della sua rilevanza* • *4.4. La notificazione o comunicazione del decreto di trasferimento a cura del professionista delegato* • *4.5 La "inimpugnabilità" del decreto di trasferimento a seguito della definizione del processo di espropriazione* • 5. *La reclamabilità sine die degli atti del professionista delegato e la "stabilità" del decreto di trasferimento come condizione per il consolidamento delle attività delegate* • 6. *La decorrenza degli effetti del decreto di trasferimento* • 6.1. L'effetto traslativo collegato alla emanazione del decreto di trasferimento e la necessità di curare la trascrizione dell'atto • 6.2. L'effetto purgativo ed i dubbi interpretativi connessi alla sua operatività • 6.3. La tesi favorevole alla immediata operatività dell'effetto purgativo secondo il più recente orientamento della Cassazione a Sezioni Unite • **7. Le ricadute della pronuncia delle Sezioni Unite sul sistema della espropriazione immobiliare pendente** • *7.1.* **Le possibili interferenze sulla teoria generale della vendita forzata** • *7.2.* **La eventuale incidenza sui compiti del professionista delegato** • *7.3.* **Il rischio "calcolato" di una impugnazione postuma del decreto di trasferimento** • *7.4.* **La sussistenza dell'analogo rischio quando il decreto di trasferimento sia stato tempestivamente impugnato ma la esecuzione non sia stata sospesa.**

1. Il decreto di trasferimento in generale (art. 586 co. 1 c.p.c.)[1]

1.1 Il decreto di trasferimento e la sua valenza: atto procedimentale che definisce la fase di liquidazione giudiziale dei beni immobili pignorati e provvedimento giudiziale di "ratifica" dell'attività svolta dal professionista

Una volta che sia stato versato il saldo prezzo nonché costituito il deposito relativo alle spese occorrenti al compimento degli incombenti successivi alla vendita, il giudice dell'esecuzione emette il decreto di trasferimento in favore dell'aggiudicatario.

Tale decreto, realizzando l'effetto di trasferire al terzo acquirente il diritto reale sul bene immobile sottoposto ad esecuzione e comportando l'acquisizione alla procedura delle somme ricavate dalla vendita, segna la conclusione della fase destinata alla liquidazione giudiziale e scandisce il passaggio alla fase destinata alla distribuzione.

Se il giudice dell'esecuzione decide di procedere direttamente alla vendita, il decreto di trasferimento configura il provvedimento giudiziale che egli adotta all'esito di una sequenza procedimentale che si concretizza nel diretto compimento di una serie di atti esecutivi, tutti via via revocabili ai sensi dell'art. 487 c.p.c. nonchè impugnabili con il rimedio di cui all'art. 617 c.p.c..

Per tale ragione, di regola, il decreto di trasferimento formato all'esito di una espropriazione immobiliare "non delegata" è suscettibile di revisione, ai sensi dell'art. 617 c.p.c., solo per vizi suoi propri poiché gli atti della sequenza procedimentale di liquidazione, ove non impugnati tempestivamente con l'opposizione "formale", si stabilizzano "progressivamente"[2].

[1] Il presente contributo è tratto da uno Studio predisposto dall'Autore per il Notariato. Lo Studio è stato recentemente approvato dalla Commissione istituita presso il Notariato per lo studio delle procedure esecutive individuali e concorsuali.

[2] Per esemplificare, ove il debitore o gli offerenti non aggiudicatari abbiano partecipato all'esperimento di vendita "non delegato", o comunque siano stati ritualmente evocati dinanzi al giudice per parteciparvi (tanto da potersi ritenere virtualmente presenti al suo svolgimento), hanno l'onere di impugnare il verbale recante l'aggiudicazione nel termine di venti giorni dalla sua emanazione (avendo acquisito conoscenza legale dell'atto diretta o anche solo virtuale).

La "stabilizzazione" dell'aggiudicazione (conseguente alla

Se per il compimento delle attività di vendita sia stato incaricato un professionista, il decreto di trasferimento assume, invece, una portata più ampia perché configura l'atto con cui il giudice dell'esecuzione, esercitando definitivamente il controllo sull'attività del delegato, ne "ratifica" l'operato.

Non è, infatti, peregrino ipotizzare che il giudice dell'esecuzione, esaminata la bozza del decreto di cui all'art. 586 c.p.c. e tutta la documentazione allegata, possa rilevare anche di ufficio l'illegittimità degli atti posti in essere dal delegato e, per tale ragione, rifiutare la sottoscrizione del decreto di trasferimento[3].

Inoltre, poiché, in presenza di espropriazione "delegata", il decreto di trasferimento costituisce il primo atto della sequenza procedimentale di vendita posto in essere dal giudice dopo l'emanazione dell'ordinanza di cui all'art. 591 *bis* c.p.c., tale atto sarà impugnabile ai sensi dell'art. 617 c.p.c., non solo per vizi suoi propri, ma anche per contestare l'irregolarità formale delle attività in cui si è articolato il subprocedimento di vendita condotto dal professionista.

A tale conclusione deve pervenirsi anche quando gli eventuali interessati abbiano avuto conoscenza legale o di fatto degli atti direttamente compiuti dal professionista.

I predetti atti in cui si estrinseca l'attività delegata non sono, infatti, impugnabili ai sensi dell'art. 617 c.p.c., ma "eventualmente" reclamabili ai sensi dell'art. 591 *ter* c.p.c..

Tuttavia, il reclamo previsto dalla norma da ultimo citata configura un rimedio eventuale e meramente facoltativo poiché non è previsto che debba essere proposto a pena di decadenza in un termine perentorio talchè la mancata impugnazione degli atti del professionista con il reclamo ex art. 591 *ter* c.p.c. non ne produce la "stabilizzazione" perché non consuma il potere di dolersi della loro difformità dal modello legale.

Gli interessati che non abbiano contestato con il reclamo la difformità dal modello legale degli atti posti in essere dal delegato conservano, infatti, il potere di agire in tal senso poiché i predetti vizi sono causa di invalidità riflessa del decreto di trasferimento con cui il giudice ratifica l'operato del professionista che è pacificamente impugnabile ai sensi dell'art. 617 c.p.c..

Resta da valutare se le conclusioni sin qui tratteggiate circa la conversione dei vizi degli atti posti in essere dal delegato in vizi derivati del decreto di trasferimento possano essere confermate anche nel caso in cui gli atti del delegato siano stati impugnati con il reclamo di cui all'art. 591 *ter* c.p.c. ed in quella sede confermati.

La tesi preferibile è quella secondo cui detti vizi si convertono in vizi del decreto di trasferimento, sia nel caso in cui gli atti illegittimi del delegato non siano stati dedotti con il reclamo, sia nella opposta ipotesi in cui il reclamo anzidetto sia stato rigettato, come meglio si vedrà in seguito[4].

1.2 Le eventuali cause che possono giustificare la mancata emanazione del decreto di trasferimento per vizi delle attività "delegate" rilevate di ufficio dal giudice

Il giudice dell'esecuzione può svolgere un controllo generale della attività delegata atteso che egli assume la paternità del decreto di trasferimento che la recepisce.

Non vi sono ragioni per escludere che il giudice dell'esecuzione possa rifiutare la sottoscrizione del decreto di trasferimento nell'esercizio di un potere analogo a quello di autotutela apprestato anche in relazione ai suoi stessi atti dall'art. 487 c.p.c., soprattutto nei casi in cui dall'esame degli atti riscontri una violazione formale così grave da impedire al processo di raggiungere il suo scopo[5].

---

sua mancata impugnazione nel termine perentorio di legge) realizza, pertanto, la catarsi dei vizi formali degli atti del subprocedimento sino a quel momento compiuti e, conseguentemente, preclude agli interessati la facoltà di proporre opposizione agli atti esecutivi avverso il decreto di trasferimento per lamentare la sussistenza dei predetti vizi.

Il decreto di trasferimento, invero, è atto confermativo della precedente aggiudicazione di guisa che le parti non possono esercitare la facoltà di impugnarlo per le ragioni che avrebbero potuto far valere impugnando tempestivamente l'atto presupposto.

Muovendo da quanto sin qui sostenuto, se gli interessati non hanno impugnato tempestivamente l'aggiudicazione di cui hanno acquisito conoscenza legale (o di fatto), il decreto di trasferimento, emanato in relazione ad attività di liquidazione "non delegata", è impugnabile solo per vizi suoi propri, e non anche per dedurre vizi anteriori del subprocedimento di vendita.

[3] Per la individuazione dei vizi in relazione ai quali il giudice dell'esecuzione potrebbe astrattamente rifiutare la sottoscrizione del decreto di trasferimento non ratificando la attività svolta in precedenza dal professionista delegato vedi la successiva nota n. 4.

[4] Cfr. paragrafo n. 4.

[5] Nel caso in esame può innanzitutto ipotizzarsi che il giudice dell'esecuzione possa rifiutare l'emanazione del decreto di

Muovendo da quanto sin qui rilevato, è ipotizzabile che il giudice dell'esecuzione possa rifiutare la sottoscrizione della bozza del decreto di trasferimento quando abbia rilevato il mancato, intempestivo o irrituale espletamento degli adempimenti pubblicitari (per contrarietà all'art. 490 c.p.c. o, comunque, alle ulteriori prescrizioni dettate dall'ordinanza di delega), ovvero abbia riscontrato il mancato o intempestivo versamento del saldo prezzo o delle spese occorrenti all'espletamento delle formalità successive.

Per completezza, giova valutare quali provvedimenti possa adottare il giudice dell'esecuzione ove ritenga di non ratificare l'attività del delegato espletata per selezionare il maggior offerente individuato quale beneficiario dell'aggiudicazione.

In linea teorica, potrebbe sostenersi che il giudice dell'esecuzione non abbia il potere di revocare gli atti del delegato poiché non si ascrivono tra gli atti esecutivi in senso proprio.

La tesi preferibile è, però, quella favorevole ad ipotizzare che il giudice, rifiutando l'emanazione del decreto di trasferimento, possa sospendere gli effetti dell'aggiudicazione esercitando un potere analogo a quello previsto dall'art. 586 c.p.c. in caso di aggiudicazione a prezzo vile.

Quanto sin qui sostenuto impone, comunque, di svolgere un fondamentale rilievo.

Pur non essendo previsto espressamente dall'art. 591 *bis* c.p.c., quando il professionista delegato predispone e deposita all'attenzione del giudice la bozza del decreto di trasferimento deve allegare tutti gli atti idonei al controllo delle operazioni svolte ed, ove lo ritenga opportuno, anche una relazione illustrativa che consenta la ricostruzione delle vicende "rilevanti" al fine di consentire l'esercizio del controllo preventivo di cui si è detto.

Per completezza, giova precisare che la mancata ratifica delle attività delegate in cui si è estrinsecato il subprocedimento di vendita impone la loro rinnovazione. Sarà, pertanto, il giudice a dover valutare se confermare o meno la delega conferita al professionista, esercitando ogni valutazione utile a verificare se l'incarico possa essere confermato o debba piuttosto essere revocato (il riferimento è alla previsione dell'art. 591 *bis* ultimo comma secondo cui "*Il giudice dell'esecuzione, sentito l'interessato, dispone la revoca della delega delle operazioni di vendita se non vengono rispettati i termini e le direttive per lo svolgimento delle operazioni, salvo che il professionista delegato dimostri che il mancato rispetto dei termini e delle direttive sia dipeso da causa a lui non imputabile*").

1.3. Le eventuali altre cause che possono giustificare la mancata emanazione del decreto di trasferimento

Il giudice dell'esecuzione, anche quando intende ratificare l'operato del professionista delegato, potrebbe sospendere l'emanazione del decreto di trasferimento esercitando il potere di cui all'art. 586 c.p.c. "*quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto*".

Tale disposizione, che secondo la tesi originaria si riteneva applicabile solo al caso in cui fosse stato possibile ipotizzare che l'aggiudicazione avesse costituito l'esito di una gara "contaminata" da interferenze criminali[6], è ritenuta oggi applicabile ad ogni ipotesi in cui la vendita si sia conclusa per un valore incongruo[7].

Il concetto di congruità del prezzo è, però, suscettibile di diverse interpretazioni tanto che sul punto si registrano da sempre posizioni variegate.

A tale proposito è, quindi, utile riportare l'orientamento consolidatosi di recente nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo la Suprema Corte[8] l'aggiudicazione può essere sospesa, ai sensi dell'art. 586 c.p.c., anche se

trasferimento innanzitutto quando valuti la sussistenza di vizi che impediscono al processo il raggiungimento del suo scopo (cfr. Cass. Sezioni Unite, 27 ottobre 1995, n. 11178).

È, invece, più arduo prospettare che il giudice dell'esecuzione possa rilevare di ufficio vizi del procedimento che si risolvono in difformità degli atti compiuti dal delegato dal modello legale senza però inficiare in modo assoluto la proseguibilità del processo in funzione del suo scopo (che consiste nella "monetizzazione" del compendio pignorato).

Rientrano tra i vizi che impediscono al processo di raggiungere il mancato versamento del prezzo (Cass. 20 agosto 1997, n. 7749; Cass. 19 luglio 2005, n. 15222; Cass. 16 settembre 2008, n. 23709) ovvero il mancato espletamento della pubblicità (Cass. 7 ottobre 2015, n. 9255).

È, comunque, opportuno evidenziare che, anche ove il giudice abbia emanato il decreto di trasferimento, conserva il potere di disporne la revoca se esso si riveli illegittimo e, comunque, ove non sia stato preceduto dal versamento del prezzo ovvero dal compimento degli adempimenti pubblicitari.

[6] Cass. 6 agosto 1999, n. 8464.

[7] Cass. 18 aprile 2003, n. 6269.

[8] Cass. 21 settembre 2015, n. 18451, cui hanno dato seguito Cass. 10 gennaio 2017, n,. 268; Cass. 14 febbraio 2017, n. 3791.

non si ravvisano interferenze illecite, quando il prezzo di vendita non risulti idoneo.

La inidoneità del prezzo rileva, però, solo in presenza delle condizioni di seguito indicate:

di regola il valore (di aggiudicazione) potrebbe rivelarsi inadeguato per il verificarsi di fatti nuovi sopravvenuti alla stima ed all'espletamento degli esperimenti di vendita (rientra in questa ipotesi il caso in cui dopo l'aggiudicazione e prima dell'emanazione del decreto di trasferimento si sia acquisita notizia del fatto che il diritto di usufrutto che gravava sul bene pignorato limitatamente al diritto di nuda proprietà si sia estinto);

solo eccezionalmente il valore (di aggiudicazione) potrebbe rivelarsi inadeguato in relazione a fatti preesistenti, coevi alla stima o comunque verificatisi nel corso del processo e prima della vendita, semprechè tali fatti siano stati dedotti dalla parte che, avendoli ignorati, non era stata in grado di denunciarne la esistenza.

La ricostruzione della Suprema Corte appare del tutto condivisibile perchè si pone nella direzione tracciata dalla riforma del codice di rito del 2015 che per la prima volta ha sancito il principio secondo cui la vendita forzata può avvenire anche "al ribasso" (l'art. 571 c.p.c., come novellato nel 2015, ha per la prima volta consentito la proposizione di offerte di acquisto per un valore pari al prezzo di vendita ridotto del quarto) perché l'interesse al maggior realizzo è recessivo rispetto all'interesse ad una rapida conclusione del processo.

Il potere di sospensione, secondo quanto previsto dal disposto dell'art. 586 c.p.c., può essere esercitato dopo il versamento del prezzo da parte dell'aggiudicatario, ma questa disposizione non sembra precludere al giudice dell'esecuzione la possibilità di disporre la sospensione in esame anche in un momento precedente, sebbene sia comunque indispensabile che vi sia stata la aggiudicazione definitiva che vale a fissare in modo certo il prezzo finale della vendita.

Il termine finale per sospendere la procedura di vendita è costituito dalla emissione del decreto di trasferimento[9].

La sospensione è un provvedimento del giudice emesso anche su istanza di parte e può essere disposta, sia nel caso di vendita senza incanto che nel caso di vendita con incanto, anche ove l'aggiudicazione sia intervenuta all'esito di una gara in aumento di quinto[10].

Il provvedimento di sospensione o di rigetto dell'istanza di sospensione è impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi.

2. Il contenuto necessario ed il contenuto facoltativo del decreto di trasferimento (art. 586 co. 1 c.p.c.)

2.1. I soggetti

Il decreto di trasferimento deve riportate innanzitutto le generalità, sia del debitore esecutato che dell'acquirente, con indicazione sia dei loro riferimenti fiscali che della situazione patrimoniale[11].

Qualora, dopo il pignoramento, il debitore sia deceduto, il decreto di trasferimento va, comunque, pronunciato nei suoi confronti, anche se gli eredi hanno accettato l'eredità[12].

È, inoltre, possibile che il decreto di trasferimento venga emesso in danno del debitore originario, nonostante questi, già all'epoca del pignoramento, fosse deceduto o avesse alienato il bene ipotecato.

Ciò può verificarsi nel caso di esecuzione, promossa per la soddisfazione di un credito fondiario scaturente da contratto di mutuo stipulato prima dell'1 gennaio 1994, nei casi in cui risulti in concreto applicabile l'art. 20 del r.d. 16 luglio 1905 n. 646 che prevedeva il c.d. "*principio di indifferenza*" ai fini esecutivi dell'avvenuto trasferimento, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, dell'immobile gravato da ipoteca per mutuo fondiario. In virtù della disposizione da ultimo citata l'Istituto di credito fondiario, nei casi in cui il nuovo proprietario del bene gravato da diritto reale di garanzia non gli avesse notificato il suo titolo di acquisto, aveva facoltà di esercitare l'azione esecutiva in danno del debitore originario nonostante questi non fosse più titolare del diritto di proprietà sul bene.

[9] Cass. 18 aprile 2003, n. 6272.

[10] Cass. 28 giugno 2006, n. 14979.

[11] L'erronea indicazione del debitore esecutato o dell'acquirente può essere rettificata con il procedimento di correzione di errore materiale: cfr. Cass. 27 marzo 1992, n. 3792.

[12] Campese, *L'espropriazione forzata immobiliare,* Milano, 2006, 312; (Fontana) – Vigorito, *Le procedure esecutive dopo la riforma: le vendite immobiliari*, Milano, 2007, 312; Lorenzetti Peserico, *Successione durante il processo esecutivo e trascrizione del decreto di trasferimento*, Studio n. 28/2008 del Consiglio Nazionale del Notariato, in *www.notariato.it.*

Il decreto di trasferimento non può, invece, essere emesso a favore di una persona diversa dall'aggiudicatario[13].

2.2. L'oggetto (art. 586 c.p.c. – artt. 555 e 569 c.p.c. – art. 2826 c.c.)

Il contenuto del decreto di trasferimento è definito dall'art. 586 c.p.c., disposizione quest'ultima che va, però, letta in combinato disposto con gli artt. 555 e 569 c.p.c. nonché con l'art. 2826 c.c..

Con il decreto in questione, invero, può essere trasferito all'aggiudicatario esclusivamente il diritto reale che il creditore abbia sottoposto ad esecuzione quando quel diritto "appartenga" al debitore ed abbia ad oggetto un bene immobile compiutamente ed inequivocamente individuato con i suoi dati catastali.

La corrispondenza tra il pignoramento ed il decreto di trasferimento, quantunque sia ineludibile, non è, però, sufficiente.

È, invero, necessario che il decreto di trasferimento risulti conforme anche alla rappresentazione del compendio pignorato che sia stata fornita alla platea dei potenziali interessati con l'ordinanza di vendita o di delega e con gli avvisi di vendita con cui è stata data notizia della celebrazione dei singoli esperimenti.

Per completezza, giova ancora precisare che il decreto di cui all'art. 586 c.p.c. potrebbe risultare idoneo ad alienare all'acquirente diritti su beni quantunque non espressamente menzionati dal pignoramento nonché dalla ordinanza di vendita o di delega.

In sostanza, il decreto di trasferimento potrebbe avere un contenuto più ampio rispetto a quello definito dalle parti e dal giudice dell'esecuzione.

L'oggetto del pignoramento è, invero, suscettibile di estensione ai sensi dell'art. 2912 c.c. a tenore del quale "*il pignoramento comprende gli accessori, le pertinenze e i frutti della cosa pignorata*".

Il consolidato orientamento secondo cui il pignoramento si trasferisce a tutte quelle cose le quali, sebbene non espressamente menzionate nel relativo atto e nella corrispondente nota di trascrizione, siano unite fisicamente alla cosa principale sì da costituirne parte integrante, come le accessioni propriamente dette (consistenti appunto nell'aggregazione di una cosa ad un'altra cosa in modo da formare un sol tutto con quest'ultima) ovvero costituiscano pertinenze della cosa principale va, tuttavia, inteso correttamente[14].

Giova innanzitutto precisare che non vi sono ragioni per escludere che l'oggetto del pignoramento si estenda alle costruzioni non ancora esistenti al momento in cui l'atto è compiuto.

Le costruzioni "sopravvenute" non possono, infatti, che "aggiungersi" all'oggetto originario dell'atto esecutivo quando ad esso siano accorpate o risultino funzionalmente accessorie rispetto alla cosa principale.

La situazione si atteggia, però, in termini diversi se si guarda al caso in cui il pignoramento sia compiuto esclusivamente in relazione ad un terreno su cui insistono sin da epoca antecedente al pignoramento costruzioni, eventualmente già accatastate in modo autonomo, che non risultano menzionate.

Nel caso da ultimo prospettato si pone la necessità di stabilire se, per effetto della mancata descrizione delle costruzioni (o delle eventuali pertinenze) che accedono al terreno sottoposto ad esecuzione, esse possano considerarsi escluse dalla espropriazione[15].

La tesi preferibile è quella restrittiva che valorizza l'esigenza di garantire che le risultanze dei Registri immobiliari siano certe e non presentino lacune che potrebbero ingenerare incertezza nei terzi che ad esse accedono e che dovrebbero poter confidare sulla loro completezza ed esaustività.

Muovendo da tale considerazione, deve ritenersi che la costruzione che insiste sul terreno pignorato (ed analogamente la pertinenza, se preesistenti al pignoramento e catastalmente già identificata alla data in cui quest'ultimo viene eseguito, possa ritenersi oggetto della espropriazione solo a condizione che il creditore pignorante l'abbia menzionata e descritta.

Può, invero, presumersi che la mancata menzione e descrizione dei predetti beni sia espressione di una scelta del creditore pignorante che, pur potendo operare in modo diverso, ha deciso consapevolmente di non estendere il vincolo del pignoramento ai beni anzidetti.

[13] (Fontana) – Vigorito, *Le procedure esecutive dopo la riforma: le vendite immobiliari*, *cit*., 312.

[14] Cfr. Cass. 7 giugno 1982, n. 3453; Cass. 10 ottobre 1987, n. 7522; Cass. 27 aprile 1993, n. 5002; Cass. 26 aprile 2004, n. 7922; Cass. 14 dicembre 2011, n. 26841; Cass. 25 aprile 2014, n. 11272; Cass. 27 febbraio 2018, n. 7041; Cass. 15 settembre 2020, n. 19123.

[15] Per un'ampia ricostruzione delle problematiche connesse all'oggetto del pignoramento, cfr. S. Fazzari, *L'oggetto del pignoramento immobiliare*, Studio n. 28/2018 del Consiglio Nazionale del Notariato, in *www.notariato.it.*

Tale posizione, sostenuta autorevolmente in dottrina[16], ha ricevuto pieno avallo dalla giurisprudenza di legittimità[17].

2.3. L'ordine di cancellazione di iscrizioni e trascrizioni (art. 586 co. 1 ultima parte c.p.c.)

L'art. 586 c.p.c. stabilisce innanzitutto che con il decreto di trasferimento il giudice dell'esecuzione ordina che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti[18] in relazione al quale si procede nonché le iscrizioni ipotecarie (anteriori e successive alla trascrizione del primo pignoramento).

Dal tenore complessivo dell'art. 586 .p.c. si ricava che il decreto produce l'effetto di trasferire all'acquirente il diritto reale sottoposto ad esecuzione in relazione al bene subastato purgato delle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli sia anteriori alla trascrizione del pignoramento che successive a tale trascrizione.

Ciò posto, occorre domandarsi se, oltre alla trascrizione del pignoramento ed alla iscrizione delle ipoteche, sia necessario che il decreto di trasferimento rechi l'ordine di cancellazione di ulteriori gravami non espressamente menzionati dalla disposizione in esame.

La tesi preferibile è quella secondo cui, pur in difetto di un dato normativo espresso, l'ordine di cancellazione dovrebbe essere esteso anche alle trascrizioni che, pur non menzionate, rispondono alla medesima *ratio*[19].

Muovendo da questa prospettiva, appare, perciò, pacifico che il decreto di trasferimento debba recare anche l'ordine di cancellazione dei sequestri conservativi.

Non è, peraltro, peregrino ipotizzare che possa essere disposta anche la cancellazione dei diritti di uso e abitazione quando il bene sia stato subastato come libero a cura del creditore titolare di iscrizione ipotecaria ai sensi e per gli effetti dell'art. 2812 c.c. atteso che, nel caso da ultimo prospettato, i predetti diritti si estinguono e, per l'effetto, si convertono nel diritto dei titolari di partecipare alla distribuzione del ricavato della vendita[20].

Va, invece, escluso che analogo potere possa prospettarsi relativamente alle domande giudiziali ed agli altri atti menzionati dall'art. 2915 c.c.[21].

Non è, pertanto, possibile disporre la cancellazione della trascrizione delle domande giudiziali indipendentemente dalla loro rilevanza.

Più precisamente, cioè, l'ordine di cancellazione anzidetto non può essere emanato in relazione alle

---

[16] S. Fazzari, *L'oggetto del pignoramento immobiliare*, Studio n. 28/2018 del Consiglio Nazionale del Notariato, in *www.notariato.it.*

[17] cfr. Cass.14 dicembre 2011, n. 26841; Cass. 21 maggio 2014, n. 11272 che si richiama anche alla giurisprudenza più risalente.

[18] L'art. 586 c.p.c. stabilisce che l'ordine di cancellazione dei gravami pregiudizievoli deve avere ad oggetto innanzitutto la trascrizione del pignoramento in relazione al quale si procede e la trascrizione dei pignoramenti successivi che, ai sensi dell'art. 561 c.p.c., confluiscono nel medesimo processo.

Non è, però, peregrino ipotizzare che dalla documentazione ipocatastale possa emergere la notizia che il bene è gravato anche dalla trascrizione di pignoramento anteriori "inutili ed innocui" perché riconducibile a processi mai iscritto a ruolo e, dunque, non pendenti, ovvero a processi già estinti (in virtù di provvedimento che non ordina la cancellazione della trascrizione del pignoramento) o, comunque, da estinguere per una qualsiasi ragione riconducibile alla cd. "inattività delle parti" (il riferimento è ad esempio al caso del mancato deposito dell'istanza di vendita).

Orbene, non vi sono ragioni per escludere che il giudice dell'esecuzione, con il decreto di trasferimento, possa ordinare anche la cancellazione delle trascrizioni di cui ai predetti pignoramenti anteriori, quantunque inefficaci, al fine di consegnare all'acquirente un bene complessivamente "purgato".

Al fine di procedere alla cancellazione dei pignoramenti anteriori di cui si è detto occorre, tuttavia, che il giudice preventivamente disponga la riunione al processo di espropriazione, in relazione al quale si è proceduto alla vendita, anche dei processi incardinati con i citati pignoramenti, facendo applicazione dell'art. 561 c.p.c..

L'ordine di cancellazione è, invero, precluso in relazione a pignoramenti riconducibili a processi autonomi e non riuniti.

L'ordine di cancellazione è, invece, evidentemente del tutto precluso in relazione ad atti di pignoramento anteriori che abbiano dato vita ad un processo ancora vico e pendente. Nel caso da ultimo esaminato sarà, infatti, necessario coordinare le attività dei due processi, previa loro riunione, onde stabilire se la vendita già espletata può ritenersi valida.

[19] A. Lorenzetti Peserico, *L'ordine di cancellazione di formalità contenuto nel decreto di trasferimento*, Studio n. 192/2017 del Consiglio Nazionale del Notariato, in *www.notariato.it.*

[20] A. Lorenzetti Peserico, *L'ordine di cancellazione di formalità contenuto nel decreto di trasferimento*, Studio n. 192/2017 del Consiglio Nazionale del Notariato, in *www.notariato.it.*

[21] Per una più diffusa illustrazione delle questioni relative alla astratta possibilità di cancellare le domande giudiziali cfr. A. Lorenzetti Peserico, *L'ordine di cancellazione di formalità contenuto nel decreto di trasferimento*, Studio n. 192/2017 del Consiglio Nazionale del Notariato, in *www.notariato.it*..

In giurisprudenza sul punto vedi Cass. 10 settembre 2003, n. 13212.

domande giudiziali trascritte prima della trascrizione del pignoramento (e, dunque, opponibili al ceto creditorio ed all'acquirente[22]), in relazione alle domande giudiziali trascritte dopo la trascrizione del pignoramento (e, dunque inopponibili al ceto creditorio ed all'acquirente), in relazione alle domande giudiziali perente per decorso del tempo ai sensi dell'art. 2668 *bis* c.c.[23].

È, però, condivisibile la tesi favorevole ad ammettere eccezionalmente che l'ordine di trasferimento possa recare anche l'ordine di cancellazione della trascrizione di una domanda giudiziale proposta ai sensi dell'art. 2901 c.c. nel caso in cui ad essa sia seguita l'emanazione di una sentenza irrevocabile in virtù della quale sia stata promossa, ai sensi dell'art. 602 c.p.c., l'espropriazione conclusasi con la vendita forzata.

Per le ragioni sin qui indicate sembra possa escludersi la possibilità di disporre la cancellazione della trascrizione del contratto preliminare di cui all'art. 2645 *bis* nonché del successivo atto di acquisto, quantunque inopponibile.

Ed ancora, analoga conclusione può essere rassegnata con riguardo al fondo patrimoniale.

Va da ultimo rammentato che l'art. 586 c.p.c. prevede che il decreto di trasferimento debba recare anche l'ordine di cancellazione *"delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento*".

Quantunque tale disposizione codifichi un principio apparentemente superfluo poiché la trascrizione dei pignoramenti e la iscrizione delle ipoteche, quando successive, sono inefficaci di guisa che l'ordine di cancellazione non è indispensabile nell'ottica della purgazione del bene dai gravami, deve ritenersi che sia stata dettata nell'ottica di favorire la circolazione dei beni.

Va da ultimo evidenziato che è a tutt'oggi controverso se, nel caso in cui l'esecuzione individuale si sia svolta in danno di un debitore fallito, in deroga all'art. 51 l.f., il giudice dell'esecuzione possa emanare un decreto di trasferimento recante l'ordine di cancellazione della trascrizione della sentenza di fallimento.

Nella prassi si segnalano due distinti orientamenti: vi è chi ritiene che la cancellazione possa essere ordinata dal giudice dell'esecuzione che ha diretto il procedimento conclusosi con la vendita forzata in considerazione del fatto che in virtù della liquidazione giudiziale del bene la trascrizione della citata sentenza ha esaurito i suoi effetti; vi è, tuttavia, chi sostiene che l'ordine in questione possa essere emesso solo dal giudice delegato cui spetta di valutare la rilevanza della trascrizione della sentenza di fallimento.

La tesi preferibile è quella che attribuisce eccezionalmente il potere in questione al giudice dell'esecuzione privilegiando anche in questo caso la funzione della trascrizione e la rilevanza del fatto che essa, contestualmente alla emanazione del decreto di trasferimento, ha esaurito i suoi effetti.

2.4. Il decreto di trasferimento come titolo esecutivo e la rilevanza dell'ingiunzione al rilascio

Il decreto di trasferimento è titolo esecutivo per il rilascio a favore dell'acquirente.

[22] È, comunque, opportuno precisare che le domande giudiziali opponibili (perché trascritte prima della trascrizione del pignoramento dovrebbero essere menzionate nell'avviso di vendita in modo da garantire la propalazione di notizie pubblicitarie trasparenti.

[23] Le domande giudiziali non possono essere cancellate a cura del giudice dell'esecuzione quando gravano sull'immobile pignorato, sia nel caso in cui siano opponibili al ceto creditorio (perché trascritte in epoca antecedente alla trascrizione del pignoramento), sia nel caso in cui siano inopponibili, ai sensi dell'art. 2915 c.c. (perché trascritte in epoca successiva alla trascrizione del pignoramento), ovvero "perente" (perché trascritte da oltre un ventennio).

Tale conclusione si ricava dall'art. 2668 c.c. a tenore del quale la cancellazione di tutte le domande giudiziali trascritte è consentita solo in presenza di due specifiche condizioni: quando le parti interessate hanno prestato il consenso ovvero per effetto di un ordine del giudice impartito con la sentenza che definisce il processo incardinato per effetto della domanda trascritta.

Muovendo da questo presupposto, la domanda giudiziale trascritta costituisce un gravame non eliminabile della cui esistenza gli interessati che si approcciano alla vendita forzata debbono essere informati.

Sarà, invece, loro cura valutare gli effetti pregiudizievoli che la domanda giudiziale trascritta potrebbe provocare sull'acquisto.

Sulla base di tali premesse, è, dunque, opportuno che la esistenza di domande giudiziali trascritte venga evidenziata sempre nell'avviso di vendita predisposto dal professionista onde fornire all'ipotetico offerente ogni notizia utile alla valutazione della appetibilità del bene.

Al professionista non è, però, richiesto di compiere accertamenti per verificare se il processo incardinato in virtù della domanda sia stato o meno definito con sentenza divenuta irrevocabile senza incidere sulla titolarità del bene.

Sarà, infatti, onere del creditore fornire, ove lo ritenga opportuno, tali informazioni al fine di permettere ai potenziali interessati di acquisire la notizia che la trascrizione della domanda giudiziale, in ipotesi opponibile, non è neppure astrattamente "pregiudizievole" ma si rivela "innocua".

Esso, pertanto, deve contenere innanzitutto l'ingiunzione al debitore di rilasciare l'immobile al nuovo proprietario.

Pertanto, colui al quale sia stato trasferito il diritto di proprietà o altro diritto reale sul bene pignorato, azionando il decreto di cui all'art. 586 c.p.c., può promuovere una esecuzione forzata in forma specifica, ai sensi degli artt. 605 e seguenti c.p.c., per conseguire il rilascio forzoso del bene.

Per completezza, va, però, precisato che, in presenza di determinate condizioni, il decreto di trasferimento, quantunque titolo esecutivo in virtù della citata ingiunzione, non può fondare l'esecuzione forzata "tipica".

Tale eventualità ricorre nel caso in cui, su istanza dell'aggiudicatario, il decreto di trasferimento rechi, oltre alla comune ingiunzione di rilascio, anche l'ordine di liberare il bene a cura del custode giudiziario. Come meglio si dirà nel successivo paragrafo deve, infatti, ritenersi che l'emanazione di un decreto di trasferimento recante il contestuale ordine di liberazione del bene pignorato consente lo "sgombero" a cura del custode giudiziario ma non può fondare contestualmente una esecuzione forzata per rilascio forzoso (ex artt. 605 e seguenti c.p.c.).

2.5. L'eventuale ordine di liberazione emesso ai sensi dell'art. 586 c.p.c. e la sua interferenza con l'ingiunzione al rilascio

L'art. 560 c.p.c., nella versione conseguente alle modifiche introdotte dal decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, mantenuta ferma anche a seguito della successiva novella del 2020, prevede che, per tutta la durata della liquidazione giudiziale, l'ordine di liberazione non possa essere emesso ai danni del debitore che, a far data dal pignoramento, abbia utilizzato l'immobile pignorato come abitazione principale senza violare gli obblighi di custodia previsti dalla legge a suo carico.

Prima della novella del 2020 era, però, controverso se l'ordine di liberazione potesse essere emanato nei confronti del predetto debitore (che avesse destinato il bene sottoposto ad esecuzione ad abitazione principale) contestualmente al decreto di trasferimento al fine di consentire al custode giudiziario di intraprendere uno sgombero nell'interesse dell'acquirente che esonerasse quest'ultimo dalla necessità di promuovere in via autonoma una procedura di rilascio forzoso.

Nonostante i dubbi evocati dall'art. 560 comma ottavo nella parte in cui recita "*...quando l'immobile pignorato è abitato dal debitore e dai suoi familiari il giudice non può mai disporre il rilascio dell'immobile pignorato prima della pronuncia del decreto di trasferimento*", si era optato per la soluzione negativa.

La questione cui si è fatto cenno è stata, tuttavia, superata definitivamente a seguito delle modifiche introdotte dal novella del 2020.

L'attuale articolo 560 c.p.c. attribuisce espressamente al custode giudiziario il potere di procedere allo sgombero dell'immobile pignorato mediante l'attuazione forzosa del provvedimento di cui all'art. 586 c.p.c., da espletarsi in un tempo definito.

Tanto si desume dall'art. 560 comma sesto ultimo periodo secondo cui "*Dopo la notifica o la comunicazione del decreto di trasferimento il custode, su istanza dell'aggiudicatario o dell'assegnatario, provvede all'attuazione forzosa del provvedimento di cui all'art. 586, secondo comma….*".

La disposizione che si è richiamata, come anticipato, non è, però, di agevole inquadramento sistematico.

Non si comprende, invero, come il custode possa essere legittimato ad uno sgombero "informale" per realizzare l'attuazione coattiva di un ordine di rilascio contenuto in un provvedimento giudiziale che, avendo la natura di titolo esecutivo (il decreto di trasferimento è titolo esecutivo in favore dell'acquirente), dovrebbe, di regola, essere eseguito nelle forme di cui agli artt. 605 e seguenti del codice di rito.

Al fine di dirimere i dubbi interpretativi sono state prospettate due soluzioni.

Alcuni hanno ipotizzato che il legislatore abbia attribuito al custode giudiziario dell'immobile pignorato il potere di procedere alla attuazione forzosa dell'ordine di rilascio contenuto nel decreto di trasferimento in deroga ai principi generali che impongono al solo creditore (e, dunque, all'acquirente, giusta il disposto dell'art. 586 co. 2 c.p.c.) di azionare il titolo esecutivo per promuovere l'esecuzione forzata ai sensi degli artt. 605 e seguenti c.p.c..

In alternativa si è sostenuto che il decreto di trasferimento potrebbe avere una duplice valenza.

Più precisamente, quest'ultimo provvedimento, quando l'acquirente ne faccia richiesta, oltre al suo contenuto tipico (ingiunzione al rilascio), dovrebbe recare anche un ordine di liberazione dell'immobile, che, emesso, ai sensi dell'art. 560 c.p.c., consente lo sgombero infomalee.

La tesi preferibile appare quella che propende per la eventuale configurabilità di un decreto di trasferimento a contenuto complesso.

Tuttavia, è necessario precisare che non pare neppure astrattamente ipotizzabile che l'acquirente possa promuovere la esecuzione per rilascio forzoso ai sensi degli artt. 605 e seguenti c.p.c. e, nel contempo, instare affinché il custode giudiziario proceda coattivamente allo sgombero in forma libera.

In buona sostanza, è ragionevole sostenere che l'art. 560 c.p.c. preveda due modalità alternative per ottenere il rilascio.

Il decreto di trasferimento in quanto titolo esecutivo può legittimare l'instaurazione di un procedimento di rilascio forzoso ai sensi degli artt. 605 e seguenti c.p.c..

Tuttavia, se l'aggiudicatario ne fa richiesta, il contenuto ordinario del decreto di trasferimento va integrato con l'inserimento anche di un ordine di liberazione in virtù del quale il custode giudiziario può procedere allo sgombero informale del bene.

La richiesta di integrare il decreto di trasferimento con l'ordine di liberazione autorizza il custode giudiziario al compimento delle attività funzionali alla sua attuazione coattiva ma impedisce all'acquirente di promuovere contestualmente la esecuzione forzata per rilascio.

3. I rimedi proponibili avverso il decreto di trasferimento rilevanza

3.1. L'ammissibilità dell'impugnazione con l'opposizione agli atti esecutivi

Il decreto di trasferimento è impugnabile esclusivamente con l'opposizione agli atti esecutivi.

Tale conclusione, che si ancora ai principi generali ed in specie, alla considerazione secondo cui esso costituisce un comune atto della sequenza procedimentale in cui si articola la espropriazione forzata, trova conferma nella previsione dell'art. 591 *bis* co. 7 c.p.c. che sancisce espressamente l'esperibilità dell'opposizione prevista dall'art. 617 c.p.c. avverso il decreto di trasferimento emesso dal giudice anche all'esito di una procedura delegata ad un professionista.

Muovendo da tale premessa, il decreto di trasferimento è non più impugnabile quando i soggetti legittimati a proporre la citata opposizione non l'abbiano proposta nel termine perentorio di legge.

Il decreto di trasferimento non è, invece, impugnabile con il regolamento di competenza neppure quando sia stato emesso da un giudice incompetente[24].

3.2. La revoca del decreto di trasferimento ed il limite preclusivo per l'esercizio del potere di "autotutela"

Il decreto di trasferimento può essere rettificato o integrato dal giudice dell'esecuzione, su istanza di parte, se non vi sia alcuna controversia in ordine all'identificazione del bene trasferito[25].

Esso può, inoltre, essere revocato[26] o modificato[27] fino a quando non abbia avuto esecuzione.

Più precisamente, esso può essere revocato, a prescindere dalla reazione degli interessati[28] (legittimati a proporre l'opposizione agli atti esecutivi) quando il giudice si avveda dopo la sua emanazione che non è stato integralmente versato il prezzo ovvero non è stato costituito il deposito a titolo di "spese" o ancora l'aggiudicazione è stata disposta senza il previo espletamento degli adempimenti pubblicitari[29].

---

[24] Cass. 1° agosto 1997, n. 7139.

[25] Cass. 22 febbraio 1992, n. 2171; Cass. 27 marzo 1992, n. 3792.

[26] Cass. 20 agosto 1997, n. 7749.

[27] Cass. 20 maggio 1993, n. 5751.

[28] Il potere, del giudice dell'esecuzione, di revoca dei propri provvedimenti concorre con la possibilità dell'opposizione agli atti esecutivi, ad istanza della parte interessata, con la precisazione che il primo, a differenza della proposizione dell'opposizione, può essere esercitato anche dopo la scadenza del termine previsto dalla legge per la proposizione dell'opposizione di cui all'art. 617 c.p.c..

[29] Come già esposto, il giudice dell'esecuzione potrebbe non emanare il decreto di trasferimento ove ritenga insussistenti le condizioni per ratificare l'attività di liquidazione posta in essere dal professionista delegato.

La emanazione del decreto di trasferimento non preclude, tuttavia, la sua successiva revoca soprattutto nei casi in cui tale atto, che costituisce l'esito di una fattispecie a formazione progressiva, difetti dei sui presupposti che ne consentono l'emanazione quali, in particolare, l'integrale versamento del prezzo ed il previo rituale ed esaustivo compimento degli adempimenti pubblicitari.

Plurime pronunce evidenziano la necessità di disporre la revoca del decreto di trasferimento quando esso non sia stato preceduto dall'integrale pagamento del prezzo. Cfr. Cass. 20 agosto 1997, n. 7749; Cass. 2 aprile 1997, n. 2867; Cass. 19 luglio 2005, n. 15222; Cass. 16 settembre 2008, n. 23709. Con riferimento alla rilevanza del mancato espletamento degli adempimenti pubblicitari cfr. Cass. 7 ottobre 2015, n. 9255.

È controversa l'individuazione del momento oltre il quale detto provvedimento non è più revocabile perché ha prodotto i suoi effetti.

Secondo una prima impostazione il decreto di trasferimento potrebbe ritenersi ormai "eseguito" a decorrere dalla sua trasmissione all'ufficio del Registro per il pagamento delle relative tasse.

Tale tesi è, però, contrastata da quanti sostengono, invece, che la esecuzione del decreto di trasferimento deve fasi coincidere con il momento in cui esso ha definitivamente prodotto non solo l'effetto traslativo ma anche il correlato effetto purgativo. In sostanza, non sarebbe più revocabile il decreto di trasferimento a partire dal momento in cui il Conservatore avesse proceduto alla sua trascrizione nonché alla attuazione dell'ordine di cancellazione dei gravami in ossequio all'ordine del giudice[30].

La tesi preferibile è quella che colloca il termine ultimo per l'esercizio del potere di revoca del giudice al momento del compimento degli incombenti che realizzano definitivamente la pubblicità dell'acquisto e perfezionano la liberazione del bene pignorato dai gravami pregiudizievoli.

Ciò posto, è auspicabile che l'esercizio del potere di revoca venga ammesso sino al momento in cui, espletata la pubblicità del decreto ed attuato l'ordine di cancellazione, venga ingenerato nei terzi un affidamento incolpevole nella esaustività e bontà delle risultanze desumibili dai Registri Immobiliari.

In questa prospettiva, quindi, il decreto di trasferimento non potrebbe essere più revocato quando il bene pignorato sia stato definitivamente purgato dalle iscrizioni e trascrizioni rilevanti si sensi dell'art. 586 c.p.c. ovvero nel caso in cui sia stato trascritto l'atto con cui l'acquirente dalla vendita forzata abbia ulteriormente alienato il bene.

4. La stabilità del decreto di trasferimento conseguente alla mancata tempestiva impugnazione dello stesso: spazi di rilevanza

4.1. I presupposti di "stabilità" del decreto di trasferimento: la identificazione dei soggetti legittimati alla proposizione del rimedio

Poiché il decreto di trasferimento può essere opposto esclusivamente ai sensi dell'art. 617 c.p.c. esso diventa inimpugnabile quando l'opposizione agli atti esecutivi non è più esperibile per decorso del tempo da coloro che sarebbero stati legittimati a proporla[31].

Giova, pertanto, individuare preliminarmente i soggetti cui spetta la facoltà di esperire il rimedio di cui all'art. 617 c.p.c..

L'opposizione agli atti esecutivi può essere proposta prima di tutto alle parti del procedimento esecutivo e, dunque, dal debitore esecutato[32] o dal terzo assoggettato all'esecuzione[33], sempreché siano gli effettivi proprietari (o titolari di un diritto reale) del bene[34], nonché dal creditore procedente[35], dai creditori intervenuti[36], dai creditori iscritti non intervenuti perché non avvisati ai sensi dell'art. 498 c.p.c.[37],

[30] Cass. 16 novembre 2011, n. 24000 nonché Cass. 20659 del 2008.

[31] In generale sull'argomento, Oriani, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987; Mandrioli, voce *Opposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, 463.

[32] Cass. 13 giugno 1994, n. 5721; Cass. 2 maggio 1975, n. 1691 secondo cui se il debitore è incapace l'opposizione deve essere proposta dal tutore munito dell'autorizzazione del giudice tutelare; Cass. 11 marzo 1987, n. 2532 che afferma come la legittimazione attiva spetti anche al debitore fallito quando l'esecuzione prosegua su impulso di un creditore fondiario.

[33] Cass. 17 aprile 2000 riconosce la legittimazione attiva al terzo nei cui confronti sia stata promossa l'espropriazione ai sensi degli artt. 602 ss..

[34] Cass. 4 maggio 1994, n. 4282 esclude la legittimazione attiva del terzo cui sia stato notificato il pignoramento ancorché non sia proprietario dell'immobile. Ciò in ragione del fatto che tale soggetto ha interesse all'invalidazione del procedimento e non a salvaguardare la correttezza del suo svolgimento.

[35] Cass. 17 giugno 1966, n. 1569; Cass. 17 aprile 2000, n. 4923.

[36] Cass. 20 aprile 1968, n. 1232; Cass. 6 settembre 1996, n. 8153.

[37] In tal senso in dottrina Oriani, *op. cit.*, 276 ss..

La legittimazione a proporre opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. è riconosciuta al creditore iscritto non intervenuto da Cass. 23 febbraio 2006, n. 4000; Cass. 27 agosto 2014, n. 18336.

Va, però, rammentato che, secondo la giurisprudenza, l'omissione dell'avviso ai creditori garantiti da un legittimo diritto di prelazione non comporta alcuna invalidità della procedura espropriativa. Costituisce, infatti, principio pacifico nella giurisprudenza di questa Corte che l'art. 498 c.p.c., che prescrive di avvertire dell'espropriazione in corso tutti i creditori aventi sui beni pignorati diritti di prelazione risultanti dai pubblici registri e che, in difetto di tale adempimento, vieta al Giudice dell'esecuzione di procedere all'assegnazione o alla vendita, non contiene alcuna sanzione di nullità insanabile per il caso in cui l'assegnazione o la vendita avvengano egualmente senza avviso, ma comporta che il creditore procedente è tenuto a rispondere, a norma dell'2043 c.c., delle conseguenze dannose subite dai creditori iscritti a seguito del provvedimento di ven-

dal creditore che abbia chiesto la sostituzione *ex* art. 511 c.p.c.[38].

La facoltà di proporre l'opposizione prevista dall'art. 617 c.p.c. è stata, però, riconosciuta anche a terzi che non sono parti in senso stretto a condizione che si siano formalmente approcciati alla espropriazione.

La tesi ormai consolidata è, infatti, quella secondo cui il rimedio della opposizione formale spetta a quanti hanno interesse ad ottenere la rimozione di un atto della sequenza procedimentale, in ipotesi pregiudizievole, in quanto astrattamente idoneo ad incidere sulla loro sfera giuridica.

In questa prospettiva, sono terzi legittimati innanzitutto l'aggiudicatario[39], il commissionario incaricato della vendita dei beni mobili[40], il comproprietario non debitore del bene indiviso pignorato.

Ma non vi è ragione di escludere che analoga legittimazione spetti pure all'offerente non aggiudicatario[41] ovvero all'offerente in aumento di sesto[42] poichè questi ultimi, pur non essendo risultati vincitori della gara, sono stati diretti destinatari di alcuni degli atti in cui si è articolato il subprocedimento di vendita[43].

Giova, comunque, precisare che, proprio in ragione del criterio prescelto (che guarda alla diretta idoneità dell'atto esecutivo ad incidere sulla sfera giuridica del destinatario), la categoria dei terzi legittimati alla proposizione dell'opposizione ex art. 617 c.p.c. non può essere ampliata valorizzando la posizione di quanti non siano entrati in formale contatto con il processo, anche ove essi deducano che la mancata proposizione dell'offerta è causalmente riconducibile ad una irregolarità del procedimento ed alleghino, pertanto, di essere portatori di un interesse (non diffuso ma differenziato e specifico) a rimuovere l'atto illegittimo.

La soluzione sin qui propugnata, favorevole ad escludere che la legittimazione alla proposizione del rimedio di cui all'art. 617 c.p.c. spetti anche al terzo non offerente, trova piena conferma nella giurisprudenza di legittimità[44] nonché in dottrina.

---

dita o di assegnazione emesso illegittimamente, giacché la mancata notifica dell'avviso, costituendo violazione di un obbligo imposto da una norma giuridica, concreta un fatto illecito.

[38] In dottrina si è espresso in questo senso Oriani, *op. cit.*, 311, nota 81, il quale precisa che, ad esempio, potrebbe riconoscersi la legittimazione attiva del creditore che abbia chiesto la sostituzione quando viene disposta l'assegnazione del bene al creditore sostituito. Precisa l'Autore che lo spazio di ammissibilità all'esercizio dell'azione è meno ampio se si ritiene che la domanda di sostituzione abbia finalità meramente satisfattive mentre è più ampio ove ad essa si riconosca natura surrogatoria.

In giurisprudenza cfr. Cass. 4 febbraio 1967, n. 327 ha riconosciuto la legittimazione passiva del creditore intervenuto ai sensi dell'art. 511 c.p.c..

[39] Cass. 11 marzo 1963, n. 586 che riconosce all'aggiudicatario il potere di impugnare l'ordinanza che fissa una nuova gara a seguito dell'aumento di sesto; Cass. 23 gennaio 1985, n. 291 che ha ammesso l'aggiudicatario ad impugnare il provvedimento con cui era stata dichiarata la sua decadenza dall'aggiudicazione a causa del mancato versamento del prezzo, ovvero il provvedimento che aveva dichiarato l'improseguibilità dell'esecuzione per l'integrale soddisfazione dei creditori accertata ai sensi dell'art. 504 c.p.c..

[40] Il quale può proporre opposizione contro il decreto che fissa il suo compenso ai sensi dell'art. 533 ultimo comma c.p.c..

[41] Cassazione 18 novembre 2014 n. 24550.

[42] Cass. 10 settembre 1993, n. 9474.

[43] Più precisamente, cioè, l'offerente non aggiudicatario potrebbe non essere risultato vincitore della gara in quanto egli non è stato ammesso a parteciparvi o, in alternativa, a causa del fatto che la sua offerta è stata ritenuta meno vantaggiosa di un'altra.

[44] Nel senso esposto nel testo e con riferimento alla esecuzione individuale, cfr. Cass. 11 marzo 1963, n. 586; Cass. 17 giugno 1966, n. 1569; Cass. 13 marzo 2009, n. 6186; Cass. 18 novembre 2014, n. 24550.

Nessun rilievo in senso contrario può essere attribuito a Cass. 7 ottobre 2015, n. 9255 che, pur affermando che la tutela della trasparenza della vendita costituisce espressione di un interesse di rilevanza pubblicistica, riconosce la legittimazione ad impugnare il decreto di trasferimento per il mancato preventivo espletamento degli incombenti pubblicitari, al debitore esecutato.

Nel senso esposto nel testo e con riferimento alla esecuzione concorsuale cfr. Cass. 8 ottobre 1999, n. 11287 esclude la legittimazione attiva al reclamo ex art. 26 l.f. avverso gli atti del giudice delegato relativi alla liquidazione giudiziale del bene acquisito alla massa attiva il *quisque de populo* genericamente interessato all'acquisto ("*Nella liquidazione dell'attivo fallimentare il reclamo disciplinato dall'art. 26 legge fall. tiene luogo dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 cod. proc. civ. e soggiace alle stesse condizioni di ammissibilità. In particolare, la legittimazione ad esperire i rimedi giurisdizionali consentiti dalla legge avverso l'attività del giudice delegato può essere riconosciuta soltanto a coloro che della fase procedimentale si pongano come parti e in funzione di un loro specifico apprezzabile interesse. Consegue che tale legittimazione non compete al soggetto che, solo genericamente portatore, al pari di "quisque de populo", di un potenziale interesse a rendersi acquirente del bene assoggettato ad espropriazione, non abbia dato concreta attuale consistenza e giuridica rilevanza a tale interesse con la partecipazione alla vendita*").

In senso contrario, e con riguardo alla esecuzione concorsuale, cfr. Cass. 2510 del 1994 che ha riconosciuto la legittimazione a proporre il reclamo fallimentare anche al terzo *qui-*

Muovendo da quanto sin qui esposto, possono proporre opposizione ex art. 617 avverso il decreto di trasferimento, i debitori, i creditori intervenuti, il terzo proprietario sottoposto ad esecuzione, il debitore, l'aggiudicatario nonché tutti gli offerenti non aggiudicatari che abbiano formalizzato una proposta di acquisto dell'immobile pignorato in occasione della celebrazione dell'unico o dei plurimi esperimenti di vendita svoltisi nella fase di liquidazione giudiziale.

Per completezza, giova, infine, precisare che la legittimazione alla opposizione potrebbe essere eccezionalmente riconosciuta a coloro che alleghino e dimostrino di aver predisposto una offerta di acquisto che non è stato possibile formalizzare secondo i tempi e le modalità pianificate per causa riconducibile agli organi della procedura esecutiva (ad esempio, in occasione di una vendita espletata con modalità telematica, a causa di un malfunzionamento del *server* del Ministero o, o in occasione di una vendita espletata con modalità ordinaria, per l'indisponibilità della cancelleria incaricata di ricevere le buste segrete recanti l'offerta nei tempi e luoghi previsti dall'avviso di vendita).

Nell'ipotesi da ultimo prospettata l'approccio al processo non è, infatti, restato nelle intenzioni dell'interessato ma si è concretizzato nella predisposizione di una offerta che non è stato possibile formalizzare e consolidare per una irregolarità degli atti in cui si è articolata la sequenza procedimentale.

Giova, infine, precisare che se il debitore ovvero il terzo proprietario nonché l'afgiudicatario e gli offerenti non aggiudicatari possono impugnare il decreto di trasferimento limitandosi a lamentare la difformità dell'atto dal modello legale[45], la situazione si atteggia in termini diversi per i creditori pignoranti ed intervenuti, per i creditori iscritti non intervenuti che non abbiano ricevuto l'avviso di cui all'art. 498 c.p.c. nonché per il sequestrante cui non sia stato notificato l'avviso di cui all'art. 158 disp. att. c.p.c..

Quanto ai creditori pignoranti e intervenuti, è consolidato l'orientamento secondo cui questi ultimi, se impugnano il decreto di trasferimento per denunciarne l'irregolarità formale, debbono allegare che l'emanazione del predetto atto è avvenuta all'esito di un procedimento viziato che ha ridotto in concreto la loro possibilità di conseguire la massima soddisfazione delle pretese vantate[46].

Quanto ai creditori iscritti non intervenuti ed ai creditori sequestranti cui non siano stati notificati gli avvisi di legge, deve ritenersi che essi non possano impugnare il decreto di trasferimento per denunciarne l'invalidità limitandosi ad assumere che esso è stato emanato nell'ambito di un processo cui non hanno potuto partecipare perché l'omessa notificazione dell'avviso di cui all'art. 498 c.p.c. ovvero dell'avviso di cui all'art. 156 disp. att. c.p.c. non è causa di nullità del procedimento di liquidazione giudiziale dei beni pignorati[47].

Sia il creditore iscritto non intervenuto che il creditore sequestrante non intervenuto cui non siano stati notificati gli avvisi di legge non possono, pertanto, limitarsi ad impugnare il decreto di trasferimento deducendo l'omissione degli avvisi di legge ma debbono allegare e provare che l'espletamento della vendita ha pregiudicato il loro diritto a soddisfarsi sul ricavato secondo la collocazione che sarebbe loro spettata ove il processo si fosse svolto regolarmente[48].

sque de populo in una fattispecie in cui la vendita era stata irritualmente espletata a trattativa privata.

Va, però, segnalato che, nell'occasione, si è affermato che la vendita era affetta da una nullità assoluta così grave che avrebbe potuto essere dedotta da chiunque avesse avuto un interesse ad agire. La specificità del precedente richiamato induce, pertanto, ad escludere che esso sia idoneo a confutare l'indirizzo interpretativo univoco e consolidato cui si è fatto cenno.

[45] Con riferimento alla posizione del debitore, in giurisprudenza cfr. Cass. 5 ottobre, 2018, n. 24570 che supera il precedente orientamento espresso, tra le altre pronunce, da Cass. 22 febbraio 2006, n. 3950 e Cass. 15 ottobre 2014, n. 14774; in dottrina cfr. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, *cit.*, 317.

[46] In tal senso, Cass. 20 aprile 2015, n. 7999.

[47] Va, infatti, rammentato che, secondo la giurisprudenza, l'omissione dell'avviso ai creditori garantiti da un legittimo diritto di prelazione non comporta alcuna invalidità della procedura espropriativa. Costituisce, infatti, principio pacifico nella giurisprudenza di questa Corte che l'art. 498 c.p.c., che prescrive di avvertire dell'espropriazione in corso tutti i creditori aventi sui beni pignorati diritti di prelazione risultanti dai pubblici registri e che, in difetto di tale adempimento, vieta al Giudice dell'esecuzione di procedere all'assegnazione o alla vendita, non contiene alcuna sanzione di nullità insanabile per il caso in cui l'assegnazione o la vendita avvengano egualmente senza avviso, ma comporta che il creditore procedente è tenuto a rispondere, a norma dell' art. 2043 c.c., delle conseguenze dannose subite dai creditori iscritti a seguito del provvedimento di vendita o di assegnazione emesso illegittimamente, giacché la mancata notifica dell'avviso, costituendo violazione di un obbligo imposto da una norma giuridica, concreta un fatto illecito (Cass. 23 febbraio 2006, n. 4000; Cass. 27 agosto 2014, n. 18336).

[48] ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, *cit.*, 318.

Muovendo da questa premessa, il creditore sequestrante, quando chirografario, potrà impugnare il decreto di trasferimento assumendo che tale atto, emanato sul presupposto di una ordinanza di vendita adottata senza la preventiva instaurazione del contraddittorio nei suoi confronti, è illegittimo poiché gli ha impedito di formalizzare un ricorso per intervento tempestivo (come noto, invero, è tempestivo l'intervento del creditore chirografario quando il ricorso di cui all'art. 499 c.p.c. venga depositato prima dell'adozione dell'ordinanza di vendita o di delega).

Gli spazi per la configurabilità di un pregiudizio rilevante per il creditore iscritto non intervenuto sono, invece, pressochè inesistenti se si considera che l'emanazione del decreto di trasferimento non è mai idonea a pregiudicarlo atteso che egli può essere collocato nel piano di riparto avuto riguardo alla causa di prelazione che assiste il suo credito anche quando formalizzi l'intervento nella fase distributiva, purchè rispetti i tempi definiti dall'art. 596 c.p.c..

4.2. Gli altri presupposti di "stabilità" del decreto di trasferimento: i criteri per la individuazione del dies a quo del termine perentorio

Con riferimento al profilo della decadenza dall'azione è necessario rilevare che l'opposizione agli atti esecutivi è inammissibile quando sia stata introdotta oltre il termine perentorio di venti giorni dal momento in cui l'interessato (legittimato alla sua proposizione) ha acquisito la conoscenza legale o di fatto del provvedimento ritenuto illegittimo.

Secondo l'orientamento ormai consolidato in dottrina e giurisprudenza, invero, il termine perentorio di cui all'art. 617 c.p.c. non inizia a decorrere dalla emanazione del provvedimento ritenuto illegittimo, neppure se esso sia stato formalmente depositato ed eventualmente anche trascritto nei Registri immobiliari.

La astratta "conoscibilità" dell'atto, dunque, non può assumere rilievo ai fini della presente indagine.

In questa prospettiva, il suddetto termine, almeno in linea di principio, non si consuma contemporaneamente per tutti i potenziali interessati perché la conoscenza legale o di fatto del singolo atto esecutivo potrebbe essere stata acquisita da ciascuno dei soggetti legittimati a proporre tale rimedio in un momento differente.

Fatte tali premesse, giova stabilire a quali condizioni possa configurarsi in capo all'interessato (legittimato all'azione) la conoscenza legale o di fatto del provvedimento o dell'atto da contestare.

Secondo i principi generali, il debitore, i creditori o gli altri soggetti che abbiano partecipato al procedimento esecutivo acquisiscono la conoscenza legale o di fatto che rende operativo il termine perentorio di legge in una delle seguenti condizioni:

l'atto o il provvedimento adottato dal giudice in udienza è legalmente conosciuto da coloro (parti o terzi) che a detta udienza abbiano partecipato nonché da coloro (parti o terzi) che, pur essendo risultati assenti, erano state ritualmente evocati per quella udienza o per una udienza successiva, fissata ai sensi dell'art. 82 disp. att. c.p.c.[49];

l'atto o il provvedimento adottato fuori udienza (ad esempio a seguito di scioglimento di riserva) è legalmente conosciuto da coloro (parti o terzi) cui sia stato formalmente comunicato a cura della cancelleria ovvero notificato a cura del professionista delegato o dei creditori onerati dell'incombente, anche se non in forma integrale[50];

l'atto o il provvedimento adottato fuori udienza e mai comunicato o notificato è fattualmente conosciuto da coloro (parti o terzi) che siano stati resi edotti indirettamente della sua esistenza dal compimento di un atto successivo della serie procedimentale (il riferimento è, ad esempio, al caso in cui il debitore esecutato apprenda della adozione dell'ordinanza di delega, mai portata alla sua conoscenza, attraverso la notificazione dell'avviso di vendita predisposto dal professionista delegato)[51];

l'atto o il provvedimento adottato fuori udienza e mai comunicato o notificato è fattualmente[52] co-

[49] Cass. 9 settembre 1997, n. 8765; Cass. 15 dicembre 2000, n. 15863; Cass. 15 settembre 2008, n. 23683.

[50] Cass. 30 marzo 2018, n. 7998 che afferma il principio secondo cui la decorrenza del termine di cui all'art. 617 c.p.c. è resa operativa anche dalla comunicazione di un provvedimento in forma non integrale ma succinta (perché limitata alla mera riproduzione del dispositivo). Tale principio muove dall'assunto secondo cui è sufficiente anche la mera conoscenza di fatto dell'atto o del provvedimento del giudice e la comunicazione di un dispositivo è sufficiente a rendere nota l'esistenza dell'atto cui esso si ricollega.

[51] Cass. 6 agosto 2001, n. 10841; Cass. 22 agosto 2007, n. 17880; Cass. n. 10 gennaio 2008, n. 252; Cass. 30 aprile 2009, n. 10099; Cass. 13 maggio 2010, n. 11597.

[52] La giurisprudenza dopo alcune pronunce di segno contrario (tra le altre cfr. in senso negativo Cass. 30 aprile 2009, n. 10099) si è pronunciata a favore della rilevanza della mera conoscenza di fatto dell'atto esecutivo ovvero del provvedimento da impugnare. In tal senso cfr. Cass. 17 marzo 2010, n. 6487; Cass. 13 maggio 2010, n. 11597; Cass. 13 novembre 2014, n. 24189; Cass. 9 maggio 2012, n. 7051; Cass. 20 aprile 2017, n. 9962.

nosciuto da coloro (parti o terzi) che siano stati anche solo occasionalmente informati di circostanze che ne presuppongono l'emanazione (per esemplificare, deve ritenersi acquisita in capo al debitore la conoscenza di fatto del compimento del pignoramento che non gli sia mai stato notificato quando egli abbia presenziato all'accesso del custode giudiziario ovvero dell'esperto stimatore che abbiano riferito dell'incarico loro conferito dal giudice).

Alla luce di quanto precede, e con specifico riferimento alla problematica in esame, il decreto di trasferimento è, dunque, inimpugnabile quando si accerti che gli interessati (legittimati a proporre il rimedio di cui all'art. 617 c.p.c.), pur avendo avuto conoscenza legale o di fatto del provvedimento in questione, non lo abbiano tempestivamente opposto.

Non può, invece, sostenersi che il decreto di trasferimento sia inimpugnabile decorso il termine perentorio di venti giorni dalla sua trascrizione.

Come noto, infatti la trascrizione è solo condizione di astratta conoscibilità di un atto.

4.3. La "inimpugnabilità" del decreto di trasferimento e l'ambito della sua rilevanza

Diversi argomenti inducono ad affermare che il compimento delle attività necessarie a garantire il consolidamento del decreto di trasferimento conseguente alla sua inimpugnabilità assume grande rilievo sotto diversi profili.

Come noto, invero, l'opposizione agli atti esecutivi proposta avverso il decreto di trasferimento può concludersi con la revoca dell'atto cui consegue la retrocessione del bene e la restituzione del prezzo versato all'acquirente.

L'ipotesi che il decreto di trasferimento possa essere revocato per effetto dell'accoglimento di una opposizione agli atti esecutivi non può essere scongiurata dall'art. 2929 c.c. (disposizione quest'ultima che sancisce l'inopponibilità all'aggiudicatario dei vizi degli atti in cui si articola la fase preparatoria della espropriazione), poiché il decreto in esame, collocandosi nella fase liquidatoria della espropriazione, è sottratto ad ogni meccanismo "protettivo" configurato dal codice di rito esclusivamente per preservare la fase liquidatoria dalle eventuali nullità degli atti che si collocano nella sequenza procedimentale destinata a concludersi con l'emanazione dell'ordinanza di vendita o di delega.

Quantunque il processo di espropriazione nell'ambito del quale la vendita forzata sia stata portata a compimento con l'emanazione di un decreto di trasferimento ancora impugnabile a cura degli interessati sia esposto ad un ipotetico margine di rischio non vi sono ragioni per ritenere che non possa proseguire.

La perdurante esposizione del decreto di trasferimento alla impugnazione degli eventuali interessati non preclude l'apertura della fase destinata alla ripartizione tra gli aventi diritto delle somme ricavate dalla vendita.

Come meglio si vedrà in seguito, poiché il decreto di trasferimento è atto autoesecutivo esso produrrà i suoi effetti (traslativo e purgativo) anche se non ancora "stabilizzato" e, dunque, quantunque risulti ancora impugnabile.

Tali preliminari considerazioni consentono, peraltro, di evidenziare che anche la pendenza di una opposizione agli atti esecutivi introdotta per affermare l'illegittimità formale del decreto di trasferimento non preclude la progressione dell'esecuzione forzata e non incide sulla efficacia dell'atto traslativo quando il giudice dell'esecuzione, nell'esercizio dei poteri accordatigli dall'art. 618 c.p.c., non abbia disposto la sospensione del processo e degli effetti del decreto di cui all'art. 586 c.p.c..

Conforta tali conclusioni la circostanza che nessuna disposizione di legge impone la notificazione o comunicazione del decreto di trasferimento agli interessati poiché tale atto, pur segnando il trasferimento al terzo acquirente del diritto reale pignorato, è, comunque, un comune atto della sequenza procedimentale in cui si articola l'espropriazione.

La tesi secondo cui la notificazione o comunicazione del decreto di trasferimento non sarebbe obbligatoria ha, peraltro, ricevuto avallo nella giurisprudenza di legittimità[53] ed è stata confermata pure dalla Amministrazione delle Finanze, con una nota esplicativa 10 giugno 1999, n. 9345.

Per completezza, giova precisare che non induce a diversa conclusione l'art. 560 comma 6 c.p.c. nella sua attuale formulazione atteso che laddove stabilisce che il decreto di trasferimento deve essere comunicato o notificato non innova il quadro normativo ma introduce una prescrizione rilevante solo a determinati fini come meglio si dirà in seguito.

[53] Cfr. Cass. 14 ottobre 2005, n. 19968 secondo cui il decreto emesso a norma dell'art. 586 c.p.c., nulla disponendo la legge, non deve essere comunicato alle parti, dovendo esso sottostare solo agli adempimenti formali suoi propri).

Va, però, rimarcato che la stabilizzazione del decreto di trasferimento, ove garantita attraverso lo svolgimento delle attività funzionali alla sua realizzazione, produce non pochi vantaggi.

Innanzitutto, tutela la posizione delle parti del processo perché da un lato garantisce il terzo acquirente e dall'atro lato preserva i creditori da eventuali successive azioni di ripetizione delle somme distribuite.

Inoltre, solo la accertata inimpugnabilità del decreto di trasferimento rende non più deducibili i vizi formali degli atti posti in essere dal delegato e posti a fondamento del decreto di trasferimento del giudice.

Come noto, gli atti del delegato non possono essere impugnati direttamente con il rimedio ex art. 617 c.p.c. ma esclusivamente con il reclamo ex art. 591 *ter* c.p.c.; inoltre, anche quando eventualmente proposto, il predetto reclamo non è destinato a produrre una decisione idonea al giudicato[54].

4.4. La notificazione o comunicazione del decreto di trasferimento a cura del professionista delegato

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte la comunicazione o notificazione del decreto di trasferimento non rientra *tout court* tra i compiti che il delegato, di regola, deve espletare.

Induce a tale conclusione il fatto che l'incombente in questione non è menzionato dall'art. 591 *bis* c.p.c..

Deve allora sostenersi che il professionista delegato abbia l'obbligo di procedere alla notificazione o comunicazione del decreto di cui all'art. 586 c.p.c. esclusivamente nel caso in cui il giudice dell'esecuzione, nell'esercizio del suo potere generale di direzione del procedimento, con la ordinanza di delega, abbia prescritto espressamente il compimento di tale attività.

4.5 La inimpugnabilità del decreto di trasferimento a seguito della definizione del processo di espropriazione

Per completezza, giova precisare che le opposizioni esecutive non possono essere più proposte per impugnare gli atti in cui si è articolato il processo di espropriazione dopo che quest'ultimo si è concluso con la dichiarazione di esecutività del piano di riparto.

[54] Cass, 12 marzo 2019, n. 12238.

Il sistema delle opposizioni esecutive presuppone, infatti, la pendenza del processo di espropriazione cui esso accede[55].

Va, tuttavia, precisato che può legittimamente proseguire sino alla definizione con sentenza passata in giudicato l'opposizione proposta avverso un atto esecutivo in pendenza di espropriazione anche dopo che quest'ultima si sia conclusa[56].

È, comunque, opportuno segnalare che gli interessati alla proposizione del rimedio di cui all'art. 617 c.p.c., anche quando non sia stato loro notificato o comunicato il decreto di trasferimento, se sono parti della espropriazione e non "terzi"[57] pregiudicati dal compimento dell'atto illegittimo, acquistano conoscenza di fatto del decreto di trasferimento per effetto della convocazione all'udienza fissata ai sensi dell'art. 596 c.p.c. per approvare il piano di riparto.

Una volta evocati per detta udienza, invero, essi acquistano indirettamente notizia del fatto che la fase di liquidazione giudiziale si è conclusa, evidentemente mediante l'emanazione del decreto di trasferimento.

5. La reclamabilità *sine die* degli atti del professionista delegato e la "stabilità" del decreto di trasferimento come condizione per il consolidamento delle attività delegate

Gli atti del professionista delegato non possono essere impugnati con l'opposizione agli atti esecutivi perché essi sono reclamabili ai sensi dell'art. 591 *ter* c.p.c..

[55] È, infatti, consolidato l'orientamento secondo cui non è ammissibile dopo la chiusura del procedimento di esecuzione forzata l'azione di ripetizione di indebito contro il creditore procedente per ottenere la restituzione di quanto costui abbia riscosso, sul presupposto dell'illegittimità per motivi formali o sostanziali dell'esecuzione forzata, atteso che la legge, pur non attribuendo efficacia di giudicato al provvedimento conclusivo del procedimento esecutivo, tuttavia sancisce la irrevocabilità dei relativi provvedimenti una volta che essi abbiano avuto esecuzione (art. 487 cod. proc. civ.) e sia ormai preclusa la proposizione delle opposizioni esecutive (Cass. 8 maggio 2003, n. 7036).

[56] Più precisamente, cioè, non impedisce la definizione dell'opposizione agli atti esecutivi introdotta in pendenza di processo la circostanza che tale processo si sia concluso a causa del mancato accoglimento a cura del giudice dell'esecuzione della domanda cautelare di sospensione adottata ai sensi dell'art. 618 cp.c..

[57] Per la individuazione dei terzi legittimati al rimedio cfr. par. 4.1.

Il reclamo di cui al citato articolo 591 *ter* c.p.c., la cui proposizione non è subordinata alla necessità di rispettare un termine perentorio[58], può essere introdotto a cura di tutte parti della procedura (creditori, debitore, terzo proprietario) o di eventuali altri terzi interessati[59] che abbiano interesse a dolersi dell'operato del professionista e non sospende le operazioni di vendita salvo che il giudice, concorrendo gravi motivi, disponga l'arresto del processo.

Il giudice dell'esecuzione, quando investito del reclamo, previa audizione delle parti, provvede con ordinanza.

Tale ordinanza è impugnabile.

Prima della riforma del codice di rito del 2015 l'art. 591 *ter* c.p.c. prevedeva che il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione avesse definito il reclamo (avverso l'atto posto in essere dal professionista delegato) potesse essere impugnata con l'opposizione agli atti esecutivi.

Tanto si ricavava dall'art. 591 *ter* c.p.c., vecchia formulazione, nella parte in cui stabiliva, nel suo ultimo periodo, che *"restano ferme le disposizioni di cui all'art. 617"*.

Vigente l'art. 591 *ter* c.p.c. nella sua originaria stesura si era ritenuto:

- che la proposizione del reclamo avverso gli atti del delegato era idonea a determinarne la stabilizzazione poiché la decisione assunta all'esito di tale controversia era idonea al giudicato;
- la mancata proposizione del reclamo non impediva agli interessati di impugnare successivamente con l'opposizione agli atti esecutivi il decreto di trasferimento che avesse recepito le attività svolte dal professionista poiché il mancato esercizio dell'azione non è previsto a pena di decadenza[60].

La situazione oggi si atteggia, però, in termini diversi.

Il decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 132 ha lasciato inalterato l'art. 591 *ter,* salvo che per l'ultimo periodo.

Laddove detta disposizione, nel suo ultimo periodo, stabiliva che *"...restano ferme le disposizioni di cui all'art. 617"* oggi prevede che *"...contro il provvedimento del giudice è ammesso il reclamo ai sensi dell'art. 669 terdecies"*.

La modifica legislativa operata in questo senso non è, tuttavia, di facile "lettura".

La circostanza che l'art. 591 *ter* c.p.c. nella sua precedente formulazione prevedesse espressamente che l'ordinanza del giudice (recante la decisione del reclamo) dovesse essere contestata con il rimedio di cui all'art. 617 c.p.c. si poneva in linea con le regole che governano lo svolgimento della esecuzione forzata.

Analoga conclusione non può, invece, essere rassegnata alla luce della attuale stesura della norma in esame perché, a ben vedere, la previsione della impugnabilità dell'ordinanza decisoria emessa *prima facie* dal giudice dell'esecuzione con il rimedio di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. appare distonica rispetto alla espropriazione forzata.

Muovendo da questi preliminari rilievi si è allora ritenuto che la soluzione adottata dal legislatore, del tutto eccentrica rispetto al sistema, sia stata prescelta solo per ragioni di speditezza[61].

La modifica normativa cui si è fatto cenno è, però, foriera di conseguenze e trasforma il quadro di riferimento.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità[62] e di una parte della dottrina[63], l'ordinanza che definisce il reclamo di cui all'art. 591 ter

[58] Cass. 26 giugno 2006, n. 14707. Cfr. ORIANI, *op. cit.,* 404.

[59] Debbono ritenersi legittimati alla proposizione del reclamo di cui all'art. 591 *ter* c.p.c. l'aggiudicatario nonché gli offerenti non aggiudicatari e, comunque, tutti coloro che possono ritenersi direttamente pregiudicati dal compimento di un atto del delegato che si assume illegittimo. Per la individuazione dei legittimati al reclamo possono richiamarsi integralmente le considerazioni svolte a proposizione della legittimazione a proporre l'opposizione agli atti esecutivi.

[60] La proponibilità del reclamo in ogni momento si ricava dalla mancata previsione di termini di decadenza. In tal senso Cass. 26 giugno 2006, n. 14707 nonché Cass. 18 aprile 2011, n. 8864. Per un'ampia esposizione delle varie posizioni interpretative emesse in argomento cfr. CAMPI, *La reclamabilità degli atti del professionista delegato alle vendite,* in *Riv. esec. forz.,* 2012, 638 ss.

[61] Come si evince anche dall'esame della relazione illustrativa al decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, invero, la soluzione adottata nasce dalla necessità di far sì che la risoluzione delle controversie endoesecutive scaturite dallo svolgimento della attività delegata possa essere conseguita utilizzando, nella fase di gravame, non l'opposizione agli atti (destinata a chiudersi con sentenza impugnabile con ricorso per cassazione), ma un rimedio idoneo ad apprestare una decisione che, nel contempo, sia garanzia di imparzialità perché proviene dal tribunale in composizione collegiale e possa essere emessa in tempi brevi.

[62] Cass. 9 maggio 2019, n. 1212238.

[63] In dottrina si è espresso nel senso della inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. 83/2015 .... In attesa della prossima puntata, in Corr. Giur*., 2016,175.

c.p.c. (che potrebbe essere adottata dal giudice dell'esecuzione quando la sua decisione non sia stata impugnata ovvero dal tribunale in composizione collegiale quando l'ordinanza emessa *prima facie* sia stata fatta oggetto di gravame con il rimedio di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., non è idonea al giudicato.

Tanto si deduce dal fatto che avverso l'ordinanza collegiale eventualmente emessa ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. non è ammesso il ricorso straordinario per cassazione.

Vigente l'art. 591 *ter* nuova formulazione deve, pertanto, ritenersi che:

- la definizione del reclamo di cui all'art. 591 *ter* c.p.c. che sia stato proposto per contestare la irregolarità formale degli atti del professionista delegato non preclude la successiva impugnabilità dei medesimi atti per le stesse ragioni;
- quantunque il giudice dell'esecuzione o il Tribunale in composizione collegiale abbiano accolto o rigettato il predetto reclamo, gli interessati (parti o altri terzi) possono impugnare il decreto di trasferimento, che sia stato nel frattempo emanato, per far valere i medesimi vizi in precedenza rilevati, quantunque la questione sia stata già esaminata;
- solo la mancata proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi avverso il decreto di trasferimento a cura dei soggetti legittimati realizza la definitiva stabilizzazione degli atti in cui si è articolato il subprocedimento di vendita delegato.

6. La decorrenza degli effetti del decreto di trasferimento

6.1. L'effetto traslativo collegato alla emanazione del decreto di trasferimento e la necessità di curare la trascrizione dell'atto

Non pare potersi dubitare del fatto che l'effetto traslativo del diritto reale espropriato si produca dalla data del deposito del decreto di trasferimento né è revocabile in dubbio la necessità che, alla trascrizione del decreto debba provvedersi, senza ritardo, ai sensi degli artt. 2658, 2659, 2663 e 2664 c.c..

6.2. L'effetto purgativo ed i dubbi interpretativi connessi alla sua operatività

Per lungo tempo ci si è domandati se il Conservatore, chiamato a trascrivere il decreto di trasferimento, dovesse contestualmente "attuare" l'ordine di cancellazione dei gravami pregiudizievoli impartito con il predetto atto.

Preliminarmente corre l'obbligo di tratteggiare il quadro normativo di riferimento costituito dagli artt. 586 c.p.c., 2778 c.c. e 2884 c,c..

L'art. 586 c.p.c. (rubricato "*Trasferimento del bene espropriato*"), nel testo modificato dall'art. 2 del decreto legge n. 35/2005, convertito dalla legge n. 80/2005, stabilisce: " Avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, ovvero pronunciare decreto col quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione contenuta nell'ordinanza che dispone la vendita e ordinando che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie, se queste ultime non si riferiscono ad obbligazioni assuntesi dall'aggiudicatario a norma dell'articolo 508. Il giudice con il decreto ordina anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento. Il decreto contiene altresì l'ingiunzione al debitore o al custode di rilasciare l'immobile venduto. Esso costituisce titolo per la trascrizione della vendita sui libri fondiari e titolo esecutivo per il rilascio".

L'art. 2878 (rubricato "*Della estinzione delle ipoteche*"), contenuto nella omonima Sezione X del Libro VI, Titolo III, Capo IV, cod. civ., dispone che "L'ipoteca si estingue: … n. 7) con la pronunzia del provvedimento che trasferisce all'acquirente il diritto espropriato e ordina la cancellazione delle ipoteche.".

L'art. 2884 (rubricato "*Cancellazione ordinata con sentenza"*) cod. civ., contenuto nella successiva Sezione XI ("Della cancellazione dell'iscrizione"), infine, dispone che "La cancellazione deve essere eseguita dal Conservatore, quando è ordinata con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo emesso dalle autorità competenti".

Il coordinamento interpretativo di queste disposizioni di legge ha dato adito a varie posizioni interpretative.

In senso contrario, SALETTI, *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata,* Torino, 2016, 314 ss. il quale sostiene che il richiamo all'art. 669 *terdecies* c.p.c. debba indurre esclusivamente a ritenere che il legislatore abbia inteso optare per l'impiego di forme camerali ma non possa, tuttavia, consentire di ritenere che, nei casi in cui la decisione incida sui diritti soggettivi, a causa della forma procedimentale prescelta, impedisca la irrevocabilità della decisione. Nello stesso senso e, dunque, per la ammissibilità del ricorso straordinario, FARINA, *L'ennesima espropriazione immobiliare "efficiente" (ovvero accelerata, conveniente, rateizzata e cameralizzata),* in *Riv. Dir. Proc.,* 2016, 147 ss..

Secondo un primo indirizzo, il decreto di trasferimento sarebbe "autoesecutivo" e, dunque idoneo a realizzare l'immediato trasferimento all'acquirente del diritto reale sul bene purgato dai relativi gravami.

Tale conclusione sarebbe suffragata innanzitutto dal tenore letterale dell'articolo 586 del codice di rito nonché dalla disposizione dettata dall'art. 2878, n. 7), c.c., che, quantunque con riferimento alla sola ispezione ipotecaria, istituisce una relazione di effetto diretto tra l'adozione del decreto di trasferimento e l'estinzione del gravame, così collocando nell'ambito di una pubblicità solo dichiarativa (atta a concretizzare sul piano operativo un effetto già verificatosi *ex lege)* l'adempimento del Conservatore necessario ad attuare cancellazioni che hanno già prodotto il loro effetto; essa non sarebbe, peraltro, contraddetta dall'art. 2884 cod. civ. che ipotizza un concetto di definitività non suscettibile di estensione alle ipotesi, come quella in esame, che non consentono di configurare un provvedimento giurisdizionale idoneo a passare in giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c..

Muovendo da quanto sin qui tratteggiato, per i sostenitori di questa prima tesi il Conservatore dei Registri immobiliari non potrebbe pretendere che gli venga fornita la prova del consolidamento del decreto di trasferimento ma dovrebbe attuare l'ordine di cancellazione senza alcuna preventiva istruttoria.

Secondo un diverso orientamento, che pone maggiormente l'accento sulle evenienze che potrebbero verificarsi dopo l'emanazione del provvedimento (e sui collegati profili di responsabilità del Conservatore), invece, il decreto di trasferimento, pur trasferendo il diritto reale sul bene pignorato, non sarebbe idoneo a produrre l'immediato effetto purgativo la cui operatività sarebbe subordinata alla consumazione del termine per la sua impugnazione ai sensi dell'art. 617 c.p.c..

Tale diversa tesi interpretativa valorizza il tenore letterale dell'art. 2884 c.c. (a tenore del quale la cancellazione deve essere eseguita quando sia ordinata con sentenza passata in giudicato o "con altro provvedimento definitivo) e fa leva sulla circostanza secondo cui, la immediata cancellazione dei gravami esporrebbe a rischi enormi il ceto creditorio nel caso in cui pr effetto dell'accoglimento di una opposizione agli atti esecutivi proposta per impugnare il decreto di trasferimento, quest'ultimo dovesse essere revocato.

La questione è stata per lungo tempo dibattuta e dato il clamore del contrasto interpretativo registrato su tutto il territorio nazionale tanto che la Procura Generale presso la Corte di Cassazione, prendendo spunto da un procedimento sottoposto al suo esame, ha chiesto che sull'argomento venisse enunciato, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., un principio di diritto che, nell'interesse della nomofilachia, fosse idoneo a scongiurare il rischio di interpretazioni contrastanti e foriere di conseguenze pratiche distorte.

Nell'occasione la Procura Generale della Corte di Cassazione ha ritenuto che la tesi da preferire fosse quella secondo cui l'ordine di cancellazione impartito dal giudice con il decreto di trasferimento deve essere immediatamente "attuato" senza dover preventivamente compiere alcuna verifica in ordine alla definitività dell'atto in quanto:

- l'art. 2878 n. 7 c.c. induce a ritenere che l'effetto purgativo del decreto di trasferimento operi ex - lege;
- l'art. 2884 c.c. è disposizione estranea all'ambito dell'espropriazione forzata;
- una ricostruzione che subordinasse l'operatività dell'effetto purgativo della vendita forzata alla acquisizione della prova che il decreto di trasferimento non è più impugnabile a cura degli interessati sarebbe contraria ai principi generali che mirano a salvaguardare per quanto possibile la sua appetibilità in funzione della migliore soddisfazione delle pretese vantate dal ceto creditorio.

6.3. La tesi favorevole alla immediata operatività dell'effetto purgativo secondo il più recente orientamento della Cassazione a Sezioni Unite

La Suprema Corte a Sezioni Unite[64] accoglie la prima delle due posizioni interpretative cui si è fatto cenno ed afferma che il decreto di trasferimento produce tutti i suoi effetti anche quando non si sia "stabilizzato" (e, dunque, risulti ancora impugnabile a cura dei soggetti interessati).

Più precisamente, secondo la Suprema Corte, il decreto di cui all'art. 586 c.p.c., quando formalmente emanato, trasferisce al terzo acquirente il diritto reale sul bene immobile in precedenza pignorato già purgato dalle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli anteriori e successive al pignoramento di guisa che la trascrizione dell'atto e l'attuazione dell'ordine di cancellazione debbono essere compiuti dal Conservatore senza indugio.

[64] Cass. Sezioni Unite 14 dicembre 2020, n. 28387.

Ciò premesso, è bene richiamare gli argomenti in virtù dei quali tale conclusione è stata raggiunta.

La soluzione propugnata trova fondamento innanzitutto nelle peculiarità del processo di espropriazione.

Tale processo, secondo il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, non è un giudizio ma un processo strutturato, non già come una sequenza continua di atti ordinati ad un unico provvedimento finale - secondo lo schema proprio del processo di cognizione - ma come una successione di subprocedimenti, cioè una serie autonoma di atti funzionali alla emanazione di distinti provvedimenti successivi, rispetto ai quali il controllo di legalità è solo eventuale.

In questo contesto, il giudice dell'esecuzione, nell'esercizio dei suoi poteri di direzione, non pronuncia provvedimenti idonei al giudicato, ma si limita ad adottare atti che, finalizzati alla liquidazione giudiziale del bene ed alla distribuzione del ricavato della vendita, per la loro stessa natura e funzione, producono i loro effetti immediatamente non appena vengono a giuridica esistenza.

I caratteri che connotano gli atti ed i provvedimenti che si inseriscono nel processo di espropriazione e nei subprocedimenti in cui esso si articola ulteriormente, sono, dunque, efficaci ed incidono sula realtà materiale e giuridica anche quando potrebbero essere impugnati con i rimedi apprestati dagli artt. 615 e 617 c.p.c..

Un atto o un provvedimento del processo di espropriazione diviene, infatti, "stabile" quando abbia avuto esecuzione (la sua esecuzione preclude al giudice l'esercizio del potere di revoca in autotutela ai sensi dell'art. 487 c.p.c.) o non siano stato impugnato ai sensi dell'art. 617 c.p.c. a cura degli interessati nel termine perentorio di venti giorni dalla sua conoscenza legale o di fatto.

Pur destinati alla stabilizzazione, gli atti e i provvedimenti di cui si sta discutendo non possono, comunque, divenire definitivi in senso proprio ed in tale prospettiva essi non sono assimilabili alle sentenze o agli altri provvedimenti giurisdizionali formati all'esito di un processo cognitivo.

Sulla base di tali preliminari considerazioni, anche il decreto di trasferimento che costituisce un provvedimento giudiziale della serie procedimentale in cui si articola la fase destinata alla liquidazione giudiziale del bene pignorato, è idoneo a produrre tutti i suoi effetti a far data dalla sua emanazione, indipendentemente dal fatto che sia o meno "stabile" nei termini illustrati.

Esso, dunque, trasferisce il bene purgato a far data dalla sua formale emanazione senza che occorrano ulteriori verifiche di guisa che le attività funzionali ad attuare i suoi effetti sono ineludibili e non possono essere rifiutate neppure temporaneamente da oloro cui esse spettano.

Giova, peraltro, evidenziare che, secondo la Suprema Corte il complesso delle norme che regolano il regime delle trascrizioni non induce a diversa conclusione.

Invero, ai sensi dell'art. 2878, n. 7, cod. civ. l'estinzione del peso ipotecario (e di ogni altro peso) si ha in forza della sola pronuncia del provvedimento.

Né può sostenersi che il dato normativo fornito dal citato articolo 2878 n. 7 c.c. sia smentito dal successivo articolo 2884 c.c..

L'art. 2884 cod. civ. che, nel subordinare la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria è collegata ad un provvedimento definitivo, si riferisce, infatti, alle sentenze e ai provvedimenti giurisdizionali formati all'esito del processo di cognizione affermando un principio che non si attaglia invece al processo di espropriazione.

Va, per completezza, precisato che, secondo la Suprema Corte, la soluzione favorevole alla immediata operatività dell'effetto purgativo del decreto di trasferimento è anche l'unica perfettamente coerente ai principi generali. Ove si aderisse alla opposta opzione interpretativa, infatti, verrebbero del tutto frustrate le finalità della vendita forzata in spregio al principio che impone di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale esecutiva in quanto principio immanente al sistema.

Una vendita forzata che espone l'acquirente al rischio di non conseguire un bene immediatamente libero dai gravami non sarebbe, invero, appetibile per i terzi e, dunque, non potrebbe intercettare tutti i potenziali interessati la cui partecipazione al processo è condizione per una "proficua" collocazione sul mercato del bene pignorato.

Muovendo da quanto sin qui tratteggiato, secondo la Suprema Corte, il Conservatore deve eseguire incondizionatamente ed immediatamente l'ordine che, sotto la propria responsabilità, quel giudice ha emesso, non avendo alcuna potestà di inficiarne o differirne l'immediata efficacia e non dando corso al quale, come ad esempio subordinandolo alla produ-

zione di attestati sulla inoppugnabilità o definitività del decreto invece sussistente *ex se*, egli rifiuta un atto del proprio ufficio ed espone questo, l'Amministrazione da cui dipende e se stesso alle conseguenti responsabilità in sede civile, penale, contabile, amministrativa e disciplinare, senza dover o anche solo poter svolgere ulteriori verifiche.

7. Le ricadute della pronuncia delle Sezioni Unite sull'espropriazione immobiliare pendente

7.1. Le possibili interferenze sulla teoria generale della vendita forzata

È ormai consolidata in dottrina e giurisprudenza l'opinione secondo cui la mancanza di volontarietà del trasferimento che caratterizza la vendita forzata non rappresenta una ragione adeguata a escludere il carattere derivativo dell'acquisto del diritto da parte dell'aggiudicatario, il quale subentra nella medesima situazione giuridica soggettiva spettante al precedente proprietario del bene espropriato.

L'intervento dell'organo esecutivo, mediante il quale si effettua il trasferimento, invero, non è tale da rompere il nesso che caratterizza l'acquisto a titolo derivativo, ma serve solo a imprimere alla vendita forzata un carattere diverso dalla comune alienazione negoziale.

Il carattere derivativo del trasferimento trova peraltro espresso fondamento nell'art. 2919 c.c., laddove stabilisce che "la vendita forzata trasferisce all'acquirente i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subìto l'espropriazione"[65].

Fatte tali premesse corre, comunque, l'obbligo di domandarsi se la pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite possa avere in tutto o in parte inciso sugli orientamenti ormai consolidati.

La risposta a tale quesito deve ritenersi negativa.

La Suprema Corte, invero, approda alla tesi della immediata operatività dell'effetto purgativo della vendita forzata sulla base di una ricostruzione che valorizza la natura e struttura del processo di espropriazione e configura il decreto di trasferimento con il provvedimento giudiziale autoesecutivo che conclude la fase della liquidazione giudiziale e segna il passaggio alla successiva fase della distribuzione.

In sostanza, nessuno degli argomenti interpretativi posti a fondamento della ricostruzione richiamata può anche solo astrattamente porre in dubbio le teorie generali sulla vendita forzata.

7.2. La eventuale incidenza sui compiti del professionista delegato

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, giova rilevare che la pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite cui si è fatto cenno non ha in alcun modo inciso sul quadro dei compiti che il professionista deve espletare in adempimento della delega conferita dal giudice dell'esecuzione. Ove si fosse ritenuto che l'effetto purgativo della vendita forzata sia subordinato alla definitività del decreto di trasferimento, giusta il disposto dell'art. 2884 c.c., non sarebbe stato peregrino affermare che sia onere del professionista delegato, che opera ai sensi dell'art. 591 bis co. 3 n. 11 c.p.c. curare la comunicazione o notificazione del decreto di trasferimento onde consentire al cancelliere di attestarne la inimpugnabilità.

La tesi prescelta dalla Suprema Corte induce al contrario a sostenere che il professionista delegato, ottenuta dal giudice la ratifica del suo operato formalizzata con la sottoscrizione della bozza del decreto di trasferimento predisposta, non debba (salvo specifica prescrizione contenuta nell'ordinanza di delega) comunicare o notificare il decreto di trasferimento ma possa limitarsi "*alla esecuzione delle formalità di registrazione, trascrizione, voltura catastale*

[65] *Ex multis*, SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1933, 127; MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in SCIALOJA – BRANCA (a cura di), Commentario, Bologna – Roma, 1970, I, 103 ss.; CERINO CANOVA, *Vendita forzata*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani* XXXII, Roma, 1994; CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 2006, 270.

In giurisprudenza, Cass., 9 novembre 1982, n. 5888; Cass., 5 aprile 1977, n. 1299; Cass., 5 gennaio 2000, n. 27; Trib. Novara, 19 gennaio 2006; Cass., 22 settembre 2010, n. 20037; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21830; Cass., 31 agosto 2017, n. 20608.

La natura originaria del trasferimento coattivo è stata, però, sostenuta da una remota giurisprudenza: cfr. in merito Cass. 11 marzo 1986, n. 1645, in *Foro It.*, 109, 11, con nota di DONATI secondo cui "*la trasmissione del bene a seguito di trasferimento coattivo avviene ex novo, a titolo originario e non a titolo derivativo, sicché l'aggiudicatario non può considerarsi avente causa del debitore originario*", dal che ricavava che "*l'imposta di consumo sui materiali da costruzione dovuta dal proprietario dell'edificio, non si trasferisce a chi sia diventato proprietario dell'immobile a seguito di trasferimento coattivo quale aggiudicatario in procedimento di esecuzione forzata*"; nello stesso senso Cass. 5 gennaio 2000, n. 27, in *Giur. It.*, 2000, 1141.

.... nonché all'espletamento delle formalità di cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie conseguenti al decreto di trasferimento del giudice".

In sostanza, cioè, il professionista delegato, una volta che il decreto di trasferimento sia stato formalmente emanato dal giudice dell'esecuzione procede senza indugio al compimento della attività successive in modo da consentire al Conservatore dei Registri immobiliari di curare la pubblicità del decreto di trasferimento e di attuare immediatamente (e senza alcuna possibilità di compiere autonomamente alcuna verifica) l'ordine di cancellazione contenuto nel decreto di cui all'art. 586 c.p.c..

Quanto sin qui sostenuto non è smentito dal disposto dell'art. 560 comma 6 cp.c..

Ai sensi della disposizione da ultimo richiamata "*Dopo la notifica o la comunicazione del decreto di trasferimento il custode, su istanza dell'aggiudicatario o dell'assegnatario, provvede all'attuazione forzosa del provvedimento di cui all'art. 586, secondo comma....*".

L'art. 560 comma 6 c.p.c. deve essere, infatti, interpretato alla luce delle modifiche legislative introdotte nel 2020 (il riferimento è alla legge 28 febbraio 2020, n. 12).

Più precisamente, sembra potersi sostenere che, con la disposizione che fa decorrere il termine dei sessanta giorni per procedere allo sgombero dalla notifica o la comunicazione del decreto di trasferimento, il legislatore non abbia inteso prescrivere che il decreto di trasferimento debba essere portato a conoscenza di tutte le parti del procedimento e degli eventuali interessati ad impugnarlo (in quanto eventualmente pregiudicati dalla sua emanazione).

La tesi preferibile è, invece, quella secondo cui, l'art. 560 co. 6 c.p.c. si limita a stabilire che, nel caso in cui il decreto di trasferimento rechi anche l'ordine di liberazione, il custode giudiziario non possa procedere alla attuazione coattiva di quest'ultimo prima di aver notificato o comunicato al debitore o ai suoi familiari che hanno sessanta giorni per allontanarsi spontaneamente dall'immobile pignorato.

È, comunque, di tutta evidenza che la notificazione o comunicazione al debitore del decreto di trasferimento recante anche l'ordine di liberazione, quantunque eseguita in funzione del successivo sgombero, vale comunque a far decorrere per il debitore e a segnare la decorrenza del termine perentorio di cui all'art. 617 c.p.c. per impugnare il provvedimento emesso ai sensi dell'art. 560 c.p.c..

Giova, infine, rilevare che rientra nei compiti del professionista delegato recepire anticipatamente la richiesta di sgombero dell'aggiudicatario al fine di depositare al giudice dell'esecuzione una bozza del decreto di trasferimento che rechi, nei casi in cui è necessario, anche l'ordine di liberazione in danno del debitore esecutato e dei suoi familiari.

7.3. Il rischio "calcolato" di una impugnazione postuma del decreto di trasferimento

La Suprema Corte ha affrontato anche la questione relativa alla incidenza sul processo di espropriazione della revoca del decreto di trasferimento quando essa venga disposta dal giudice con la sentenza che definisce il giudizio di opposizione agli atti esecutivi nel caso in cui l'ordine di cancellazione dei gravami disposto ai sensi dell'art. 586 c.p.c. sia stato già attuato.

Affrontando incidentalmente il tema, la Suprema Corte ha affermato che la cancellazione immediata delle formalità non cagiona alcun pregiudizio ai creditori in quanto:

- nella procedura concorsuale .... essi beneficiano delle tutele apprestate dagli artt. 42, 44 e 45 legge fall., in virtù dello spossessamento del debitore che deriva dalla dichiarazione di fallimento*; "in questo ambito, pertanto, i creditori muniti di prelazione sul bene venduto non perdono i diritti che erano già risultati opponibili al fallimento, anche se la relativa iscrizione sia stata fisiologicamente cancellata dai registri immobiliari all'esito della vendita fallimentare, e ciò sia nel caso di riacquisizione del bene (dietro restituzione del prezzo all'aggiudicatario), sia nel caso in cui ciò sia impossibile, dovendo comunque essere soddisfatti secondo l'ordine delle cause legittime di prelazione accertate ai sensi degli artt. 52 e 93 ss. legge fall. (cfr. Trib. Prato n. 2311/18 cit.");*
- nell'esecuzione individuale i creditori ai danni dei quali sia stata disposta la cancellazione dell'ipoteca non vedono frustrati i propri interessi in quanto *"l'ipoteca fisiologicamente estinta in forza del decreto che conclude la fase della vendita forzata cessa di tutelare il suo titolare ma proietta i suoi effetti nella successiva fase della ripartizione del ricavato, conservando la collocazione preferenziale del credito cui ineriva: effetto che risponde alla funzione propria dell'espropriazione immobiliare, ove appunto, una volta realizzatosi il trasferimento del diritto all'esito della ven-*

dita forzata, gli originari vincoli (tanto quello pignoratizio, finalizzato alla liquidazione del bene, quanto quello ipotecario, finalizzato all'acquisizione di un diritto di prelazione sul ricavato ai sensi dell'art. 2808 cod. civ.) si trasferiscono dal bene espropriato alla somma di denaro in cui esso si è convertito".

In sostanza, secondo quanto sostenuto dalla Suprema Corte, l'immediata cancellazione dei gravami non può pregiudicare i creditori ipotecari pignoranti o intervenuti nella esecuzione individuale poiché questi ultimi hanno il diritto ad essere collocati nel piano di riparto in virtù della causa di prelazione di cui erano titolari quantunque l'iscrizione non esista più.

Va, tuttavia, osservato che la soluzione prospettata, quantunque condivisibile, merita lo svolgimento di ulteriori riflessioni.

Poiché la revoca del decreto di trasferimento, comportando la retrocessione del bene, impone che il prezzo versato venga restituito all'acquirente, è opportuno rilevare che il diritto di prelazione vantato dai creditori ipotecari ai danni dei quali si è prodotto l'effetto purgativo della vendita non avrà ad oggetto una somma di denaro immediatamente disponibile e di importo definito. L'anzidetto diritto di prelazione sarà, infatti, eccezionalmente trasferito sulla somma di denaro che in futuro verrà versata a titolo di prezzo dal futuro aggiudicatario del bene pignorato.

In sostanza, contrariamente a quanto accade di regola, la prelazione si trasferisce su una diponibilità eventuale e soprattutto non preventivamente determinabile.

In ogni caso ed a prescindere da quanto rilevato, occorre sottolineare che la prospettata trasformazione dell'oggetto dell'ipoteca non esaurisce l'ambito delle questioni interpretative connesse alla retrocessione del bene per effetto dell'accoglimento della opposizione di cui all'art. 617 c.p.c..

Va, infatti, considerato che porre nel nulla la vendita forzata già perfezionatasi produce ulteriori ricadute.

Più precisamente, cioè, la revoca del decreto di trasferimento inevitabilmente impone la rinnovazione della fase di liquidazione giudiziale già espletata e comporta la necessità di celebrare nuovamente il subprocedimento di cui agli artt. 569 e seguenti c.p.c..

Sulla base di tale premesse occorre allora domandarsi se la cancellazione dell'originaria trascrizione del pignoramento determini l'estinzione del processo di espropriazione; nel caso in cui la risposta a tale primo quesito dovesse essere negativa è, comunque, necessario stabilire se la vendita forzata possa essere reiterata (per effetto della retrocessione del bene al debitore, nonostante la trascrizione del pignoramento sia stata cancellata.

Con riferimento alla prima questione, deve ritenersi l'attuazione dell'ordine di cancellazione della trascrizione del pignoramento impartito dal giudice dell'esecuzione non impedisce la prosecuzione del processo poiché è espressione fisiologica dell'effetto purgativo che connota la vendita forzata.

Non vi sono, pertanto, ragioni per dubitare del fatto che, anche a seguito della cancellazione della trascrizione del pignoramento, l'espropriazione possa proseguire con la distribuzione.

Né può indurre a diversa conclusione la circostanza che si è ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità l'orientamento secondo cui la sopravvenuta inefficacia della trascrizione del pignoramento immobiliare, non tempestivamente rinnovata a cura degli interessati ai sensi dell'art. 2668 *ter* c.c., determina l'estinzione del processo esecutivo[66]. Nel caso da ultimo prospettato, invero, la mancata rinnovazione della trascrizione costituisce l'effetto di un evento patologico che è espressione di una inattività colpevole del ceto creditorio.

Resta allora da valutare se, ed eventualmente a quali condizioni, l'espropriazione possa proseguire con la rinnovazione della vendita forzata quando il decreto di trasferimento sia stato revocato e la vendita risulti conseguentemente "caducata" con retrocessione del bene al debitore.

A tale proposito, occorre muovere dal rilievo secondo cui il pignoramento immobiliare produce gli effetti protettivi di cui agli art. 2913 c.c. a condizione che l'atto di cui all'art. 555 c.p.c. risulti trascritto nei Registri immobiliari.

È, dunque, pacifico che la rinnovazione della fase liquidatoria del compendio pignorato[67] presupponga che il pignoramento per cui si procede venga nuo-

---

[66] Cass. 11 marzo 2016, n. 4751.

[67] A tale proposito è bene rilevare innanzitutto che il giudice dell'esecuzione non può provvedere sull'istanza di vendita se il pignoramento immobiliare, quantunque notificato al debitore, non sia stato trascritto nei Registri immobiliari; è pertanto, pacifico che il subprocedimento di vendita non può svolgersi se detta trascrizione manchi o sia divenuta inefficace ai sensi dell'art. 2668 *ter* c.c.. Per completezza giova, comunque, rilevare che la trascrizione del pignoramento esaurisce la sua funzione e diviene,

vamente reso opponibile ai terzi in virtù di una nuova trascrizione.

Per completezza, è, peraltro, opportuno evidenziare che tale conclusione si impone, sia nel caso in cui si acceda alla tesi secondo cui la trascrizione è elemento integrativo dell'efficacia del pignoramento, sia nell'ipotesi in cui si aderisca alla opposta soluzione che configura la trascrizione come elemento costitutivo di una fattispecie complessa a formazione complessiva (che si articola nella sequenza pignoramento – trascrizione)[68].

Fatte tali premesse, va rammentato che la nuova trascrizione del pignoramento, sebbene eseguita in sostituzione di quella originaria cancellata, prende grado dalla nuova formalità.

Tanto si ricava dall'art. 2848 c.c. che, quantunque, dettato con riferimento all'ipoteca, esprime un principio di carattere generale applicabile a tutte le formalità eseguite nei Registri immobiliari.

In questa prospettiva, la rinnovazione del subprocedimento di vendita presuppone, non solo che il pignoramento originariamente notificato al debitore venga ritrascritto, ma anche che il bene sottoposto ad esecuzione non risulti gravato da iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli, in origine inesistenti o inefficaci, che ne impediscano la vendita in danno del debitore esecutato.

Più precisamente, cioè, il bene sottoposto ad esecuzione potrebbe risultare gravato da iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli riconducibili, tanto a fatti sopravvenuti alla cancellazione della originaria trascrizione del pignoramento, che a fatti anteriori a tale cancellazione[69].

Le iscrizioni o trascrizioni sarebbero riconducibili a fatto sopravvenuto se eseguite a richiesta del debitore che abbia disposto del bene pignorato dopo la sua retrocessione.

Le iscrizioni o trascrizioni sarebbero, invece, riconducibili a fatto anteriore alla cancellazione quando relative ad atti dispositivi del bene compiuti in pendenza di espropriazione che, inizialmente indifferenti per il ceto creditorio, perché inopponibili a quest'ultimo ai sensi degli artt. 2915 e 2916 c.c., siano divenuti efficaci dopo la cancellazione della originaria trascrizione del pignoramento.

Per quanto precede, è, dunque, necessario rimarcare che, una volta curata la ritrascrizione del pignoramento, occorre che venga acquisita una documentazione ipotecaria integrativa idonea al compimento delle verifiche circa la procedibilità del processo[70].

Va da ultimo evidenziato che, se la ritrascrizione del pignoramento non viene ordinata dal giudice con la sentenza che definisce il giudizio di opposizione agli atti esecutivi recante la revoca del decreto di trasferimento, essa deve essere eseguita senza ritardo dai creditori, pignoranti o intervenuti.

Può, peraltro, ipotizzarsi che nel caso in cui questi ultimi restino inerti il giudice possa concedere agli interessati un termine per curare la ritrascrizione del pignoramento prevedendo che, ove quest'ultimo dovesse essere violato, il processo sarà chiuso anticipatamente.

Nella stessa prospettiva, spetta ai creditori interessati, di iniziativa o su ordine del giudice, curare anche il deposito anche della documentazione ipotecaria integrativa, la cui produzione è essenziale al fine di accertare che sussistano ancora gli indici di appartenenza del bene all'esecutato.

In sostanza e per concludere, l'immediata operatività dell'effetto purgativo della vendita, quantunque ineluttabile per le ragioni esposte dalla Suprema Corte, impone una ampia riflessione perché reca in sé un ridotto margine di rischio, che pur potendo ritenersi "calcolato", è bene che venga individuato onde adottare tutti i mezzi idonei a scongiurarlo ovvero a ridurne la portata.

7.4. La sussistenza dell'analogo rischio quando il decreto di trasferimento sia stato tempestivamente impugnato ma la esecuzione non sia stata sospesa

Muovendo dalla tesi della immediata operatività degli effetti del decreto di trasferimento si sono ipotizzati i rischi astrattamente prospettabili nel caso in

pertanto, irrilevante quando il giudice dell'esecuzione abbia formalmente emanato il decreto di trasferimento disponendo la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli.

[68] Per una diffusa illustrazione dei principali orientamenti espressi dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito alla natura dell'atto di pignoramento ed alla rilevanza della sua trascrizione, Cfr. Fabiani, *L'inefficacia della trascrizione del pignoramento*, Studio n. 8/2010 del Consiglio Nazionale del Notariato, in www.notariato.it..

[69] In tal senso, Cfr. Fabiani, *L'inefficacia della trascrizione del pignoramento*, Studio n. 8/2010 del Consiglio Nazionale del Notariato, in www.notariato.it. Che afferma tale principio con riguardo all'ipotsi di sopravvenuta inefficacia della trascrizione del pignoramento ai sensi dell'art. 2668 *ter* c.c..

[70] L'espropriazione pendente potrebbe, infatti, rivelarsi non più procedibile ove il bene sottoposto ad esecuzione non sia più appartenente al debitore esecutato.

cui, impugnato il predetto atto quando ormai l'ordine di cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni emanato dal giudice ha avuto attuazione, l'opposizione sia stata successivamente accolta con conseguente retrocessione del bene al debitore.

Per completezza, è, però, opportuno evidenziare che analoghi rischi potrebbero profilarsi anche nel caso in cui il decreto di trasferimento dovesse essere impugnato con il rimedio di cui all'art. 617 c.p.c. prima ancora che l'ordine di cancellazione dei gravami sia stato attuato.

Se, infatti, nel caso da ultimo prospettato, il giudice dell'esecuzione non dovesse accogliere la richiesta di adottare i provvedimenti indilazionabili ed urgenti invocati dall'opponente ai sensi dell'art. 618 c.p.c., il Conservatore sarebbe tenuto ad annotare di cancellazione i gravami in ossequio all'ordine ricevuto ai sensi dell'art. 586 c.p.c..

È, però, di tutta evidenza che, laddove l'opposizione agli atti esecutivi dovesse poi concludersi con la revoca del decreto di trasferimento e la conseguente retrocessione del bene al debitore, il processo di espropriazione dovrebbe riprendere e sarebbe esposto a tutte le criticità di cui si è detto.

In buona sostanza, quindi, può conclusivamente affermarsi che il cd. rischio calcolato cui si è fatto cenno è direttamente connesso al fatto che l'effetto purgativo del decreto di trasferimento è svincolato dalla sua definitività, definitività che si compie quando gli interessati decadono dal potere di proporre opposizione agli atti esecutivi o, in alternativa, quando tale opposizione sia stata definita con sentenza passata in giudicato della impugnazione.

Anna Maria Soldi

La incostituzionalità dell'art. 54 ter: la sentenza della Corte Costituzionale 22 giugno 2021, n. 128

1. L'art. 54 *ter* nella sua evoluzione normativa

L'art. 54 *ter* della legge 24 aprile 2020, n. 27, pubblicata nella G.U. del 29 aprile 2020, recante la conversione del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 dispone:

"*Al fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in tutto il territorio nazionale è sospesa, per la durata di sei mesi a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare di cui all'art. 555 del c.p.c. che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore*".

Gli effetti di tale disposizione secondo la sua originaria formulazione erano, pertanto, destinati a cessare il 30 ottobre 2020.

L'efficacia della sospensione di cui al citato articolo 54 *ter* è stata, però, prorogata, una prima volta sino al 31 dicembre 2020 (con il decreto legge 28 ottobre 2020 n. 137, cd. "Decreto Ristori"), e una seconda volta sino al 30 giugno 2021 (con l'art. 13 comma 14 della legge 18 dicembre 2020, n. 183, recante la conversione con modificazioni del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137).

2. Gli approdi interpretativi consolidatisi in relazione all'art. 54 ter.

L'art. 54 *ter* è stato oggetto di un ampio dibattito interpretativo.

Diversi gli orientamenti che si sono registrati tanto in dottrina che in giurisprudenza.

Dal dibattito cui si è fatto cenno è emerso univocamente che:

l'art. 54 *ter* non impedisce il compimento del pignoramento ma, incidendo esclusivamente sulle espropriazioni immobiliari già pendenti, ne determina automaticamente la sospensione quando l'immobile sottoposto ad esecuzione costituisce l'"*abitazione principale*" del debitore;

per "*abitazione principale*" deve intendersi quella ove il debitore, solo o con i familiari, dimora stabilmente (come può desumersi dagli artt. 10 e 15 del TUIR (d.P.R. n. 917 del 1986);

la sospensione prevista dall'art. 54 *ter*, in presenza dei suindicati presupposti, opera *ex lege* ed incide sul processo esecutivo ai sensi dell'art. 623 c.p.c.;

il giudice dell'esecuzione è, pertanto, chiamato ad adottare un provvedimento, dalla valenza esclusivamente ricognitiva, con cui, evidenziate le circostanze di fatto da cui ha desunto che l'immobile pignorato è abitazione principale del debitore, dichiara che l'espropriazione è sospesa a far data dalla entrata in vigore del 54 *ter* e sino alla cessazione dell'efficacia di tale disposizione;

nel periodo di sospensione, sono consentiti gli atti conservativi del bene pignorato, ai sensi dell'art. 626 c.p.c., ma non è possibile proseguire l'espropriazione con il compimento degli atti esecutivi che ne determinano l'avanzamento, in funzione della liquidazione giudiziale;

la sospensione del processo esecutivo incide anche sul decorso dei termini processuali endoesecutivi; si è, infatti, ritenuto che essi siano interrotti per tutta la durata della sospensione del processo, ai sensi dell'art. 298 c.p.c. (disposizione quest'ultima che, avendo carattere generale, è applicabile anche al processo di esecuzione forzata).

Nonostante la generale condivisione dei principi brevemente richiamati alcuni profili interpretativi sono a tutt'oggi controversi.

In particolare, si è continuato a dibattere sulle seguenti questioni:

ci si è domandati se la sospensione di cui all'art. 54 *ter* possa precludere la celebrazione della fase di distribuzione del processo;

ci si è domandati se, nell'ambito di una espropriazione sospesa ai sensi dell'art. 54 *ter*, possa essere emesso il decreto di trasferimento che segna la conclusione della fase di liquidazione giudiziale, ove l'aggiudicazione sia stata disposta in epoca antecedente;

ci si è domandati se l'espropriazione immobiliare in relazione alla quale ha operato la sospensione di cui all'art. 54 *ter* debba essere riassunta ai sensi dell'art. 627 c.p.c. o possa essere proseguita a far data dalla cessazione dei suoi effetti.

Ciò posto, poiché la sola disposizione che ha prorogato la sospensione al 30 giugno 2021 è stata dichiarata incostituzionale, occorre riflettere sull'impatto che la cessazione anticipata della sospensione ha prodotto sulle espropriazioni immobiliari nel frattempo "quiescenti".

3. Le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale

Il Giudice dell'esecuzione immobiliare del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto sollevava questione

di legittimità costituzionale dell'art. 54 *ter* introdotto dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, modificato e prorogato nel termine d'efficacia al 31 dicembre 2020 dall'art. 4, comma 1, del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, e ulteriormente prorogato nel termine d'efficacia al 30 giugno 2021 dall'art. 13, comma 14, del decreto legge 31 dicembre 2020, n. 183, prospettando la violazione degli artt. 3, comma 2, 24, comma 1, 47, comma 2, 111, comma 2, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 CEDU e 1 del Protocollo addizionale alla CEDU.

Secondo il Giudice remittente del Tribunale di Pozzo di Gotto era dubbia la compatibilità dell'art. 54 *ter* con le seguenti disposizioni:

- con l'art. 24, comma 1, Cost. nella misura in cui, senza alcuna ragione giustificativa, era compresso il diritto del creditore a soddisfarsi in sede esecutiva.
- con gli artt. 3, comma 2, e 47, comma 2, Cost. per l'inadeguatezza del bilanciamento degli interessi delle parti debitrici e creditrici;
- con l'art. 111, comma 2, Cost., in virtù dell'incidenza negativa della sospensione della procedura esecutiva sulla sua ragionevole durata;
- con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione tanto all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, atteso che la tutela esecutiva è componente fondamentale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, quanto all'art. 1, comma 1, Prot. addiz. CEDU che tutela anche i diritti di credito.

Il Giudice dell'esecuzione del Tribunale di Rovigo dubitava per analoghe ragioni della legittimità costituzionale dell'art. 54 *ter* evidenziando come la contrarietà ai parametri costituzionali dovesse essere rilevata in generale e, comunque, anche in considerazione del fatto che l'efficacia della disposizione era stata prorogata per ben due volte di guisa che la sospensione si era protratta per un lungo tempo.

4. La sentenza della Corte Costituzionale

La Corte Costituzionale, con la sentenza 22 giugno 2021 n. 128 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 14 del decreto legge 31 dicembre 2020, n. 183, come convertito, nella parte in cui ha previsto che le espropriazioni immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore dovessero restare sospese dal 1º gennaio 2021 al 30 giugno 2021.

Queste le ragioni della decisione.

La Corte ha preliminarmente ribadito che la garanzia, riconosciuta dall'art. 24, comma 1, Cost., di poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti comprende anche l'esecuzione forzata, che è diretta a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento del giudice.

Ha, quindi, prospettato che il diritto all'azione, anche esecutiva, può essere compresso solo se ricorrano eventi eccezionali che consigliano un bilanciamento temporaneo con altri diritti di analogo rango.

Ha, pertanto, evidenziato che la compressione del diritto all'azione esecutiva a beneficio del diritto del debitore a conservare la propria abitazione principale poteva ritenersi ragionevole e proporzionato nel primo periodo dell'emergenza pandemica, in occasione del quale si è registrata, tanto una generale interruzione delle attività economiche, quanto una sostanziale stasi delle attività giurisdizionale non urgenti.

Analoga compressione, tuttavia, non poteva essere legittimamente confermata dopo il superamento della fase più acuta dell'emergenza per un duplice ordine di ragioni.

L'impianto normativo dell'art. 54 *ter* appresta ai debitori una tutela indifferenziata della abitazione principale senza riservare al giudice dell'esecuzione alcuno spazio di valutazione che consenta di tener conto delle peculiarità del caso concreto.

La disposizione in esame si pone, peraltro, in controtendenza con il resto della normativa emergenziale ed appare distonica rispetto ad altre previsioni normative di natura processuale.

Come noto, infatti, il legislatore ha previsto il rinvio d'ufficio delle udienze di tutti i procedimenti civili (oltre che penali) con sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto fino al 15 aprile 2020, data poi estesa fino al successivo 11 maggio (art. 83, commi 1 e 2, del decreto legge n. 18 del 2020). Dopo questa prima fase pandemica, tuttavia, la legislazione si è progressivamente evoluta verso la ripresa delle attività giudiziarie. Si è transitati così alla seconda fase, connotata dall'assegnazione ai capi degli uffici giudiziari della facoltà di adottare misure organizzative, comprensive della adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze, nonché del loro possibile rinvio a data successiva al 30 giugno 2020 nei procedimenti civili e penali, peraltro con alcune eccezioni tipizzate.

A ciò ha fatto seguito una terza fase (dapprima fino al 31 ottobre 2020), introdotta dall'art. 221 del decreto legge n. 34 del 2020, come convertito, che ha dettato una serie di prescrizioni e cautele per la generale ripresa, quali l'obbligatorietà del deposito degli atti introduttivi con modalità telematiche, la cosiddetta cartolarizzazione dell'udienza e la possibilità che l'udienza civile si svolga mediante collegamenti audiovisivi a distanza.

5. Le ricadute della sentenza della Corte Costituzionale

La sentenza della Corte Costituzionale cui si è fatto cenno ha prodotto importanti ricadute sul sistema.

Poiché la disposizione dichiarata incostituzionale è stata espunta dall'ordinamento con efficacia retroattiva a far data dal 24 giugno 2021 (data successiva alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale), è certo innanzitutto che a decorrere da tale data tale sospensione non possa più operare.

Tale rilievo non è, tuttavia, sufficiente a fugare ogni dubbio.

Poiché la opinione prevalente (quantunque controversa) è quella secondo cui le espropriazioni immobiliari sospese debbono essere riassunte ai sensi dell'art. 627 c.p.c., occorre preliminarmente stabilire da quando cessano gli effetti della sospensione.

È, infatti, inevitabile che il termine perentorio per la riassunzione dei processi sospesi *ex lege* debba farsi decorrere dal momento in cui la sospensione è venuta meno.

Due le tesi che si contendono il campo.

Potrebbe sostenersi che, in virtù della sentenza di accoglimento della Corte Costituzionale, la sospensione non può più operare a far data dal 24 giugno di guisa che è quest'ultima la data che segna la decorrenza del termine per la riassunzione dei processi.

Potrebbe, per contro, ipotizzarsi che la declaratoria di incostituzionalità dell'ultima proroga ha obliterato gli effetti della sospensione per tutto il lasso temporale in cui essi si sono prodotti in virtù di una norma ormai venuta meno. Muovendo da quest'ultima prospettazione, i processi di espropriazione che sono stati posti in stato di quiescenza ai sensi dell'art. 54 *ter* dovrebbero essere riassunti *ex* art. 627 c.p.c. con "virtuale" decorrenza dal 1º gennaio 2021. Il termine semestrale previsto dalla disposizione da ultimo citata scadrebbe, pertanto, il prossimo 30 giugno 2021.

Ciò premesso, la tesi preferibile è quella secondo cui il termine di cui all'art. 627 c.p.c. deve farsi decorrere dal 24 giugno 2021.

Plurimi argomenti consigliano tale conclusione.

Innanzitutto, giova rimarcare che la declaratoria di incostituzionalità di una norma non può travolgere gli effetti che la predetta norma, quantunque espunta dall'ordinamento, ha già prodotto.

Orbene, poiché la sospensione ha operato impedendo il compimento degli atti esecutivi nell'ambito delle espropriazioni che si svolgono in relazione ad immobili "abitati" dal debitore, non è neppure astrattamente ipotizzabile che essa possa ritenersi retroattivamente venuta meno, peraltro a discapito dei creditori che ne hanno subito i "pregiudizievoli" effetti.

In ogni caso, e a prescindere da tale primo rilievo, appare difficile sostenere che il termine processuale previsto dall'art. 627 c.p.c. si sia consumato quasi interamente in un lasso temporale in cui le parti interessate alla riassunzione non avevano il potere di richiederla.

Affermare che le parti interessate alla riassunzione debbano procedere a tale attività, prevista a pena di decadenza, nel breve periodo compreso tra il 24 giugno 2021 ed il 30 giugno 2021 perché il semestre previsto dall'art. 627 c.p.c. è ormai quasi integralmente decorso in modo "virtuale", equivale a sostenere che le facoltà difensive di questi ultimi sono fortemente compresse per causa loro non imputabile.

La soluzione propugnata appare, inoltre, del tutto in linea con i principi cui è ispirata la decisione della Corte Costituzionale.

Accedendo alla tesi secondo cui il termine per la riassunzione dei processi sospesi ai sensi dell'art. 54 *ter* scadrà il prossimo 30 giugno, il diritto di azione dei creditori che la Corte Costituzionale ha ritenuto illegittimamente pregiudicato dalla proroga degli effetti dell'art. 54 *ter* sarebbe ulteriormente compresso.

Essi sarebbero, infatti, esposti al rischio di dover assumere in termini brevissimi una iniziativa processuale per la retroattiva inoperatività di una sospensione del processo che ha già limitato il loro diritto di azione.

Per completezza, giova considerare che la soluzione secondo cui il termine di riassunzione sarebbe decorrente dalla entrata in vigore della norma dichia-

rata costituzionale produrrebbe anche ulteriori effetti distonici.

Dovrebbe, infatti, ipotizzarsi che i termini processuali endoesecutivi, che legittimamente le parti hanno ritenuto interrotti ai sensi dell'art. 298 c.p.c., si siano consumati in loro danno addirittura prima del 24 giugno 2021, quantunque dette parti abbiano legittimamente confidato sugli effetti "conservativi" di una disposizione processuale vigente al tempo in cui i termini sarebbero spirati.

Va, infine, segnalato che, anche non si volesse accedere alla tesi secondo cui il termine per la riassunzione decorre dal 24 giugno 2021, i processi di espropriazione che non siano stati coltivati dalle parti interessate entro il 30 giugno 2021 non potrebbero essere dichiarati estinti *tout court*. Il giudice dell'esecuzione, invero, dovrebbe valutare se sussistono le condizioni per disporre una rimessione in termini di quanti non hanno rispettato il termine processuale solo "virtualmente" pendente dal 1º gennaio 2021.

Per quanto precede, i processi di espropriazione in relazione ai quali ha operato la sospensione (dichiarata o meno dal giudice dell'esecuzione non rileva) dovranno essere riassunti nel termine di sei mesi dal 24 giugno 2021.

Nel caso in cui la riassunzione sia omessa o risulti intempestiva rispetto a tale termine, l'espropriazione sospesa sarà dichiarata estinta ai sensi dell'art. 630 c.p.c.

Più problematica appare l'ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione, adottando il provvedimento ricognitivo di cui all'art. 623 c.p.c., abbia anche programmato la ripresa delle attività esecutive calendarizzando una udienza fissata per adottare i provvedimenti necessari a disporre la prosecuzione del processo.

Nel caso da ultimo prospettato potrebbe ipotizzarsi che gli interessati non abbiano un onere di riassunzione.

Tale soluzione appare, però, foriera di rischio.

Non è, infatti, peregrino immaginare che gli interessati debbano sollecitare la ripresa delle attività esecutive nel termine di sei mesi dal 24 giugno 2021.

Va, peraltro, segnalato che, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale, i termini processuali endoesecutivi, da ritenersi sospesi *ex* art. 298 c.p.c. sino al 24 giugno 2021, ricominceranno a decorrere per il tempo residuo.

Anna Maria Soldi

L'avviso impoesattivo e l'avviso di addebito sono titoli idonei per l'ammissione allo stato passivo? Note a margine di Cass. 19 febbraio 2021, n. 4540, con una precisazione in tema di prescrizione

La questione di massima di particolare rilevanza

A seguito dell'entrata in vigore del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, il ruolo – quanto ai crediti tributari - è stato sostituito dall'avviso di accertamento esecutivo (AVE).

Con riguardo ai crediti dell'Inps, l'art. 30 del medesimo D.L. n. 78 del 2010 ha modificato, a decorrere dal 10 gennaio 2011, la disciplina della riscossione, stabilendo che il recupero delle somme dovute è effettuato mediante la notifica al debitore di un avviso di addebito emesso dallo stesso Istituto, da consegnarsi all'agente della riscossione, attribuendo allo stesso una funzione sostitutiva del ruolo e della cartella di pagamento, nonché efficacia di titolo esecutivo.

La modalità semplificata di riscossione prevista dall'art. 29 D.L. n. 78/2010 è stata estesa dalla L. n. 160/2019 (legge bilancio 2020) anche alle entrate degli "*enti locali*". Ciò relativamente agli atti "*emessi a partire dal 1° gennaio 2020 anche con riferimento ai rapporti pendenti alla stessa data*". Tra gli enti locali beneficiati dell'applicazione dello strumento dell'avviso impoesattivo non rientrano le regioni, non menzionate dal 784° comma, il quale fa testuale rinvio "*alle province, alle città metropolitane, ai comuni, alle comunità montane, alle unioni di comuni e ai consorzi tra gli enti locali*". Anche in questo caso, il nuovo strumento dell'avviso "impoesattivo" non è esclusivo, restando viceversa alternativo al ruolo e all'ingiunzione fiscale.

Al riguardo si è affermato che, poiché ex art. 29, lett. g), D.L. n. 78/2010 «*ai fini della procedura di riscossione contemplata dal presente comma, i riferimenti contenuti in norme vigenti al ruolo ed alla cartella di pagamento si intendono effettuati alle somme affidate agli agenti della riscossione*» - il disposto dell'art. 87 d.P.R. n. 602 del 1973 sull'ammissione al passivo dei crediti tributari, che menziona le somme «*iscritte a ruolo*», vada automaticamente riferito alle somme «*affidate agli agenti della riscossione*» (Cass. 2656/2018, in motivazione).

Anche con riguardo all'avviso di addebito si è osservato che resti inalterata la regola, di cui all'art. 87, comma 2, d.P.R. n. 602 del 1973, secondo cui per l'ammissione al passivo fallimentare è sufficiente che il credito sia documentato in base a un estratto di ruolo. Dunque, la notificazione - seppure da essa dipenda l'idoneità dell'avviso a costituire titolo per l'esecuzione forzata - non assumerebbe rilievo, ai fini dell'istanza d'insinuazione al passivo: invero, questa può essere proposta sulla base del ruolo, ai sensi dell'art. 87, comma 2, d.P.R. n. 602 del 1973, e, pertanto, può trovare fondamento anche nell'avviso di addebito, avente la medesima funzione (in tal senso, v. Cass. 2 ottobre 2019, n. 24589; v., altresì, Cass. n. 12317/2018 e Cass. n. 20054/2018).

Stante l'incertezza interpretativa, la prima sezione civile della Corte di cassazione ha, con ordinanza n. 4540 del 2021, rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione: «*se l'avviso di addebito e l'avviso di accertamento esecutivo dell'Agenzia delle Entrate, quali nuovi titoli previsti dagli artt. 29 e 30 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, sostituiscano la notifica della cartella di pagamento, ai fini della insinuazione al passivo fallimentare*».

I fatti di causa

Con decreto n. 186/2017 del 24 febbraio 2017, il Tribunale di Nola ha - in parte - accolto l'opposizione allo stato passivo fallimentare proposta da Equitalia Servizi di Riscossione Spa contro la sua parziale esclusione dallo stato passivo del Fallimento.

Secondo il giudice circondariale, per quello che ancora interessa e rileva in questa sede, una parte del preteso credito non poteva essere ammesso al passivo della procedura:

a) in quanto le argomentazioni valevoli in ordine alla forza probatoria degli estratti di ruolo (costituenti ormai diritto vivente, di cui il Tribunale prendeva atto) **non** potevano estendersi alle fattispecie degli accertamenti esecutivi del D.L. n. 78 del 2010, *ex* artt. 29 e segg. (conv. nella L. n. 122 del 2010), applicabile al caso di specie perchè in vigore dal 1 gennaio 2011, abrogativa anche di parte della precedente disciplina, sicchè i 12 avvisi di addebito e i 3 avvisi di accertamento privi di notifica, versati in atti, **non** potevano costituire la base per l'ammissione di tali crediti del concessionario allo stato passivo fallimentare;

b) perchè alcuni dei crediti posti a base della domanda risultavano prescritti non potendosi accogliere la tesi della società di riscossione sulla vigenza del termine decennale dalla notifica della cartella, in considerazione del *dictum* delle SU (n. 23397 del 2016).

Avverso il decreto del Tribunale ha proposto ricorso Equitalia Servizi di riscossione SpA, con atto notificato il 223 luglio 2017, sulla base di **due** motivi con i quali sostiene:

i) l'esecutività dei nuovi titoli (gli avvisi di addebito e di accertamento) dopo sessanta giorni dalla loro notifica in sostituzione ed in luogo delle cartelle (la violazione del D.P.R. n. 602 del 1973, art. 87, D.L. n. 78 del 2010, artt. 29 e 30);

ii) la mancata prescrizione dei crediti previdenziali stante il mancato decorso del decennio (violazione del D.Lgs. n. 112 del 1999, artt. 19 e 20 e D.Lgs. n. 46 del 1999, artt. 17, 18 e 20) non essendo condivisibile l'approdo delle SU nella sentenza menzionata, in ragione del carattere novativo dell'iscrizione a ruolo delle singole voci di credito tributario in origine dovute.

L'ammissione allo stato passivo sulla base del ruolo

In tema di riscossione di crediti **tributari** e **previdenziali**, la Suprema corte ha affermato **ripetutamente** che i crediti iscritti a ruolo ed azionati dalle società concessionarie per la riscossione seguono, nel caso d'intervenuta dichiarazione di fallimento del debitore, l'*iter* procedurale prescritto per gli altri crediti concorsuali dalla L. Fall., artt. 92 e ss., con la conseguenza che la domanda di ammissione al passivo può essere proposta anche sulla base del **semplice estratto di ruolo**, non richiedendosi, in assenza di un'espressa previsione di legge, la previa notifica della cartella di pagamento, e fermo restando, in caso di contestazione del credito da parte del curatore, l'onere del concessionario d'integrare la relativa prova mediante la produzione dei documenti giustificativi in possesso dell'ente creditore (cfr. Cass. 2732/2019, Cass. 11954/2018). Più recentemente, v. Cass. 2078/2020, Cass. 3684/2020.

A tale riguardo, la Suprema corte - anche da ultimo - ha precisato che, in ragione del processo di informatizzazione dell'amministrazione finanziaria che, comportando la smaterializzazione del ruolo, rende indisponibile un documento cartaceo, imponendone la sostituzione con una stampa dei dati riguardanti la partita da riscuotere (stante il disposto dell'art. 23 D.Lgs. n. 82/2005, modificato dall'art. 16, 1° comma, D.Lgs. n. 235/2010), gli estratti del ruolo, consistenti in copie operate su supporto analogico di un documento informatico, formate nell'osservanza delle regole tecniche che presiedono alla trasmissione dei dati dall'ente creditore al concessionario, hanno piena efficacia probatoria ove il curatore non contesti la loro conformità all'originale (Cass. 29 dicembre 2017, n. 31190. Tra le più recenti, cfr. Cass. 28 ottobre 2020, n. 23809; Cass. 8 ottobre 2020, n. 21729; Cass. 22 giugno 2020, n. 12175).

Il predetto principio è applicabile (v. tra le altre Cass. 32998/2019, Cass. 13087/2018) **anche** ai crediti previdenziali alla luce del combinato disposto del D.Lgs. n. 46 del 1999, artt. 21 e 24 che, in riferimento alle entrate degli enti previdenziali, escludono chiaramente, in linea generale, la subordinazione dell'iscrizione a ruolo all'esistenza di un titolo esecutivo, limitando la necessità di quest'ultimo a una fattispecie ben determinata: l'art. 21 prevede infatti che solo le entrate aventi causa in rapporti di diritto privato sono iscritte a ruolo quando risultano da titolo avente efficacia esecutiva, facendo inoltre salvo, per le entrate degli enti previdenziali, quanto stabilito dall'art. 24, il quale, nel disporre l'iscrizione a ruolo dei contributi o dei premi non versati nei termini o dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici (comma 1), la subordina ad un provvedimento esecutivo del giudice soltanto nel caso in cui l'accertamento sia stato impugnato davanti all'autorità giudiziaria (comma 3), limitandosi invece a richiedere la decisione del competente organo amministrativo nel caso in cui l'impugnazione sia stata proposta in sede amministrativa (comma 4).

La decisione del giudice di merito

Senza mostrare di contrastare il menzionato orientamento, il decreto impugnato ha rigettato l'opposizione svolta dal concessionario relativamente alle pretese fatte valere laddove **fondate** su avvisi di addebito (cd. **AVA**, relativi a crediti previdenziali) e di accertamento (cd. **AVE**, relativi a crediti tributari) **privi** di notifica.

Ciò in quanto, dall'1.1.2011, la riscossione coattiva dei crediti dell'INPS e dell'Agenzia delle Entrate avviene mediante notifica di un avviso di addebito e/o di accertamento avente valore di titolo esecutivo per la riscossione in **sostituzione** del ruolo e della cartella di pagamento.

L'ammissione allo stato passivo e l'avviso di addebito

Il rilievo svolto dal Tribunale **non** merita di essere condiviso (con conseguente fondatezza del **primo** motivo) in quanto il D.L. n. 78 del 2010, art. 30 (richiamato nel decreto impugnato), convertito con modificazioni dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, nel modificare la disciplina della riscossione dei crediti dell'INPS, a decorrere dal 1 gennaio 2011, si è **limitato** a stabilire che il recupero delle somme dovute è effettuato mediante la notifica al debitore di un **avviso di addebito** emesso dallo stesso Istituto, da consegnarsi all'agente della riscossione, attribuendo allo stesso una funzione **sostitutiva** del ruolo e della cartella di pagamento, nonchè efficacia di titolo esecutivo: tale efficacia, dalla quale dipende l'idoneità dell'avviso a costituire titolo per l'esecuzione forzata, **non** assume alcun rilievo ai fini dell'istanza d'insinuazione al passivo, la quale, potendo esser proposta sulla base del ruolo, ai sensi del D.P.R. n. 602 del 1973, art. 88, comma 2, **può** trovare fondamento anche nell'avviso di addebito, avente la **medesima funzione** (di recente, v. Cass. 24589/2019, in motivazione). V. anche Cass. 12317/2018 e Cass. 20054/2018 che hanno accolto analoga opposizione del concessionario avverso un decreto di rigetto del Tribunale di Nola.

La previsione contenuta nel D.L. n. 78 del 2010, art. 30, comma 1, **non** muta, dunque, il quadro che si è descritto in precedenza.

Detta disciplina **incide** sull'esecuzione coattiva individuale delle somme pretese - e infatti, l'avviso di pagamento, similmente al precetto, deve contenere l'intimazione ad adempiere l'obbligo di pagamento degli importi nello stesso indicati entro un termine, nonchè l'indicazione che, in mancanza del pagamento, l'agente della riscossione procederà ad espropriazione forzata, con i poteri, le facoltà e le modalità che disciplinano la riscossione a mezzo ruolo (art. 30 cit. comma 2) - **ma** lascia inalterata la regola, tuttora desumibile dal D.P.R. n. 602 del 1973, art. 87, comma 2, secondo cui per l'ammissione al passivo fallimentare è sufficiente che il credito sia documentato in base a un estratto di ruolo: ciò che nella fattispecie ha avuto luogo (così Cass. 25192/2017, in motivazione).

L'ammissione allo stato passivo dei crediti tributari e l'avviso impoesattivo

Analogo ragionamento deve essere svolto per i crediti **tributari**.

A seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 78 del 2010, convertito nella L. n. 122 del 2010, il ruolo è stato **sostituito** dall'avviso di accertamento esecutivo (**AVE**) e, per il disposto di cui all'art. 29, lett. g), ("*ai fini della procedura di riscossione contemplata dal presente comma, i riferimenti contenuti in norme vigenti al ruolo ed alla cartella di pagamento si **intendono effettuati** alle somme affidate agli agenti della riscossione...*"), il riferimento nel D.P.R. n. 602 del 1973, art. 87, che prevede l'ammissione al passivo dei crediti tributari, alle somme "iscritte a ruolo", **va inteso** come effettuato alle somme "*affidate agli agenti della riscossione*", cioè alle somme di cui all'accertamento notificato per cui siano decorsi i termini di gg.60+30.

La lettura coordinata delle norme porta, dunque, a ritenere che l'agente della riscossione possa chiedere l'ammissione allo stato passivo in base all'accertamento esecutivo solo dopo aver ricevuto in affidamento le somme dall'ente impositore, ai sensi del decreto del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 30.6.2011, dal momento che la norma equipara all'iscrizione a ruolo solo detto adempimento che va adeguatamente documentato al momento dell'ammissione allo stato passivo, quantomeno nel caso di contestazione da parte del curatore. Quanto alla prova in senso stretto l'agente dovrà produrre l'atto esecutivo regolarmente notificato.

Partendo dall'equiparazione dell'affidamento delle somme all'agente della riscossione all'iscrizione a ruolo, la domanda dell'agente della riscossione di ammissione al passivo è in definitiva possibile, avvenuto l'affidamento, dal novantunesimo giorno successivo alla notificazione dell'avviso impoesattivo.

Nel caso, invece, dell'atto impoesattivo emesso dall'ente locale, l'ammissione al passivo è possibile dopo che siano "*decorsi sessanta giorni dal termine ultimo per il pagamento*".

Il termine di prescrizione a seguito della notifica dell'avviso impoesattivo

Il **secondo** motivo di ricorso denuncia violazione e falsa applicazione di legge, per avere il tribunale omesso di considerare che il termine prescrizionale applicabile alla fattispecie (in *parte qua* relativa a crediti previdenziali) non era quello quinquennale, bensì quello decennale, essendo le cartelle state regolarmente notificate e non opposte e, quindi, es-

sendo la pretesa tributaria divenuta definitiva. Più precisamente si censura il decreto del Tribunale nella parte in cui ha escluso che la notifica della cartella di pagamento determinasse la conversione del termine breve di prescrizione dei crediti **previdenziali** in quello lungo della cd. *actio iudicati*.

Deve ricordarsi che quanto agli estratti di ruolo e cartelle relative a debiti (come nella specie) **non** tributari, opera il parallelo e più severo principio per cui "*la scadenza del termine - pacificamente perentorio - per proporre opposizione a cartella di pagamento di cui al D.Lgs. n. 46 del 1999, art. 24, comma 5, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produce **soltanto l'effetto sostanziale** della irretrattabilità del credito contributivo **senza** determinare anche la cd. "conversione" del termine di prescrizione breve (nella specie, quinquennale, secondo la L. n. 335 del 1995, art. 3, commi 9 e 10) in quello ordinario (decennale), ai sensi dell'art. 2953 c.c. Tale ultima disposizione, infatti, si applica soltanto nelle ipotesi in cui intervenga un titolo giudiziale divenuto definitivo, mentre la suddetta cartella, **avendo natura di atto amministrativo**, è priva dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato. Lo stesso vale per l'avviso di addebito dell'INPS, che, dall'1 gennaio 2011, ha sostituito la cartella di pagamento per i crediti di natura previdenziale di detto Istituto (D.L. n. 78 del 2010, art. 30, conv., con modif., dalla L. n. 122 del 2010)*" (Cass. SU 23397/2016; 9795/2018; Cass. 12200/2018); 21690/2018, Cass. 24587/2019, Cass. 32998/2019).

Secondo l'agente della riscossione, l'inapplicabilità dell'art. 2953 c.c. non esaurirebbe la questione, posto che, ai sensi dell'art. 49 D.P.R. n. 602 del 1973, il ruolo costituisce titolo esecutivo, e si verificherebbe quindi un **effetto novativo** (v. pag. 17, 1° alinea del ricorso): le ragioni di credito resterebbero inglobate in unico credito nell'ambito del quale non sarebbe più possibile scorporare le voci originarie, e che sarebbe quindi soggetto a ordinaria prescrizione decennale.

In linea con il richiamato principio, e con riferimento al preteso effetto **novativo** derivante dalla formazione del ruolo, la Cassazione è intervenuta affermando che "*In tema di riscossione di crediti previdenziali, il subentro dell'Agenzia delle Entrate quale nuovo concessionario **non** determina il mutamento della natura del credito, che resta assoggettato per legge ad una disciplina specifica anche quanto al regime prescrizionale, caratterizzato dal principio di ordine pubblico dell'irrinunciabilità della prescrizione; pertanto, in assenza di un titolo giudiziale definitivo che accerti con valore di giudicato l'esistenza del credito, continua a trovare applicazione, anche nei confronti del soggetto titolare del potere di riscossione, la speciale disciplina della prescrizione prevista dalla L. n. 335 del 1995, art. 3, invece che la regola generale sussidiaria di cui all'art. 2946 c.c. (Cass. n. 31352 del 04/12/2018), e ciò in conformità alla natura di atto interno all'amministrazione attribuita al ruolo (Cass. n. 14301 del 19/06/2009)*". Indirizzo ribadito più recentemente dalla sezione lavoro con ordd. 3933, 3345/2020, 1011/2020, etc.

In disparte il fatto che la tesi del concessionario contraddice in realtà la pronuncia delle Sezioni unite, che ha fatto chiaro riferimento ai singoli crediti iscritti a ruolo ("*Tale principio, pertanto, si applica con riguardo a tutti gli atti - comunque denominati - di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva di crediti degli enti previdenziali ovvero di crediti relativi ad entrate dello Stato, tributarie ed extratributarie, nonché di crediti delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri Enti locali nonché delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie o amministrative e così via*"), deve rilevarsi che dalla semplice attribuzione di efficacia esecutiva al ruolo **non** discende un tale effetto novativo, tanto più se si considera che, per interpretazione assolutamente pacifica, il titolare del credito rimane l'ente impositore anche dopo la consegna dei ruoli all'agente della riscossione, che assume la posizione di *adiectus solutionis causa* (conf. di recente, e specificamente, Cass. n. 25028 del 2020).

Anche l'argomento di rinforzo che fa leva sull'art. 20 D.Lgs. n. 112 del 1999, a norma del quale l'ente impositore a certe condizioni può reiscrivere a ruolo le cartelle discaricate purché non sia trascorso il termine di prescrizione decennale, in realtà è già stato esaminato e ritenuto infondato da Cass. SU 23397/2016, che ha chiarito come tale disposizione si applichi soltanto alla riscossione fiscale, nella quale il termine è ordinariamente quello decennale.

Non assume, dunque, rilievo il richiamo al D.Lgs. n. 112 del 1999, art. 20, comma 6, che prevede un termine di prescrizione strettamente inerente al procedimento amministrativo per il rimborso delle quote inesigibili, che in alcun modo può interferire con lo specifico termine di prescrizione previsto dalla legge per azionare il credito nei confronti del debitore (Cass. SU 23397/2016, Cass. 31352/2018).

Per completezza deve ricordarsi che l'eccezione di prescrizione del credito **tributario**, svolta dal curatore in sede di ammissione al passivo fallimentare, successivamente alla notificazione della cartella di pagamento, costituisce un **fatto estintivo** dell'obbligazione che, pur riguardando l'"*an*" e il "*quantum*" del tributo, rientra nella cognizione del giudice **ordinario** (così Cass. SU 34447 del 2019, che ha anche ribadito il principio "*secondo cui la scadenza del termine perentorio sancito per opporsi o impugnare un atto di riscossione mediante ruolo, o comunque di riscossione coattiva, produce l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito ma, ove per i relativi crediti sia prevista una prescrizione (sostanziale) più breve di quella ordinaria, la sola scadenza del suddetto termine **non** consente di ritenere applicabile il termine prescrizionale decennale di cui all'art. 2953 c.c., tranne che in presenza di un accertamento divenuto definitivo per il passaggio in giudicato della sentenza*").

Questo sempre che non venga in discussione la ritualità della notifica della cartella, dovendo in quest'ultimo caso proporsi ricorso innanzi alla commissione tributaria giusta l'insegnamento di Cass. SU 7822 del 2020.

Stanislao De Matteis

La scissione soggettiva degli effetti della notifica tra "passato", "presente" e "futuro"

SOMMARIO: 1. Introduzione. • 2. Il passato. • 2.1 Il passato remoto. • 2.2. Il passato prossimo. • 2.3. Il passato ancora più prossimo. • 3. Il presente. • 3.1. Il caso recentemente sottoposto alle Sezioni Unite della Corte di cassazione. • 4. Il futuro. • 5. Conclusioni

1 Introduzione

Si è in attesa del deposito della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sul tema dell'operatività del principio della scissione degli effetti della notifica anche in materia di "decadenza" di atti impositivi tributari. Forse il deposito interverrà nelle more di pubblicazione di questo articolo, che dunque interviene sulla carne viva di un argomento di strettissima attualità, implicante notevoli problemi giuridici e con indubbi risvolti pratici, in special modo in ambito tributario, dove la "decadenza" caratterizza tutta l'azione volta al recupero delle pretese fiscali, dall'attività di accertamento a quella di riscossione.

Per parlare di scissione soggettiva degli effetti della notifica occorre prima rammentare il "passato", per poi trattare il "presente" e, infine, ragionare sul "futuro".

2 Il passato.

2.1 Il passato remoto

Molti degli operatori del diritto - fra cui lo scrivente - sono nati e si sono formati sotto la regola ferrea dell'identificazione del momento della notifica in quello della ricezione dell'atto: la notifica si perfezionava con la ricezione dell'atto, nell'ambito di un procedimento a formazione successiva in cui l'invio era il primo momento e l'arrivo a destinazione l'ultimo. Vi erano dei casi in cui la ricezione era resa impossibile, in particolare per l'irreperibilità assoluta del destinatario, ma anche in tal caso la legge salvava la regola cardine prevedendo una ricezione fittizia, presunta (vedi esemplificativamente l'art. 143 c.p.c.); l'invio dell'atto, comunque, non equivaleva a notifica, affinché questa si perfezionasse e producesse effetti occorreva la sua ricezione, magari "fittizia" o "presunta", ma comunque ricezione[1].

Il sistema, per la verità, si era già cominciato ad incrinare con la pronunzia n. 10 del 1978 della Corte costituzionale[2], che, con riferimento alla notifica all'estero, per la quale l'originario art. 142 c.p.c. (prima della modifica intervenuta con l'art. 174 comma 5 lett. a) d.lgs. 196/2003) prevedeva l'applicabilità dell'art. 143 ult. comma c.p.c., dichiarò l'illegittimità costituzionale di tale capoverso nella parte in cui non prevedeva, per quanto attiene all'operatività della notifica nei confronti del destinatario non residente, né dimorante, né domiciliato nel territorio della Repubblica, che la sua applicazione fosse subordinata all'impossibilità di eseguire la notificazione nei modi consentiti dalle convenzioni internazionali e dal D.P.R. 5 gennaio 1967, n. 200, recante nuove disposizioni sulle funzioni e sui poteri consolari (c.d. Regolamento consolare)

In questa pronunzia non vi era alcun richiamo espresso al principio della scissione soggettiva degli effetti della notifica, ma si ragionava sulla necessità, sottesa alla regola dell'ultimo comma dell'art. 143 c.p.c. (notificazione da intendersi "*eseguita nel ventesimo giorno successivo a quello in cui sono compiute le formalità prescritte*"), di contemperare l'interesse del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo di un procedimento notificatorio parzialmente sottratto ai suoi poteri di impulso e la contrapposta esigenza del destinatario di avere effettive garanzie di conoscibilità dell'atto. L'ottica esplicita del Giudice delle leggi era quella di tutelare non il notificante ma il notificato, appunto prevedendosi che la notifica "presunta" o "fittizia" stabilita dal citato ult. comma dell'art. 143 c.p.c. possa operare solo ove non si possa far luogo alla notifica "effettiva" eseguita sulla base delle convenzioni internazionali ovvero delle nuove disposizioni sulle funzioni e sui poteri consolari.

Tuttavia, ferma questa prospettiva di tutela del notificato, la pronunzia tracciava le premesse del princi-

[1] su tale previsione normativa, da subito oggetto di speculazione scientifica, vedi ad esempio Carnelutti, "*Interpretazione dell'art. 143, ultimo comma, c.p.c.*", in Riv. Dir. Proc. 1962, pagg. 600 e ss. Sulla notificazione in genere, vedi ad esempio Ciralli - Favero, "*La notificazione nel procedimento civile, amministrativo e tributario*", Noccioli ed., 1993; Cusato, "*La notificazione degli atti civili, penali, amministrativi e tributari*", Cedam, 2008; Frassinetti, "La notificazione nel processo civile", Giuffrè, 2012; Lupano, "*La notificazione tra conoscenza legale e conoscenza effettiva*", Ledizioni, 2018.

[2] Corte cost. n. 10 del 1978, in *Giur. it.*, 1978, I, pag. 1397 e in *Riv. corte conti,* 1978, pag. 1297.

pio della scissione soggettiva, laddove concludeva affermando che la declaratoria di illegittimità costituzionale, pur se beneficiante il notificato, comunque non pregiudica gli interessi del notificante, " *... poiché la notificazione nei suoi confronti si perfeziona e produce i suoi effetti, compresi quelli impeditivi della decadenza, con il compimento delle formalità indicate nell'art. 142 c.p.c. ...*".

Ecco l'apertura, dalla quale scaturì la successiva sentenza n. 69 del 1994 della Consulta[3], relativa alla notifica all'estero di un provvedimento di sequestro *ante causam*. Venne dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 142 comma 3, 143 comma 3 e 680 comma 1 c.p.c., nella parte in cui non prevedono che la notificazione all'estero del decreto che autorizza il sequestro si perfezioni, ai fini dell'osservanza del prescritto termine, con il tempestivo compimento delle formalità imposte al notificante dalle convenzioni internazionali e dagli artt. 30 e 75 del citato Regolamento consolare. Come risulta evidente, la declaratoria di illegittimità costituzionale era favorevole al notificante e non più al notificato, e questo *favor* si realizzava appunto con l'affermazione della validità e tempestività della notifica per il mittente col solo compimento delle attività a lui richieste.

Con la pronunzia n. 358 del 1996[4] la Corte costituzionale confermò questa impostazione, qualificando il principio appena esposto come consolidato per l'intera materia, quindi da applicare nell'interpretazione di tutte le norme, con conseguente infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 669-*octies* c.p.c. con riguardo alla notifica all'estero dell'atto introduttivo del nuovo procedimento cautelare uniforme, notifica appunto da ritenersi eseguita per il notificante col semplice compimento delle formalità prescritte.

2.2. Il passato prossimo

Pertanto, quando è intervenuta la nota sentenza n. 477 del 2002[5], il principio della scissione soggettiva era già vigente. Solo che nel 2002 la Consulta l'ha reso principio generale, valido per tutte le ipotesi di notifica e non solo in casi specifici. La Corte costituzionale parte proprio dalla pronunzia n. 69 del 1994 sulle notifiche all'estero, laddove si richiede che "*le garanzie di conoscibilità dell'atto, da parte del destinatario, si coordinino con l'interesse del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo di un procedimento notificatorio parzialmente sottratto ai suoi poteri di impulso*", appunto per concludere nel senso della "*portata generale*" di tale regola, "*essendo palesemente irragionevole, oltre che lesivo del diritto di difesa del notificante, che un effetto di decadenza possa discendere ... dal ritardo nel compimento di un'attività riferibile non al medesimo notificante, ma a soggetti diversi (l'ufficiale giudiziario e l'agente postale) e che, perciò, resta del tutto estranea alla sfera di disponibilità del primo*."

La conseguenza di tale sentenza fu la declaratoria di illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 149 c.p.c. e 4 comma 3 legge n. 890 del 1982 nella parte in cui prevedeva il perfezionamento della notifica per il notificante alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. Tuttavia, come visto, la Consulta si premurò di affermare la "*portata generale*" di tale principio, che "*non può non riferirsi ad ogni tipo di notificazione e dunque anche alle notificazioni a mezzo posta*".

Per le notifiche degli atti processuali, quindi, il dado era ormai tratto in modo definitivo.

Tanto è vero che in seguito vi sono vari altri interventi della Consulta che, per casi e su norme diverse, hanno ribadito la valenza generale della regola della scissione soggettiva degli effetti della notifica[6].

[3] Corte cost. n. 69 del 1994, in Giust. civ., 1994, I, pag. 1164; in Riv. dir. int., 1994, pag. 193; in Nuova giur. civ. commentata, 1994, I, pag. 399; in Giur. cost., 1994, pag. 740.

[4] Corte cost n. 358 del 1996, in Giust. civ.,1997, I, pag. 604; in Foro it., 1997, I, pag. 1006; in Giur. cost., 1996, pag. 3140; in Giur. it., 1997, pagg. 10 e ss., con nota di De Cristofaro, "*Sui termini per la notifica all'estero nel processo cautelare e sulla conseguente articolazione del procedimento iniziato inaudita altera parte".*

[5] Corte cost. n. 477 del 2002, in Foro. It. 2003. I, pag. 13, con nota di Caponi, "*La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*"; in Giur. it., 2003, VIII-IX, pagg. 1549 e ss., con nota di Dalmotto, "*La Corte manipola la norma sul perfezionamento della notifica postale: vecchie alternative e nuovi problemi*"; in Riv. dir. trib., 2003, II, pagg. 131 e ss,, con nota di Lupi, "*Sulla legittimità della costituzione in giudizio a mezzo posta, con spedizione degli atti entro i termini per la costituzione*"; in Corriere giur., 2003, I, pagg. 23 e ss., con nota di Conte, "*Diritto di difesa ed oneri della notifica. L'incostituzionalità degli artt. 149 c. p. c. e 4, 3° comma, legge 890/82 : una «rivoluzione copernicana»?* ".

[6] vedi sentenze Corte cost. n. 106 del 2011, n. 3 del 2010, n. 318 e 225 del 2009, n. 107 e 28 del 2004; vedi ordinanze Corte cost. n. 154 del 2005, n. 132 e 97 del 2004.

Del resto, anche il legislatore non ha potuto fare a meno di consacrare espressamente questa regola. Lo ha fatto con l'art. 2 della legge n. 263 del 2005, che ha aggiunto all'art. 149 c.p.c. un ulteriore comma, il terzo, il quale prevede che *"la notifica si perfeziona, per il soggetto notificante, al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario e, per il destinatario, dal momento in cui lo stesso ha la legale conoscenza dell'atto*".

2.3. Il passato ancora più prossimo

Il percorso non si è però concluso.

In primo luogo si è dovuta valutare l'applicabilità della regola della scissione soggettiva all'ipotesi di notificazione con ricorso diretto al servizio postale, cosa che accade agli avvocati autorizzati alla notifica diretta a norma della legge n. 53 del 1994. Ebbene, si è ritenuto che, per tali casi, la tempestività della notifica debba essere accertata tenendo conto della data di consegna del plico all'agente postale incaricato del recapito secondo le modalità stabilite dalla legge n. 890 del 1982[7]. La "*portata generale*" del principio della scissione soggettiva non poteva condurre a diversa soluzione.

Ed ancora, si è dovuto rapportare il principio alla nuova forma di notifica telematica. Essa, nel codice di rito, è stata introdotta dall'art. 4 comma 8 decreto legge n. 193 del 2009, convertito dalla legge n. 24 del 2010, che ha aggiunto il nuovo art. 149 *bis* c.p.c. Secondo tale norma, l'ufficiale giudiziario di regola ha facoltà di eseguire la notificazione a mezzo posta elettronica certificata (comma 1) e, in tal caso, "*la notifica si intende perfezionata nel momento in cui il gestore rende disponibile il documento informatico nella casella di posta elettronica certificata del destinatario*" (comma 3)[8].

Come si vede, il perfezionamento coincide con una sorta di presunzione di conoscenza, o meglio di messa a disponibilità dell'atto presso la casella del destinatario. Tuttavia, ferma questa precisazione, nella notifica telematica la scissione soggettiva ha un ridotto rilievo pratico, perché per sua natura lo strumento informatico, facilmente accessibile anche con lo *smartphone*, porta ad una sostanziale coincidenza tra il momento della spedizione e quello di ricezione dell'atto. Questa coincidenza, però, è stata normativamente esclusa dall'art. 16 *septies* del decreto legge n. 179 del 2012 (nella formulazione emergente dalle modifiche di cui alla legge n. 114 del 2014) per la notifica eseguita con modalità telematica dopo le ore 21, prevedendosi in tale caso che essa "*si considera perfezionata alle ore 7 del giorno successivo*".

Ebbene, pur prendendo atto della commendevole funzione assolta da questo slittamento al giorno dopo, volta a tutelare il diritto al riposo del destinatario dell'atto, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 75 del 2019, ha ritenuto non giustificato il differimento nel tempo degli effetti giuridici della stessa nei riguardi del mittente. A quest'ultimo, infatti, verrebbe "*impedito di utilizzare appieno il termine utile per approntare la propria difesa*", che in forza dell'articolo 155 c.p.c. va computato in giorni con termine che scade alla mezzanotte dell'ultimo giorno, "*senza che ciò sia funzionale alla tutela del diritto al riposo del destinatario e nonostante che il mezzo tecnologico lo consenta*".

A monte del ragionamento della Consulta vi è ancora una volta l'applicazione del principio di scissione degli effetti della notifica esteso anche alle notificazioni telematiche, principio che consente la "*fruizione completa dei termini per l'esercizio dell'azione in giudizio, anche nella sua essenziale declinazione di diritto ad impugnare, contenuto indefettibile di una tutela giurisdizionale effettiva, venendo a recidere quell'affidamento che il notificante ripone nelle potenzialità tutte del sistema tecnologico (che lo stesso legislatore ha ingenerato immettendo tale sistema nel circuito del processo), il dispiegamento delle quali, secondo l'intrinseco modus operandi del sistema medesimo, avrebbe invece consentito di tutelare, senza pregiudizio del destinatario della notificazione*".

Pertanto, la Consulta ha affermato chiaramente l'esigenza di una tutela piena, sino all'ultimo secondo, del notificante. Anche per la notificazione telematica, in cui tra la fase di invio e quella di ricezione possono anche passare pochi istanti, vi è l'esigenza di scindere gli effetti della notifica, appunto perché il mittente va tutelato sino all'ultimo secondo, pena altrimenti la violazione del diritto di difesa.

3. Il presente

Siamo, pertanto, arrivati all'attualità.

È un'attualità in cui il principio della scissione soggettiva è ormai una regola generale, ma lo è sol-

[7] Cass. n. 770 del 2016, Cass. 8489 del 2015 e Cass. 15234 del 2014.

[8] la notifica telematica è poi divenuta patrimonio anche degli avvocati, legittimati al ricorso diretto a questa modalità col decreto legge n. 179 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 221 del 2012, che ha innovato sul punto la legge n. 53/1994.

tanto nello specifico settore delle notifiche processuali. Solo qui prevale l'esigenza di una "… *fruizione completa dei termini per l'esercizio dell'azione in giudizio, anche nella sua essenziale declinazione di diritto ad impugnare, contenuto indefettibile di una tutela giurisdizionale effettiva …"*[9]. Se è il diritto d'azione l'oggetto della tutela, è il processo il luogo dove esso si esercita; e tale diritto d'azione va tutelato proprio evitando decadenze processuali non imputabili all'agente.

Il dibattito presente, piuttosto, riguarda l'estensione del principio della scissione soggettiva oltre l'ambito processuale: in particolare, se esso possa valere anche per gli atti giuridici unilaterali e i relativi effetti sostanziali, nonché per gli atti tributari da compiersi a pena di decadenza.

Per la verità, sul primo punto vi è stato già una pronunzia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione: ci si riferisce a Cass. SU n. 24822 del 2015, secondo cui "*La regola della scissione degli effetti della notificazione per il notificante e per il destinatario, sancita dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo agli atti processuali e non a quelli sostanziali, si estende anche agli effetti sostanziali dei primi ove il diritto non possa farsi valere se non con un atto processuale, sicché, in tal caso, la prescrizione è interrotta dall'atto di esercizio del diritto, ovvero dalla consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notifica, mentre in ogni altra ipotesi tale effetto si produce solo dal momento in cui l'atto perviene all'indirizzo del destinatario"*[10].

Come risulta evidente, si è trattato di un intervento parziale, appunto perché ha riguardato solo gli effetti sostanziali degli atti processuali. Il distacco col processo e con gli atti processuali, dunque, non vi è stato. Ci si è solo limitati a dire che la scissione soggettiva, se vale nell'ambito processuale, vale anche per il medesimo atto nelle sue implicazioni sostanziali, ove tali implicazioni non possono che realizzarsi con quell'atto, unico strumento di esercizio del diritto (il caso affrontato dalle Sezioni Unite era quello del termine di prescrizione dell'azione revocatoria).

È bene precisarlo, l'intervento dello Sezioni Unite è di notevole importanza, teorica e pratica. Ma, appunto, è stato parziale. Va ancora arato il campo dell'applicazione *tout court* del principio della scissione soggettiva, ossia a tutti gli atti giuridici da compiersi entro un determinato periodo di tempo, pena la prescrizione o la decadenza civilistica.

Questa ulteriore estensione attiene soprattutto al futuro, perché i tempi ancora non sono maturi.

Mentre lo sono per applicare il principio della scissione soggettiva agli atti tributari da adottare entro i termini di decadenza o prescrizione previsti dalle leggi tributarie. Nonché, più in generale, a tutti gli atti espressione di poteri autoritativi pubblici da emettere entro termini legali di decadenza o prescrizione.

3.1. Il caso recentemente sottoposto alle Sezioni Unite della Corte di cassazione

La Quinta Sezione civile - Sezione tributaria, nel 2020[11] ha rimesso il procedimento davanti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ravvisando un contrasto nella giurisprudenza di legittimità su "*due problemi: "a) quello dell'applicabilità del principio della scissione soggettiva degli effetti anche alla notificazione degli atti di imposizione tributaria ed in relazione agli effetti sostanziali propri di questi; b) quello dell'applicabilità del principio della scissione quando la notificazione non sia effettuata dall'ufficiale giudiziario, ma dal messo notificatore speciale, ex art. 60 d.P.R. n. 600/1973 e art. 16, comma 4, del d.lgs. n. 546/1992*".

La vicenda riguardava un avviso di rettifica e liquidazione imposta di registro inviato per la notifica prima del decorso del termine triennale di decadenza fissato per l'imposta in esame dall'art. 76 d.P.R. 131/86 ma giunto a destinazione quando era ormai scaduto tale termine.

Nell'ordinanza interlocutoria, la Sezione tributaria riconosce che l'orientamento prevalente è nel senso dell'applicazione della regola della scissione degli effetti della notifica anche per le attività da svolgersi entro termini di decadenza[12], segnalando anche il re-

[9] Così la recente Corte cost. 75 del 2019.

[10] Cass. SU 24822 del 2015, in Foro it. 2016, 3, I, pagg. 893 e ss, con nota di Barone, "*Prescrizione e decadenza, Revocatoria ordinaria, Notifica della domanda, Interruzione della prescrizione.*"; in Giur. Italiana 2016 , 6 , pagg, 1341 e ss., con nota di Scapellato, "*L'interruzione della prescrizione e la notificazione della domanda giudiziale: il caso dell'azione revocatoria*"; in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 2016, 5, I, pagg. 749 e ss., con nota di Giordano A., "Sulla "scissione soggettiva" della notificazione. Una lettura secondo il principio di ragionevolezza".

[11] ordinanza interlocutoria n. 15545/20 del 21 luglio 2020.

[12] Per tutte Cass. 33277 del 2019, Cass. 3560 del 2019, Cass. 3091 del 2019 e Cass. 9749 del 2018.

cente arresto sul punto da parte delle Sezioni Unite nell'ambito della decadenza in materia di accertamenti violazioni Consob[13].

Tuttavia, il collegio remittente, nel richiamare l'indirizzo contrapposto[14], chiaramente dimostra di propendere per quest'ultimo, in particolare facendo leva sui seguenti argomenti:

- "…. ribadita la pacifica natura recettizia dell'atto impositivo, *... resta indefinito il complessivo regime di efficacia dell'atto impositivo nella fase precedente alla sua conoscenza da parte del contribuente, e ciò anche al lume del disposto dell'art. 21 -bis della legge n. 241/1990 ("Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso ..."; sull'applicabilità all'ambito tributario dei principi generali desumibili dalla legge sulla trasparenza amministrativa si veda ex plurimis Cass. n. 27561/2018, Rv. 651066-03), ove si tenga conto del fatto che la stessa decadenza dal potere impositivo è, indiscutibilmente, un effetto favorevole al contribuente stesso, di cui egli legittimamente potrebbe decidere di avvalersi;*

- quanto precede, dunque, amplifica il dubbio sulla effettiva estensibilità del principio della scissione anche alla materia che occupa, perché l'atto acquista efficacia, nei confronti del contribuente, con l'ingresso nella sua sfera di conoscenza (o legale conoscibilità);

- opinare che ciò non valga del tutto, almeno riguardo alla decadenza dal potere impositivo - per la quale, peraltro, la legge attribuisce all'Amministrazione termini sufficientemente ampi, come nella specie per l'imposta di registro - significherebbe porre la decadenza stessa su un piano diverso ed esterno rispetto a quello dell'efficacia dell'atto, o quantomeno ipotizzarne un dispiegamento di effetti a geometria variabile, in ogni caso sottraendo spazi di tutela tradizionalmente riconosciuti al contribuente, il che non pare consentito dalle norme sopra richiamate"[15].

Questa è la situazione che le Sezioni Unite sono chiamate a dipanare (e forse dipanerà nelle more della pubblicazione di questo articolo).

In attesa di leggere la decisione del supremo organo di nomofilachia, si formulano in questa sede le seguenti considerazioni in favore dell'orientamento prevalente[16].

La struttura dell'atto impositivo tributario, infatti, non pare essere un ostacolo al principio della scissione soggettiva degli effetti della notifica. Non ci si deve fare ingannare dal fatto che si è in presenza di atto recettizio, perché esso non lo è ai sensi dell'art. 1334 c.c., norma che secondo la lettura tradizionale - che, oltretutto, sarà messa in discussione nel paragrafo successivo - identifica la ricezione dell'atto come elemento costitutivo della fattispecie, come momento in cui il diritto azionato deve intendersi effettivamente esercitato. Questa disposizione codicistica, invero, riguarda solo gli atti negoziali unilaterali, come espressamente riconosciuto dalle Sezioni Unite nel 2015 in tema di applicabilità della regola della scissione soggettiva anche per gli effetti sostanziali degli atti processuali[17]. Recettizietà dell'atto impositivo tributario, quindi, non significa che esso non è perfezionato fino a che non sia ricevuto, che il diritto (potere) non è stato esercitato sino alla ricezione dell'atto stesso, significa solo che esso per essere efficace deve essere ricevuto-conosciuto dal destinatario. La giurisprudenza è pacifica sul punto, affermando che, "*In tema di atti d'imposizione tributaria, la notificazione non è un requisito di giuridica esistenza e perfezionamento, ma una condizione integrativa d'efficacia, ...*"[18].

E, allora, se l'atto tributario esiste già dalla sua emissione, l'applicazione del principio della scissione soggettiva è certamente concepibile.

Invero, questa regola, come visto introdotta dalla Corte costituzionale per gli atti processuali e poi sancita a livello normativo, trova il suo fondamento nella tutela del diritto di difesa e nel principio di ragionevolezza. Questi due valori di rilievo costituzionale impongono la conclusione secondo cui l'esercizio di un diritto non possa essere pregiudicato e compresso senza una valida ragione, nell'ottica appunto di un equo bilanciamento d'interessi tra chi eserciti un diritto e chi ne subisca l'esercizio. E gli atti ammini-

[13] Cass. SU 12332 del 2017, su cui si tornerà in seguito.

[14] Cass. SU 19854 del 2004 e tra le più recenti sezioni semplici Cass. 21071/18, Cass. 2203/18, Cass. 654/14 e Cass. 8374/15

[15] Così pagg. 10-11 della ord. interlocutoria 15545 del 2020; più in generale, poi, vedi le intere pagg. 9-11 di detta ordinanza.

[16] Peraltro, anche dopo l'ordinanza interlocutoria, o comunque contestualmente ad essa, risulta pubblicata l'ordinanza n. 15615 del 1920 della Sesta civile – Tributaria, in cui si dà per pacifica e scontata l'applicabilità del principio della scissione soggettiva in materia decadenza dai poteri impositivi dell'amministrazione finanziaria.

[17] Cass. SU 24822 del 2015 cit.

[18] vedi Cass. 21071 del 2018 e Cass. 8374 del 2015.

strativi tributari, in questa prospettiva, sono del tutto parificabili agli atti processuali, in quanto con entrambi si esercitano poteri di iniziativa sottoposti a termini di decadenza (in particolare d'impugnazione nel campo processuale, di esercizio del potere d'accertamento e di riscossione nel campo tributario). Non solo, ma anche gli atti amministrativi tributari, come quelli processuali, hanno questa natura per così dire "pseudo-recettizia", in base alla quale essi esistono nel momento in cui sono emessi, ma sono efficaci solo quando conosciuti dal destinatario. Siamo, si ripete, fuori dall'ambito applicativo dell'art. 1334 c.c., che solo per gli atti negoziali unilaterali impone la conoscenza come elemento costitutivo della fattispecie. Peraltro, si vedrà al paragrafo successivo che anche per gli atti negoziali unilaterali si ravvisano dubbi sull'inoperatività del principio della scissione soggettiva.

Ad ogni modo, al di là di tali ultime considerazioni, che riguardano appunto il "futuro"[19], il sistema attuale appare senz'altro pronto ad accogliere il principio della scissione soggettiva anche per gli atti tributari.

Così come un atto processuale di impugnazione deve ritenersi tempestivamente notificato se la richiesta di notifica sia avvenuta nel termine di legge, un atto di imposizione tributario deve ritenersi tempestivo rispetto al termine di decadenza previsto dalla legge se appunto entro tale termine sia stato emesso e sia stato oggetto di richiesta di notificazione. La legge sanziona il mancato tempestivo esercizio del potere, vuoi di iniziativa processuale vuoi di imposizione tributaria, e la grave sanzione della decadenza si giustifica solo se il potere non sia stato esercitato in tempo e in tempo non ci si sia attivati per portalo a conoscenza del contribuente, non se tali attività siano state tempestive ma per i tempi di notifica la controparte ne abbia avuto cognizione dopo.

Il principio di ragionevolezza esclude che il lasso temporale tra la richiesta di notifica e l'avvenuta notifica possa ripercuotersi in danno del notificante, a cui si richiede solo che l'attività a proprio carico sia stata compiuta nel termine di legge. Nel bilanciamento degli interessi tra due parti ugualmente incolpevoli, chi invia e chi attende la ricezione, è giusto che prevalga l'interesse del mittente, che rischia di perdere il diritto solo per i tempi di notifica, laddove il destinatario subisce un pregiudizio limitato, perché alla fine l'atto lo riceve ed ha modo di impugnarlo[20].

Quest'ultimo rilievo, sulla posizione di minor svantaggio del notificato, consente anche di chiarire la condizione di base perché operi la regola della scissione degli effetti della notifica: essa postula il perfezionamento della notifica, se ciò manca la scissione non vale e la (data della) richiesta di notifica diventa irrilevante.

Si tratta di una conclusione del tutto pacifica nella giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, sulla scissione soggettiva, chiara nel ricordare che scissione non significa irrilevanza della notifica effettiva, imprescindibile, ma solo anticipazione dei relativi effetti in favore del mittente[21].

In questa specifica ottica si spiega l'indirizzo giurisprudenziale[22] secondo il quale, ferma l'applicabilità anche agli atti tributari della sanatoria di cui all'art. 156 c.p.c., con la conseguenza che la proposizione del ricorso del contribuente sana la nullità della notifica dell'avviso impugnato, "… *Tuttavia, tale sanatoria può operare soltanto se il conseguimento dello scopo avvenga prima della scadenza del termine di decadenza - previsto dalle singole leggi d'imposta - per l'esercizio*

[19] Vedi appunto il paragrafo successivo.

[20] come è spiegato chiaramente da Cass. SU 24822 del 2015, al par. 6: "*... Non si può allocare sul notificante incolpevole la perdita definitiva del diritto quando basterebbe imporre al notificato il lieve peso di un onere di attesa, dettato dal principio di precauzione. Entrambe le parti sono incolpevoli. Ma nel bilanciamento tra la perdita definitiva del diritto per una parte e un lucro indebito per l'altra parte, la soluzione più razionale è quella di salvaguardare il diritto di una parte incolpevole ponendo a carico dell'altra parte - parimenti incolpevole - un pati, cioè una situazione di attesa che non pregiudica, comunque, la sua sfera giuridica.....*".

[21] vedi ad esempio Corte cost. 477 del 2002, secondo cui "*..... Resta naturalmente fermo, per il destinatario, il principio del perfezionamento della notificazione solo alla data di ricezione dell'atto, attestata dall'avviso di ricevimento, con la conseguente decorrenza da quella stessa data di qualsiasi termine imposto al destinatario medesimo*"; vedi Cass. S.U. 24822 del 2015, secondo cui " *.... a) se la notifica non si perfeziona, la notifica non produce effetto alcuno e decadono anche gli effetti provvisoriamente prodotti: se non si realizza l'an, è inutile pure discutere del quando. b) se la notifica si perfeziona, gli effetti di essa retroagiscono per il notificante al momento in cui ha consegnato all'ufficiale giudiziario (ma lo stesso discorso vale per le notifiche a mezzo posta) l'atto da notificare. In altri termini, tale consegna produce per il notificante effetti immediati e provvisori, che si stabilizzano e diventano definitivi se e solo se la notifica viene validamente perfezionata. ...*".

[22] che nell'ordinanza interlocutoria n. 15545 del 2020 viene indicato di segno contrario al principio della scissione soggettiva.

del potere di accertamento"[23]. In tali casi, mancando una notifica valida, l'anticipazione degli effetti nascente dalla scissione soggettiva non può operare, sicché l'unica possibilità è che la sanatoria per raggiungimento dello scopo avvenga prima della scadenza del termine di decadenza. Siamo, dunque, in presenza di un'ipotesi radicalmente diversa, dalla quale certo non possono trarsi argomenti sfavorevoli all'applicazione del principio della scissione soggettiva, che postula come detto una notifica perfezionatasi e valida, non nulla e da sanare come nel caso disciplinato dall'art. 156 c.p.c. per raggiungimento dello scopo dell'atto postula una notifica invalida.

In definitiva, deve ritenersi che il contrasto giurisprudenziale adombrato[24] sia solo apparente, perché i due orientamenti riguardano fattispecie diverse: quella in cui la notifica si è perfezionata; e quella in cui la notifica non si è perfezionata. E la scissione soggettiva dei tempi tra notificante e notificato vale solo per la prima fattispecie.

D'altro canto, la valenza generale del principio della scissione soggettiva può ritenersi un dato ormai sempre più consolidato. Le Sezioni Unite nel 2015[25] lo hanno riconosciuto come tale, fermandosi solo di fronte agli atti negoziali unilaterali[26]. E nel 2017 le Sezioni Unite lo hanno espressamente applicato ad un'ipotesi di decadenza prevista dalla legge, relativa al potere di contestazione dell'illecito nell'ambito del procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative in materia di intermediazione finanziaria, affermando appunto che "*Il principio della scissione degli effetti della notificazione tra il notificante ed il destinatario dell'atto trova applicazione anche per gli atti del procedimento amministrativo sanzionatorio - non ostandovi la loro natura recettizia – tutte le volte in cui dalla conoscenza dell'atto stesso decorrano i termini per l'esercizio del diritto di difesa dell'incolpato e, ad un tempo, si verifichi la decadenza dalla facoltà di proseguire nel procedimento sanzionatorio in caso di omessa comunicazione delle condotte censurate entro un certo termine, dovendo bilanciarsi l'interesse del notificante a non vedersi imputare conseguenze negative per il mancato perfezionamento della fattispecie "comunicativa" a causa di fatto di terzi che intervengano nella fase di trasmissione del contenuto dell'atto e quello del destinatario a non essere impedito nell'esercizio di propri diritti, compiutamente esercitabili solo a seguito dell'acquisita conoscenza del contenuto dell'atto medesimo*"[27].

La lettura della motivazione di quest'ultima pronuncia fa chiaramente comprendere come si sia partiti dall'impostazione di fondo delle Sezioni Unite del 2015, ritenendo che non vi fossero ragioni per non estendere i relativi princìpi oltre al campo tipico degli atti processuali: è stato applicato il criterio del bilanciamento degli interessi tra notificante e notificato e si è fatto leva sulla natura dell'atto da partecipare, di certo efficace solo con la sua conoscenza da parte del destinatario ma i cui effetti iniziano già a dipanarsi con la sua emissione e l'inizio della fattispecie notificatoria, inizio che rende palese la permanenza dell'interesse alla realizzazione dell'effetto che con la notifica si vuole perseguire e così impedisce le eventuali decadenze in cui l'agente in notificazione potrebbe incorrere non rispettando il termine normativamente posto per l'esercizio del diritto[28].

Insomma, quest'ultima sentenza delle Sezioni Unite ha quasi totalmente "sdoganato" il principio della scissione soggettiva oltre il settore proprio, tradizionale, della notifica degli atti processuali. Nella sentenza del 2015 lo sdoganamento è avvenuto per gli effetti sostanziali degli atti processuali realizzabili solo con quegli atti[29]), mentre nel 2017 lo sdogana-

[23] Cass. SU 19854 del 2004, seguita poi dalle varie pronunzie delle sezioni semplici già sopra citate; la sentenza del 2014 delle Sezioni Unite è in Riv. di Diritto Tributario 2005, 12, II, pagg. 700 e ss., con nota di Poddighe, "*Avviso di accertamento: atto processuale o atto amministrativo?*", sempre in Riv. di Diritto Tributario, 2005, 1, II, pagg. 3 e ss. con nota di Scalinci, "*La notifica dell'atto tributario recettizio: un "giano bifronte" tra sanatoria e decadenza*"; in Diritto e Pratica Tributaria 2004, 6. II, pagg. 1529 e ss., con nota di Glendi, "*Per le notifiche restano i dubbi*".

[24] nell'ordinanza interlocutoria n. 15545 del 2020.

[25] Cass. SU 24822 del 2015.

[26] si tornerà dopo sul punto.

[27] Cass. SU 12332 del 2017 cit., in Foro. It. 2017, 7-8, I, pagg. 2337 e ss., con nota di Baroni, "*Contestazione di addebiti Consob, principio di scissione e inconsapevole modifica ufficiosa di incontestati accertamenti di merito".*

[28] vedi in particolare parr. 7, 8 e 9 della citata sentenza Cass. SU 12332 del 2017.

[29] *"La regola della scissione degli effetti della notificazione per il notificante e per il destinatario, sancita dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo agli atti processuali e non a quelli sostanziali, si estende anche agli effetti sostanziali dei primi ove il diritto non possa farsi valere se non con un atto processuale, sicché, in tal caso, la prescrizione è interrotta dall'atto di esercizio del diritto, ovvero dalla consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notifica, mentre in ogni altra ipotesi tale effetto si produce solo dal momento in cui l'atto perviene all'indirizzo del destinatario".*

mento si è avuto fuori dal campo degli atti processuali e delle relative decadenze, appunto con estensione al campo delle decadenze procedimentali nell'esercizio di poteri pubblici autoritativi. Con l'imminente sentenza delle Sezioni Unite si attende (si auspica) l'ulteriore estensione del principio alle decadenze nell'esercizio dei poteri impositivi tributari.

L'operatività della scissione soggettiva, peraltro, non sembra possa essere condizionata alla circostanza che l'ufficiale notificatore sia soggetto estraneo all'autorità emittente, nel senso che se fosse soggetto intraneo alla autorità emittente la scissione non opererebbe. Si tratta dell'altro dubbio interpretativo rimesso alle Sezioni Unite, visto che l'amministrazione tributaria può anche avvalersi per la notifica, *ex* art. 60 comma 1 lett. a) dPR 600/1973 ed art. 16 comma 4 d.lgs. n. 546/1992, del messo speciale autorizzato, il quale è senz'altro un organo interno all'Agenzia delle Entrate.

Il dubbio[30] è che in tal caso non si giustifichi il bilanciamento degli interessi in favore del notificante, appunto perché l'amministrazione si avvale di un proprio organo per la notifica e deve quindi subire i rischi degli eventuali ritardi di tale organo interno, senza potere invocare l'assenza di colpa derivante dagli eventuali ritardi di organi terzi quali sono l'ufficiale giudiziario o quello postale.

Orbene, è evidente che il bilanciamento degli interessi in favore del notificante nasce dall'esigenza di evitare pregiudizi per attività sottratte ai poteri di impulso del notificante siccome rimesse ad organi terzi come l'ufficiale giudiziario. Così si legge nelle pronunzie della Corte costituzionale[31].

Tuttavia, se ciò è vero, è anche vero che questa esigenza di tutela sottende una *ratio* più ampia, che risponde alla stessa logica della decadenza, la quale ha senso, come sanzione, solo se rapportata ad un'effettiva inerzia della parte. E si è visto che l'inerzia sussiste in concreto, e merita sanzione, solo se la parte non emetta in tempo l'atto e non ne richieda in tempo la notifica, mentre non è giusto che rilevino i tempi, per loro natura incerti, del perfezionamento del procedimento notificatorio. Non solo, ma proprio perché questi tempi sono incerti, non si può costruire su di essi un sistema come quello della decadenza, sanzione così netta e grave che per sua natura postula dati certi. D'altro canto, la certezza, nel caso delle notifiche, si realizza proprio con la scissione soggettiva degli effetti, perché in questo modo diventa certo sia il momento della richiesta di notifica, da valutare per l'eventuale decadenza, sia il momento del perfezionamento della notifica stessa, da valutare per l'esercizio dei diritti di difesa del destinatario dell'atto.

Si tratta di rilievi svolti nella più volte citata sentenza del 2015 delle Sezioni Unite[32], ove appunto si dà conto della bontà della individuazione di questi due diversi termini per notificante e notificato e, nella logica del bilanciamento degli interessi, si spiega il perché il termine previsto per il notificante per svolgere l'attività posta a suo carico gli debba essere riconosciuto per intero, sino allo scadere, in quanto altrimenti dominerebbe la totale incertezza giuridica[33].

Da qui l'adesione alla tesi dell'applicabilità della regola della scissione soggettiva pur se si utilizzi per la notifica un soggetto interno all'amministrazione mittente.

4. Il futuro

L'auspicata esportazione del principio della scissione soggettiva dal settore delle decadenze processuali a tutte le ipotesi di decadenza nell'esercizio di pubblici poteri non è però l'ultimo *step* da superare. È un passo certamente importante, ma non è quello finale. Vi sono infatti ulteriori rilevanti settori in cui la scissione soggettiva non opera.

[30] accreditato nell'ordinanza interlocutoria n. 15545 del 2020.

[31] le n. 477 del 2002 e 28 del 2004, ma vedi anche le pregresse sentenze 358 del 1996, 69 del 1994 e 10 del 1978 sulle notifiche all'estero.

[32] Cass. SU n. 24822 del 2015.

[33] vedi il par. 5.1 di detta sentenza, in particolare a pag. 11, ove si dice che, se il notificante ha un termine, *"Questo termine gli deve essere riconosciuto per intero. Quindi, egli va tutelato anche se consegna l'atto all'ufficiale giudiziario proprio allo scadere del termine. Non gli si può obiettare: "per un principio di precauzione (che ti impone un onere di prudenza e diligenza), avresti dovuto consegnare l'atto all'ufficiale giudiziario qualche giorno prima in modo da garantirti una notifica nei termini". Infatti, la controreplica è agevole: "quanti giorni prima ?". È proprio qui che si anniderebbe l'incertezza giuridica che invece si vorrebbe garantire. Infatti, non può stabilirsi a priori quando un anticipo può dirsi congruo. Ed ancora: "chi mi garantisce che se consegno l'atto all'ufficiale giudiziario una settimana prima, la notifica avverrà nei termini ? E se avviene fuori termine lo stesso, che succede ?" Alla fine, c'è un argomento risolutivo: "se la legge mi riconosce un termine di 30 giorni per espletare una attività difensiva, perché lo devo ridurre a 15 o a 20 per avere (non la sicurezza) ma la probabilità della notifica nei termini ?" .....*

In particolare, si è visto che essa è ritenuta inapplicabile nel campo dei negozi giuridici unilaterali, soggetti agli artt. 1334 e 1335 c.c., per i quali la ricezione dell'atto viene considerato elemento costitutivo della fattispecie. Le citate sentenze delle Sezioni Unite del 2015 e del 2017 sono chiare sul punto[34].

Del resto, le Sezioni Unite nel 2015 si trovavano dinanzi ad una situazione giurisprudenziale consolidata. La Cassazione aveva sempre imposto la notifica-conoscenza di un atto negoziale unilaterale affinché esso potesse produrre l'effetto voluto dalla legge, in particolare quello interruttivo della prescrizione[35].

Solo per gli effetti sostanziali di un atto processuale (interruzione prescrizione quinquennale attraverso esperimento azione revocatoria) nel 2015 vi è stata apertura, sul presupposto che quell'effetto sostanziale si potesse realizzare sono con l'azione giudiziaria e la disciplina da considerare fosse solo e soltanto quella dell'atto processuale. La barriera preclusiva, come detto, è individuata nell'art. 1334 c.c., norma che si assume impedisca in radice l'operatività della tecnica del bilanciamento degli interessi, costituente viceversa l'asse portante della regola della scissione soggettiva degli effetti della notifica[36].

Tuttavia, forse vi sono le condizioni, logiche e giuridiche, per rivedere tale conclusione.

Ragionando in termini generali e potenziali, i princìpì di ragionevolezza e di bilanciamento degli interessi, che sono a fondamento della regola della scissione soggettiva degli effetti della notifica, sicuramente appaiono applicabili anche agli effetti degli atti negoziali unilaterali. Se un atto di tal fatta deve essere compiuto entro un determinato tempo per evitare una decadenza o l'estinzione del diritto per prescrizione, pare più giusto tutelare chi forma l'atto entro quel tempo piuttosto che colui il quale deve ricevere l'atto stesso. La decadenza o la prescrizione sono una sanzione per il titolare del diritto, sanzione che sembra giusto sia irrogata se la parte non abbia formato l'atto nel tempo prescritto, non in caso contrario. Il tutto fermo restando che, se l'atto non viene ricevuto, ogni effetto di anticipazione e di tutela del mittente viene meno[37].

A queste obiezioni si risponde appunto che esse sono inconferenti, perché non tengono conto dell'impedimento oggettivo legato alla struttura dell'atto negoziale unilaterale, nel quale la ricezione costituisce elemento costitutivo della fattispecie: sino a che non vi è la ricezione dell'atto esso non è completo, il diritto corrispondente non è stato esercitato. Laddove per gli atti tributari, e più in generale per quelli amministrativi-autoritativi, l'atto già esiste ed è valido al momento della sua emissione, il potere è esercitato con detta emissione, occorrendo la notifica-conoscenza solo per la produzione degli effetti nei confronti del destinatario.

Senonché, questa differenza, tra elemento costitutivo della fattispecie e condizione di efficacia dell'atto, non pare trarsi dall'art. 1334 c.c.: esso stabilisce che "*gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati*". Dunque, la norma si preoccupa di dire quando l'atto è efficace, non quando è completo.

L'efficacia condizionata alla ricezione-conoscenza attiene alla natura recettizia dell'atto. Ma è tipicamente recettizio anche l'atto tributario o l'atto amministrativo, così come è tipicamente recettizio l'atto processuale.

In altre parole, quel che non convince è l'idea di fondo, che vi sarebbero recettizietà di tipo diverso: quella dell'atto processuale o dell'atto tributario-amministrativo, ove recettizio significa che la conoscen-

[34] vedi Cass. SU 24822 del 2015, ad esempio al par. 6, ove si afferma chiaramente che: " *... Per gli atti negoziali unilaterali un diritto non può dirsi esercitato se l'atto non perviene a conoscenza del destinatario ... "; vedi altresì Cass. SU 12332/17, al par. 8, ove si ribadisce la regola della scissione soggettiva "... beninteso: sempre che non si tratti di atti negoziali, chè allora il discrimen è dato dalla possibilità di fornire la prova contraria rispetto alla presunzione di conoscenza dell'atto correttamente notificato ....*".

[35] ad esempio, si era ritenuto che non bastasse: - la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario ai fini del valido esercizio del diritto di riscatto da parte del conduttore di immobile (Cass. 9303 del 2012); - la consegna all'ufficiale giudiziario dell'atto di accettazione della proposta di alienazione del fondo rustico al fine di interrompere la prescrizione del diritto all'esercizio del riscatto da parte dell'affittuario (Cass. 15761 del 2011); - la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario al fine di interrompere la prescrizione del diritto ad un'indennità di malattia (Cass. 13588 del 2009).

[36] così si legge in Cass. S.U. 24822 del 2015, al par. 5: "*Per gli atti sostanziali la tecnica del bilanciamento è preclusa da una norma specifica (art. 1334 cc): qui il bilanciamento lo ha già fatto il legislatore. Sta di fatto che l'inequivoco testo della norma (qui viene in rilievo il pur discusso brocardo in claris non fit interpretatio) preclude all'interprete ogni diversa interpretazione rispetto a quella fatta palese dal significato delle parole*".

[37] vedi il paragrafo precedente.

za costituisce condizione di efficacia dell'atto[38]; e quella dell'atto negoziale unilaterale, dove recettizio significa che la conoscenza costituisce elemento costitutivo dell'atto stesso.

Il termine recettizio non può essere declinato in modi diversi a seconda della convenienza. Recettizio significa che l'atto per essere efficace deve giungere a conoscenza del destinatario. Il punto di riferimento è sempre e solo l'efficacia, non la validità dell'atto. Del resto, sotto il profilo concettuale, la stessa nozione di efficacia esprime una qualità raggiunta da un atto che già c'è: l'efficacia logicamente segue l'esistenza, che ne costituisce il presupposto; l'atto prima viene emesso e poi diventa efficace nei confronti dei terzi.

Sotto il profilo strutturale, poi, gli elementi essenziali del negozio giuridico unilaterale sono costituiti dalla volontà negoziale e dall'estrinsecazione della stessa; dove estrinsecazione significa manifestazione della volontà attraverso l'emissione e l'invio dell'atto, mentre la ricezione si pone all'esterno, quale elemento ulteriore, cui è appunto subordinata l'efficacia dell'atto.

Nell'ottica poi della sanzione collegata al maturare della decadenza, quel che dovrebbe rilevare è che nel termine di legge la parte abbia formato la volontà di esercitare il diritto e l'abbia manifestata; manifestazione che, come visto, si ha con la formazione e invio dell'atto, non con la sua ricezione.

Ed anche il postulato di fondo, secondo cui per gli atti negoziali unilaterali la certezza giuridica si realizza ancorando ogni effetto alla ricezione dell'atto, deve fare i conti con l'irrazionalità di tale soluzione rispetto a quella, del tutto opposta, dettata per gli atti recettizi processuali, dove la certezza giuridica è realizzata ancorando ogni valutazione al momento della consegna dell'atto all'ufficiale notificatore. Viceversa, in entrambi i casi l'esigenza è la medesima, eliminare *"l'incertezza giuridica medio tempore*"[39]. E se tale esigenza viene tutelata, per gli atti processuali, applicando il principio di ragionevolezza e il bilanciamento degli interessi in favore del notificante, non sembra coerente concludere in senso totalmente opposto per gli atti negoziali unilaterali, facendo leva su un dato che, alla fine, pare extra-normativo, in quanto non emergente né dall'art. 1334 c.c. né da altra norma: quella di una recettizietà di segno diverso, dettata solo e soltanto per i negozi giuridici unilaterali.

Questo ragionare sull'art. 1334 c.c. ha rilevantissimi effetti pratici una volta che si ammetta un ulteriore "sdoganamento": ossia l'applicazione del principio della scissione soggettiva non solo alle ipotesi di "decadenza" ma anche alla "prescrizione". Invero, gli atti negoziali unilaterali attengono al settore del diritto privato, dove impera l'istituto della prescrizione, mentre opera molto meno l'istituto della decadenza, tipico invece dell'esercizio di pubblici poteri[40].

Ciò posto, e premesso altresì che la prescrizione è prevista anche in ambito tributario[41] e più in generale con riguardo di esercizio dei pubblici poteri[42], va detto che decadenza e prescrizione sono istituti affini pur se diversi.

Sono diversi perché la prescrizione prevede l'estinzione del diritto nel caso di mancato esercizio dello stesso per un determinato periodo di tempo; la decadenza non comporta invece l'estinzione del diritto, ma ne preclude l'esercizio nel caso di decorso di un termine stabilito dalla legge[43]. Sotto altro profilo, la prescrizione sanziona l'inerzia del titolare; la decadenza si ricollega alla necessità obiettiva di compiere un determinato atto entro un termine perentorio pena la perdita del diritto o potere.

Le differenze, anche funzionali, di questi istituti comportano discipline in parte diverse: ad esempio, le cause di interruzione e sospensione della prescri-

[38] in giurisprudenza, relativamente agli atti tributari, vedi ad esempio Cass. 21071 del 2018 e Cass. 8374 del 2015, secondo cui, "*In tema di atti d'imposizione tributaria, la notificazione non è un requisito di giuridica esistenza e perfezionamento, ma una condizione integrativa d'efficacia*"; ed ancora, Cass SU 19704 del 2015, secondo cui "*gli atti tributari sono atti recettizi, la cui concoscenza costituisce elemento costitutivo della loro efficacia giuridica*".

[39] indicato come il "*vero problema*" da risolvere da Cass. SU 24822 del 2015, che proprio in questi termini intitolano il par. 5.1 della motivazione.

[40] ma la decadenza comunque è prevista nel codice civile: vedi ad esempio la disciplina delle azioni in materia di vendita ed appalto: artt. 1495 e 1667 c.c.

[41] dove però viene in rilievo solo quando non operino termini di decadenza, ossia in genere sino alla notifica della cartella esattoriale *ex* art. 25 d.p.r. 602/73 ed art. 1 commi 163 legge 296/06 per i tributi locali).

[42] riscossione crediti previdenziali, sanzioni amministrative per violazione codice della strada, etc.

[43] ovvero dall'accordo delle parti secondo il codice civile; ma questa possibilità evidentemente non riguarda la riscossione esattoriale, dove la decadenza, essendo correlata ad interessi pubblici, non può che essere prevista dalla legge.

zione non si applicano alla decadenza (art. 2964 c.c.), appunto perché la decadenza non sanziona l'inerzia del titolare del diritto ma è funzionale alla necessità di compiere l'atto entro un termine perentorio.

Tuttavia, al di là di queste differenze, i due istituti producono alla fine gli stessi effetti: la perdita-estinzione del diritto-potere. Ciò produce l'affinità di cui sopra.

Se così è, se gli effetti sostanzialmente sono i medesimi, non si vede perché la scissione soggettiva non debba valere anche per atti interruttivi della prescrizione, nell'ottica della ragionevolezza e del bilanciamento degli interessi che giustificano, appunto, la scissione notificante - notificato. Tra i due, anche con riguardo alla prescrizione, è più giusto che prevalga il primo, che in tempo ha formato ed emesso l'atto di esercizio del diritto, mentre il secondo subisce il ridotto sacrificio di dover attendere la ricezione dell'atto[44].

D'altro canto, le Sezioni Unite del 2015[45] non hanno posto alcuna preclusione all'operare della scissione soggettiva in materia di prescrizione. Hanno solo stabilito il limite della non applicabilità del principio agli atti negoziali unilaterali. Ammettendo la scissione soggettiva di un atto processuale in funzione interruttiva della prescrizione (nella specie dell'azione revocatoria).

5. Conclusioni

Si è consapevoli della portata per così dire "rivoluzionaria" dell'interpretazione da ultimo proposta, che, in aperto contrasto coi citati arresti delle Sezioni Unite, delinea un quadro ove la scissione soggettiva di fatto opera sempre. Nel campo processuale, nel campo dei procedimenti amministrativi, in quello dei procedimenti tributari e dei procedimenti di riscossione in genere, nonché infine nel campo dei rapporti privati. Ed opera sia in relazione alla decadenza che alla prescrizione.

Si sono forniti gli argomenti favorevoli a questa interpretazione. Che forse è rivoluzionaria ma non deve spaventare.

In effetti, era rivoluzionaria anche l'idea della scissione soggettiva degli effetti della notifica per gli atti processuali. Così come in fondo è rivoluzionaria, rispetto a pochi anni or sono, l'auspicata estensione del principio della scissione soggettiva alle decadenze in materia di atti tributari.

Si tratta insomma di concepire un ultimo *step* di un percorso complesso, cominciato nel 1978 con la prima pronunzia della Consulta[46] e poi proseguito sino ad oggi. Ultimo *step* che potrebbe davvero condurre alla quadratura del cerchio, realizzando una disciplina unitaria regolata dall'applicazione *tout court* della regola della scissione soggettiva degli effetti della notifica-comunicazione di tutti gli atti di esercizio del diritto (vuoi processuale o sostanziale). Senza sottili distinguo fra situazioni (notifica di un atto processuale che evita una decadenza-prescrizione; notifica di un atto autoritativo che evita una decadenza-prescrizione; notifica-comunicazione di un atto unilaterale che evita anch'esso una decadenza-prescrizione) simili e con implicazioni simili.

Più che rivoluzione sarebbe riconduzione ad unità. E questo deve essere l'obiettivo dell'interprete, nell'ottica di una esigenza di semplificazione che risponde all'interesse dei cittadini e degli stessi operatori del diritto e dovrebbe essere la stella polare che guida prima il legislatore nella redazione delle norme e poi la giurisprudenza e la dottrina nella loro interpretazione.

Alessandro Pepe
sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione

[44] vedi quanto detto al paragrafo precedente.

[45] Cass. SU 24822 del 2015.

[46] Corte cost. n. 10 del 1978.

Il danno da nascita indesiderata: un problema di controlimiti

1. Premessa.

Con l'espressione "danno da nascita indesiderata" si designa, più che un tipo di danno, un tipo di condotta illecita: quella di chi viola il diritto di uno o di ambedue i genitori a non avere figli, ovvero a non portare a termine la gestazione di essi. Tale condotta può assumere due forme:

(a) la prima ipotesi ricorre quando la nascita di un figlio avviene contro la volontà del genitore, come nell'ipotesi di insuccesso di un intervento abortivo, ovvero nel caso di insuccesso di un intervento di sterilizzazione;

(b) la seconda ipotesi ricorre quando la nascita avviene oltre la volontà del genitore, come nell'ipotesi di omessa informazione circa le malformazioni del feto, con conseguente perdita della possibilità di interrompere la gravidanza.

Nel primo caso viene leso il diritto del genitore a non avere figli, nel secondo caso viene leso il diritto del genitore di interrompere la gravidanza.

Sebbene anche la prima ipotesi ponga delicati problemi all'interprete (è possibile considerare "danno" la nascita di un bambino sano, ma non desiderato?), è la seconda che ha posto all'interprete problemi così formidabili, da far tremare i polsi, e tra gli altri il seguente: dove collocare il limite oltre il quale le malformazioni del concepito consentano di supporre che, se fossero state rese note alla gestante, avrebbero provocato per la madre il rischio di una malattia psichica, e di conseguenza consentito l'aborto.

Tale problema travalica l'ambito strettamente giuridico, ed involvono questioni di politica del diritto, di bioetica e, in definitiva, di *umanità*.

Per affrontarlo correttamente, è necessario tuttavia correttamente impostarlo, e per impostarlo correttamente dobbiamo chiederci innanzitutto *a quali condizioni* la perduta possibilità di abortire possa dirsi causata dal medico. Come si vedrà, infatti, è nella ricostruzione del nesso di causalità che si concentrano la maggior parte delle difficoltà del tipo di danno qui in esame.

2. Il problema del nesso di causa.

Partiamo da questo caso concreto: esiste una gestante la quale porta in grembo un feto con una agenesia d'un arto.

Il ginecologo e l'ecografista, pur potendo rilevare la malformazione con l'ordinaria diligenza, non se ne avvedono, e di conseguenza non informano la donna. La gravidanza viene portata a termine.

Potrebbe la madre, in questo caso, pretendere di essere risarcita per avere perduto la possibilità di interrompere la gravidanza?

In primo luogo, per quanto ovvio, è bene ricordare che nessun risarcimento potrà essere preteso ove sia possibile ritenere che la donna, quand'anche informata della malformazione, non avrebbe abortito. Accertamento ovviamente non semplice, da compiere sulla base di presunzioni e giudizi ipotetici, ma questa è una difficoltà pratica, non giuridica.

Per pervenire alla conclusione opposta (sussistenza del danno), invece, sarà necessario accertare un doppio nesso di causa.

Dapprima occorrerà stabilire se nel caso specifico l'aborto era consentito dalla legge, avuto riguardo al tipo di malformazioni, al rischio corso dalla madre, ed all'epoca gestazionale in cui la malformazione emerse e divenne accertabile strumentalmente.

In secondo luogo occorrerà stabilire se, pur sussistendo i presupposti di legge per l'interruzione della gravidanza, la gestante avrebbe verosimilmente compiuto tale scelta, qualora fosse stata informata.

2.1. In merito al primo di questi due nessi di causalità va ricordato che l'esercizio del diritto di abortire non è incondizionato, ma è subordinato a condizioni diverse, a seconda che venga esercitato prima o dopo il 90° giorno dall'inizio della gravidanza.

Prima di tale momento, l'interruzione volontaria della gravidanza è sempre possibile a condizione che la gestante "*accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica*, in *relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito*".

Nei primi tre mesi, dunque, la gestante può abortire - per fare esempi banali - non solo quando è prevedibile una malformazione del concepito, ma anche quando il parto o la maternità possano nuocerle anche solo psichicamente a causa della sua condizione

di povertà, di isolamento, di fragilità, di contrasti familiari.

Dopo il 90° giorno dall'inizio della gravidanza, l'art. 6 l. 22.5.1978, n. 194 stabilisce che "*l'interruzione volontaria della gravidanza (...) può essere praticata:*

(a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna;

(b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna".

A tale regola si fa però eccezione ove sussista la possibilità di vita autonoma del feto, nel qual caso l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna (art. 7 l. 194/78, cit.).

Deve tuttavia segnalarsi che la Corte di legittimità ha aggiunto a queste due ipotesi anche una terza, ritenuta implicita nelle previsioni di legge: e cioè l'ipotesi in cui le malformazioni o le anomalie del feto, suscettibili, se note, di recare nocumento alla salute psichica della madre, non erano ancora in atto al 90° giorno di gravidanza, ma erano a quella data altamente probabili.

Questo principio è stato affermato dalla S.C. in un caso in cui una gestante aveva contratto una infezione da *citomegalovirus* alla 22ª settimana di gestazione; il feto tuttavia nonostante l'infezione della madre rimase sano, per poi patire una grave danno cerebrale solo alla 28ª settimana, quando ormai era capace di vita extrauterina, il che impediva l'aborto.

La donna convenne allora in giudizio il medico dal quale era stata assistita durante la gravidanza, ascrivendogli a titolo di colpa di non averla adeguatamente informata sui rischi che l'infezione poteva comportare per il nascituro.

Il giudice di merito rigettò la domanda sul presupposto che la donna in nessun caso avrebbe potuto abortire: non prima che il feto si ammalasse, perché mancava il presupposto ella "anomalia del feto"; non dopo, perché ormai il feto era capace di vita extrauterina.

La Corte di cassazione tuttavia ha cassato con rinvio tale decisione, affermando che il diritto all'interruzione della gravidanza (e di conseguenza la violazione di tale diritto a causa d'una erronea informazione da parte del medico) sussiste non solo nel caso di processi patologici del feto che risultino già accertati; ma anche nel caso di processi patologici che possano determinare con alta probabilità anomalie o malformazioni[1].

In definitiva, legge e giurisprudenza hanno creato un sistema per cui, dopo il 90° giorno dal concepimento, l'interruzione della gravidanza è soggetta ad una regola e ad una eccezione.

La regola è che l'interruzione è possibile quando ci sia un pericolo per la vita o la salute della donna: ma questo pericolo deve essere "grave"; se poi esso è causato da malformazioni del feto, queste devono essere "rilevanti" (e, come si vedrà più oltre, è sul concetto di "rilevanza" che il giurista finisce per impigliarsi).

Nel caso di pericolo di vita per la gestante, ovviamente, la legge non ammette deroghe.

Nel caso di pericolo per la salute fisica o psichica della gestante, invece, la legge prevede una deroga alla regola del diritto di abortire: e cioè la possibilità di vita extrauterina del feto.

La tabella che segue riassume le principali differenze tra le varie ipotesi sopra descritte:

Presupposti legali per l'aborto			
Prima del 90° giorno		**Dopo il 90° giorno**	
Causa	***Effetto***	***Causa***	***Effetto***
"Circostanze" concernenti: (a) la salute della madre; (b) le condizioni economiche, sociali o familiari della madre; (c) il modo in cui è avvenuto il concepimento; (d) malformazioni del concepito	*serio* pericolo per la salute della madre	gravidanza o parto	*grave* pericolo per la vita della madre
		processi patologici	*grave* pericolo per la salute fisica o psichica della madre

[1] Cass. civ., sez. III, 15.1.2021 n. 653.

Accade talora in giudizio che la parte attrice, vistasi eccepire dal convenuto l'insussistenza del nesso di causa tra omessa informazione e perdita della possibilità di abortire, per essere spirati i termini stabiliti dalla l. 194/78, né sussistendo i presupposti che consentono l'aborto oltre il 90° giorno di gravidanza, ricorre al seguente argomento: "*se fossi stata informata, avrei comunque potuto recarmi in un Paese straniero dove l'aborto è consentito senza limiti, ed ivi abortire*".

Si tratta di un argomento tuttavia infondato. Il fatto illecito commesso in Italia è soggetto alla legge italiana (art. 62 l. 31.5.1995 n. 218): è dunque in base all'ordinamento italiano che vanno accertati la sussistenza della colpa e del nesso causale. E poiché la legge italiana consente l'aborto solo nelle ipotesi sopra descritte, solo queste possono venire in rilievo quando si tratti di stabilire la sussistenza del nesso causale.

Questi essendo i presupposti per il legittimo esercizio del diritto all'aborto, ne consegue che tale diritto può dirsi perduto *a causa ed in conseguenza* d'un errore diagnostico del medico quando ricorrano **due elementi**:

(a) l'informazione sulle malformazioni avrebbe comportato il serio (prima del 90 giorni) o grave (dopo il 90° giorno) pericolo per la salute psichica della madre;

(b) la madre, se informata, avrebbe scelto di avvalersi del diritto di abortire.

Sono due presupposti diversi, e li esamineremo perciò distintamente, non prima di avere ricordato che la prova di essi grava su chi invoca il risarcimento[2].

(A) Il serio o grave pericolo per la salute della gestante.

Fino al 90° giorno dall'inizio della gravidanza, l'interruzione della gravidanza costituisce un intervento profilattico nei confronti di un danno temuto per la salute (anche psichica) della gestante.

Pertanto il nesso di causa tra errore del medico e nascita indesiderata potrà dirsi sussistente in tutti i casi in cui una corretta informazione sulle malformazioni del feto avrebbe verosimilmente e plausibilmente provocato nella gestante un "**serio pericolo**" d'una malattia psichica.

Dopo il 90° giorno dall'inizio della gravidanza, il nesso di causa tra omessa informazione sulle malformazioni da parte del medico, e danno da nascita indesiderata, può sussistere in due casi alternativi.

Il primo caso è quello in cui le malformazioni o le anomalie del feto, non rilevate dal medico, costituiscono un **grave pericolo** per la vita della gestante. In questo caso la donna ha diritto di abortire, e se tale diritto non viene esercitato a causa della mancata informazione da parte del medico, ovviamente sussiste un valido nesso tra l'omissione dell'informazione e la nascita.

Il secondo caso è quello in cui le malformazioni o le anomalie del feto, non rilevate dal medico, costituiscono un grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre.

L'accertamento del grave pericolo per la vita della madre, di norma, non dà luogo a difficoltà.

Più complesso è invece stabilire se l'omessa informazione sulle anomalie del feto, al momento in cui si sarebbe dovuta dare, poteva comportare un pericolo **"serio"** (prima dei 90 giorni) o **"grave"** (dopo i 90 giorni) per la salute anche psichica della gestante.

Iniziamo col dire che la "malattia psichica", cui l'informazione sulle anomalie del feto avrebbe esposto la gestante, non può farsi consistere nel mero pericolo di disagio, nella tristezza o nello scoramento: deve trattarsi d'una sindrome di rilievo psichiatrico.

Secondo la S.C., infatti, "*non ogni pericolo per la salute fisica o psichica della donna è rilevante, tanto da assimilarlo ad ogni forma di danno biologico (tra cui lo stress o l'affaticamento o lo stesso danno alla vita di relazione compromessa), ma solo quello che abbia carattere patologico grave per la salute fisica o psichica della donna stessa*", in quanto "*l'art. 6 [l. 194/78 fa] riferimento ad un concetto di salute ristretto, espresso in termini negativi, come assenza di malattia*"[3].

Ma è innegabile che la giurisprudenza ha interpretato in modo molto "lasco" la nozione di "pericolo per la salute psichica": ma del resto sarebbe stato difficile fare altrimenti, in una materia in cui l'accertamento del danno esige un giudizio controfattuale ("*cosa sarebbe accaduto se la donna fosse stata informata*") che riguarda una condotta umana, e quindi con altissimo grado di ipoteticità.

Naturalmente, trattandosi di valutazione ipotetica, essa va effettuata in termini di probabilità, non di certezza. L'accertamento del grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna va quindi com-

[2] Cass. civ., sez. III, 10.12.2013, n. 27528, in *Giur. it.*, 2014, 1585; Cass. civ., sez. III, 22.3.2013, n. 7269, in *Danno e resp.*, 2013, 1072.

[3] Cass., sez. III, 1.12.1998, n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77.

piuto con giudizio *ex ante*, con la conseguenza che "*ciò che si è effettivamente verificato successivamente può avere solo valore indiziario o corroborativo, ma non decisivo*"[4].

Detto altrimenti, per stabilire se la donna avrebbe corso il rischio di ammalarsi se fosse stata informata sulle condizioni del nascituro, non è sufficiente accertare se dopo il parto in lei si sia instaurato un processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la sua salute psichica, ma bisogna soltanto stabilire se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gravidanza l'insorgere di un tale processo patologico[5].

In termini meno dogmatici ciò vuol dire che al medico convenuto in un giudizio di risarcimento del danno da nascita indesiderata, per andare esente da condanna, non basta articolare il seguente sillogismo:

(a) la madre dopo la nascita del bimbo malformato, non si è affatto ammalata;

(b) quindi è ragionevole ritenere che nemmeno durante la gravidanza si sarebbe ammalata, se fosse stata informata delle malformazioni;

(c) *ergo*, non sussistendo la patologia in atto, non avrebbe potuto interrompere legalmente la gravidanza *ex* art. 6 l. 194/78.

Questo tipo di difesa è giudicato insufficiente dalla giurisprudenza, in base ai princìpi sopra riassunti, in quanto l'esistenza della patologia e la pericolosità di essa (cioè le condizioni legittimanti l'aborto dopo il 90° giorno) devono essere valutati con "prognosi postuma": il giudice di merito, cioè, deve trascurare quel che è effettivamente accaduto, e deve immaginare "cosa sarebbe accaduto se" (e cioè se l'informazione fosse stata fornita).

E tuttavia, come accennato, la circostanza che dopo la nascita la madre non si sia ammalata psichicamente non è senza rilievo: è un indizio, il quale nella concorrenza di altri indizi e dei requisiti di cui all'art. 2729 c.c., può assurgere al rango di prova.

(B) La volontà abortiva.

Come accennato, per la configurabilità d'un danno da nascita indesiderata non è sufficiente accertare che la donna, se informata delle malformazioni, avrebbe corso il serio (o grave) pericolo di una malattia psichica; ma è necessario altresì accertare che la gestante, se correttamente informata, avrebbe scelto di abortire.

Tale accertamento viene assolto generalmente attraverso il ricorso alle presunzioni semplici (art. 2727 c.c.).

I "fatti noti" dai quali comunemente il giudice risale al "fatto ignorato" che la gestante, se informata delle malformazioni, avrebbe interrotto la gravidanza, sono:

(a) la circostanza che la gestante si sia sottoposta ad un esame per conoscere lo stato di salute del nascituro;

(b) la circostanza che la gestante fosse psichicamente già depressa al momento del concepimento;

(c) la circostanza che la gestante avesse già prima dell'errore medico manifestato la sua propensione all'aborto nel caso di malformazioni del feto;

(d) la gravità delle malformazioni del feto[6].

Più volte la S.C. ha stabilito, ad esempio, essere "*legittimo per il giudice assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto*", e di conseguenza è "*legittimo (...) ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà*"[7].

Tre precisazioni si impongono tuttavia al riguardo.

La prima è che dalle circostanze sopra elencate "si può", ma non "si deve" risalire al fatto ignorato che la gestante avrebbe interrotto la gravidanza, se avesse saputo delle malformazioni del concepito

Quelle circostanze debbono essere sempre vagliate nel contesto del caso specifico, e non può stabilirsi alcun "automatismo causale" tra l'accertamento di esse, e la prova della volontà abortiva in capo alla gestante.

La seconda precisazione è che la volontà abortiva della gestante, e quindi il nesso di causa tra errore medico e danno da nascita indesiderata, deve escludersi quando sia accertata l'esistenza di fattori ambientali, culturali, di storia personale, religiosi, idonei a dimostrare in modo altamente plausibile che, pur informata

[4] Cass., sez. III, 1.12.1998, n. 12195, in *Foro it*., 1999, I, 77.

[5] Cass., sez. III, 10.5.2002, n. 6735, in *Foro it*. 2002, I, 3115; Cass. 1.12.1998 n. 12195, in *Danno e resp*., 1999, 525; si veda anche, in argomento, Cass. 24.3.1999 n. 2793, ivi, 1999, 766.

[6] Per questa tassonomia di "fatti noti" dai quali risalite alla prova della volontà abortiva, si veda Cass. civ., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, in *Foro it*., 2016, I, 494.

[7] Cass., sez. III, 10.5.2002, n. 6735, in *Dir. e giustizia*, 2002, fasc. 26, 24.

delle malformazioni, la donna avrebbe accettato la continuazione della gravidanza. Il relativo onere ovviamente grava sul convenuto[8]. Così, ad esempio, la circostanza che la gestante fosse una cattolica osservante, ovvero aderente ad una associazione antiabortista, potrebbe essere idonea ad escludere il nesso di causa tra omessa informazione e danno da nascita indesiderata, essendo implausibile che quella donna, se informata, avrebbe interrotto la gravidanza.

La terza precisazione riguarda la gravità delle malformazioni che il medico ha omesso di rilevare, ed è la più delicata di tutte: su essa dunque ci soffermeremo un po' di più.

3. Libertà di scelta ed eugenetica.

È ben plausibile supporre che molte donne sceglierebbero di abortire, se tempestivamente informate di avere concepito un bimbo – ad esempio – privo degli arti, sordomuto, idrocefalo.

Il problema è se possa dirsi altrettanto nel caso di malformazioni minori (ad esempio, mancanza di un dito o d'una mano, labbro leporino, mancanza dei padiglioni auricolari). E si potrebbe ancora estremizzare: può ritenersi sussistente il pericolo "per la salute psichica" della madre quando quest'ultima desideri ardentemente soltanto un figlio che sia biondo e con gli occhi azzurri?

La risposta, ovviamente, è "no": il nostro ordinamento non consente *l'aborto eugenetico*, ma solo *l'aborto terapeutico*, cioè quello finalizzato ad evitare rischi per la salute della madre[9].

Tale conclusione è imposta dall'art. 2 della Costituzione, a mente del quale "*la Repubblica (...) richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*". Ove non ricorrano le condizioni previste dalla legge per l'esercizio del diritto all'aborto, l'educazione e, prima ancora, l'accettazione dei figli costituisce dunque un dovere di solidarietà, imposto dall'art. 2 cost.

Il vero problema che ha il giudice di merito in questi casi è stabilire quando la malformazione del feto sia così grave, da consentire di presumere che se fosse stata comunicata alla madre questa avrebbe avuto una malattia psichica pericolosa per la sua salute, ed avrebbe quindi potuto legittimamente abortire. Se non vi sono dubbi che malformazione "grave" è – ad esempio – la mancanza di tutti e quattro gli arti, o l'anencefalia, più problematico è stabilire se tale possa ritenersi – ad esempio – la mancanza di una mano o di un piede.

A me pare che, in caso di dubbio, per stabilire se una malformazione fosse tale da provocare nella madre una patologia psichica, ove appresa nel corso della gestazione, occorre avere riguardo alla sensibilità media, e non a quella – eventualmente maggiore – della singola persona coinvolta, a meno che quest'ultima non fosse già psichicamente instabile (nel qual caso l'omessa informazione da parte del medico diviene una concausa di danno, in virtù del principio dell'equivalenza causale).

In applicazione di tali princìpi, in giurisprudenza si è escluso che potessero costituire malformazioni idonee a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna (con conseguente irrilevanza della omessa diagnosi di esse, ai fini del risarcimento del danno da nascita indesiderata):

-) l'omessa diagnosi della mancanza della mano sinistra[10];

[8] Trib. Roma 16.11.2005, *Budini c. Natili*, inedita.

[9] Sarà utile ricordare che l'idea secondo cui una persona malata «non deve essere lasciata nascere» ha una matrice ideologica precisa: il progetto di eugenetica nazista, teorizzato da Adolf Hitler sin dall'inizio degli anni '20 e riassunto da Heinrich Wilhelm Kranz, direttore dell'Istituto di Eugenetica dell'Università di Giessen, secondo cui «*esiste un numero assai elevato di persone che, pur non essendo passibili di pena, sono da considerarsi veri e propri parassiti, scorie dell'umanità. Si tratta di una moltitudine di disadattati che può raggiungere il milione, la cui predisposizione ereditaria può essere debellata solo attraverso la loro eliminazione dal processo riproduttivo*» (così Wiessmann, *Ueber die Sterilisierung Minderwertiger in Deutschland*, Giessen, 1922).

Non a caso, proprio nel 1920 apparve un libro dal titolo "*L'autorizzazione all'eliminazione delle vite non più degne di essere vissute*", opera dello psichiatra Alfred Hoche (1865-1943) e del noto giurista Karl Binding (1841-1920), nel quale si sviluppava il concetto di "eutanasia sociale", secondo cui il malato incurabile era da considerarsi non soltanto portatore di sofferenze personali ma anche di sofferenze sociali ed economiche, sicché sopprimerlo consentiva di porre fine alla sofferenza personale e consentire una distribuzione più razionale ed utile delle risorse economiche.

Idee di questo tipo, dopo l'avvento del regime nazista, trovarono veste giuridica con le leggi del 25.7.1933 sulla "*prevenzione della nascita di persone affette da malattie ereditarie*" e dell'8.10.1935, "*sulla salvaguardia della salute ereditaria del popolo tedesco*".

Con esse si autorizzava e si incentivava l'aborto nel caso in cui uno dei genitori fosse affetto da malattie ereditarie, proprio in base all'assunto – formulato da Kranz, Hoche e Binding – secondo cui esisterebbero vite «*non degne di essere vissute*».

[10] Cass. civ., sez. III, 11.4.2017 n. 9251.

-) l'omessa diagnosi di atresia polmonare[11] di uno soltanto di due gemelli[12];

-) l'omessa diagnosi di labiopalatoschisi completa bilaterale (c.d. labbro leporino) [13];

-) l'omessa diagnosi di mancanza di un rene ed ipoplasia di uno dei due condotti uditivi[14];

-) l'omessa diagnosi di agenesia di un dito in ciascuno dei quattro arti[15];

-) l'omessa diagnosi di blefarofimosi bilaterale, microcefalia, dismorfismo di mani e piedi, elice accartocciato[16].

Si ricordi, ancora, che in tutti i casi in cui l'esercizio dell'aborto sarebbe stato consentito dalla legge, v'è poi ancora da stabilire se il feto avesse comunque possibilità di vita extrauterina. V'è solo da ricordare a tal riguardo che alla donna spetta provare i fatti costitutivi del diritto, al medico i fatti idonei ad escluderlo: pertanto non spetta alla donna provare che quando è maturato l'inadempimento del medico il feto non era ancora pervenuto alla condizione della possibilità di vita autonoma, ma spetta al medico provare il contrario[17].

Nel valutare la colpa del medico, infine, si è discusso se possa attribuirsi un concorso di colpa ex art. 1227, comma primo, c.c., alla gestante la quale non riferisca di una propria particolare condizione patologica (nella specie, talassemia), potenzialmente idonea a causare una malattia del feto: ma la S.C. l'ha escluso, sul presupposto che non rientra tra gli obblighi del paziente né possedere specifiche cognizioni mediche, né sopperire a mancanze investigative del professionista[18].

[11] L'atresia polmonare è un difetto della valvola polmonare, cioè della valvola che consente l'uscita del sangue diretto ai polmoni dal ventricolo destro. È un difetto correggibile chirurgicamente.

[12] Trib. Perugia, sez. I, 10.12.2020, r.g. 1468/17, in www.onelegale.it..

[13] Trib. Ascoli Piceno, 17.5.2019, in www.onelegale.it.

[14] Trib. Rieti, sez. I, 7.5.2018, in www.onelegale.it.

[15] Trib. Barletta, 30.1.2018, in www.onelegale.it.

[16] Trib. Ancona, sez. I, 25.9.2017, in www.onelegale.it. Va tuttavia precisato che in questo caso il Tribunale ha rigettato la domanda ritenendo non assolto dagli attori l'onere della prova che, in caso di tempestiva diagnosi, la gestante avrebbe abortito.

[17] Cass. civ., sez. III, 6.7.2020 n. 13881, in Danno e resp., 2021, 89, con nota di Poiatti, *La critica al danno da nascita indesiderata e la complessità del danno permanente futuro*; Cass., sez. III, 10.5.2002, n. 6735, in *Foro it*. 2002, I, 3115, § 4.1.5 dei "Motivi della decisione".

[18] Cass. civ., sez. III, ord. 20.11.2020 n. 26426.

4. Il danno risarcibile. Il problema della legittimazione sostanziale.

La nascita di un bambino non desiderato può essere considerata un danno risarcibile? Per la giurisprudenza sì. Si perviene a tale conclusione sul presupposto che "danno risarcibile" è il *vulnus* arrecato ad una qualsivoglia situazione giuridica soggettiva attiva (diritto soggettivo assoluto, diritto soggettivo relativo, interesse legittimo), a condizione che:

(a) tale situazione giuridica sia "presa in considerazione" dall'ordinamento: sia, cioè, direttamente od indirettamente tutelata da una o più norme di legge;

(b) dalla lesione del diritto o dell'interesse sia derivata, per consequenzialità diretta, "*la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse* [o il diritto], *secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega*" (così Cass. sez. un., 22.7.1999, n. 500/SU, dalla quale sono stati tratti i due passi che precedono).

Nel caso di omessa diagnosi prenatale di malformazioni del feto, ricorrono ambedue i requisiti appena indicati, in quanto:

(a) il diritto ad interrompere la gravidanza costituisce una situazione giuridica soggettiva attiva espressamente riconosciuta e regolata dall'ordinamento;

(b) la soppressione del suddetto diritto (derivante, in tesi, da una incompleta informazione) lede il bene della vita rappresentato dall'interesse dell'individuo a pianificare le proprie scelte familiari e godere di un *ménage* domestico conforme ai propri *desiderata*.

Quello di non avere figli, così come quello di non avere figli costretti ad una vita breve o sventurata, perché affetti da malattie incurabili e devastanti, costituiscono diritti essenziali dell'individuo, che trovano il proprio fondamento negli artt. 2 e 29 cost., e la cui violazione costituisce pertanto "danno ingiusto", ai sensi degli artt. 1218 e 2059 c.c., a seconda che tale pregiudizio derivi da inadempimento o illecito aquiliano[19].

[19] Cass., sez. III, 20.10.2005, n. 20320, in *Guida al dir*., 2005, fasc. 44, 54; Cass. 29.7.2004 n. 14488, in *Dir. e giust*., 2004, fasc. 33, 12; Cass., sez. III, 24.3.1999, n. 2793, in *Giust. civ*., 1999, I, 1598; Cass., sez. III, 01.12.1998, n. 12195, in *Danno e resp*., 1999, 522.

Per la giurisprudenza di merito, nello stesso senso, Trib. Pesaro 26.5.2008, in *Giust. civ*. 2008, 2273; App. Roma, 12.7.2005, in *Guida al dir*., 2005, fasc. 35, 75; Trib. Roma 3.4.2005, *Mariani c. Ferrucci*, inedita; Trib. Camerino,

Ma quali saranno in concreto i danni risarcibili?

Dalla nascita di un bimbo malformato, senza che la madre ne fosse stata preventivamente informata, può derivare innanzitutto un danno alla salute della madre: normalmente sotto questo profilo viene dedotta in giudizio l'esistenza di una sindrome depressiva, e quindi di un danno biologico di natura psichica.

Anche quando la madre tuttavia non patisca un vero e proprio danno alla salute, è comunque risarcibile a ciascuno dei genitori il danno non patrimoniale scaturito dalla violazione del diritto costituzionalmente garantito (*ex* artt. 2 e 29 cost.) a pianificare la propria vita familiare, e quindi a decidere se portare a termine o meno la gravidanza.

Tale danno è risarcibile anche in assenza di reato, in virtù della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. adottata negli ultimi anni dalla Corte di legittimità[20].

Ma in cosa consiste il danno non patrimoniale patito da chi ha avuto un figlio che non voleva? Ovvero, di cosa deve tenere conto il giudice nella stima di tale pregiudizio?

Dall'analisi della giurisprudenza di merito si ricava che sono molteplici i fattori presi in considerazione dai giudici per monetizzare il danno in esame, e tra questi:

(a) la sofferenza morale causata dalla perduta possibilità di optare per l'interruzione della gravidanza;

(b) l'ansia e l'angoscia causate dalla preoccupazione per la sorte del proprio figlio;

(c) il forzoso mutamento delle abitudini di vita, prodotto dalla necessità di assistere un prossimo congiunto gravemente invalido[21];

(d) la circostanza di essersi i genitori trovati senza alcuna preparazione psicologica di fronte alla realtà di un figlio menomato;

(e) la circostanza che il bimbo nato con menomazioni sia sopravvissuto o meno;

(f)) l'età dei genitori, e la conseguente possibilità di avere altri figli[22].

Naturalmente, come è ineludibile in tutti i casi in cui la liquidazione del danno non patrimoniale avviene in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., anche il danno da nascita indesiderata fa registrare dissonanze tra i vari uffici giudiziari in punto di *quantum*. La liquidazione più alta che mi è avvenuto di rintracciare è quella effettuata dal Tribunale di Roma, che nel 2012 liquidò 500.000 euro alla madre e 300.000 euro al padre d'un bimbo nato con un grave ritardo mentale per una anomalia genetica; la più bassa - curiosamente - fu quella effettuata dallo stesso Tribunale, che nel 2006 liquidò 50.000 euro *pro capite* ai genitori di un bambino nato con una gravissima malformazione cardiaca; in quest'ultimo caso, però, giocò un ruolo decisivo la circostanza che il piccolo sopravvisse solo poche settimane.

Il danno di cui si è detto sinora esige, come si vide più sopra, la prova che, se la gestante fosse stata informata delle malformazioni, avrebbe verosimilmente voluto, e legalmente potuto, interrompere la gravidanza.

23.2.2005, in Corti marchigiane, 2005, 515; App. Perugia, 15.12.2004, in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 13, 24; Trib. Napoli, 14.7.2004, in *Danno e resp*., 2005, 1015; Trib. Roma, 9.3.2004, in *Danno e resp*., 2005, 197; Trib. Roma 22.2.2004, *Principato c. Caserta,* inedita; Trib. Palermo, 3.3.2003, in *Gius*, 2003, 16-17, 1911; Trib. Genova, 10.10.2002, in *Giur. it*., 2003, 1825; Trib. Locri, 06.10.2000, in *Corriere giur*., 6, 2001, 786; Trib. Milano 20.10.1997, in *Danno e resp*., 1999, 82.

Contra, però, si veda Trib. Trapani, 9.7.2003, in *Giur. merito*, 2004, 10, secondo cui la l. n. 194 del 1978 non avrebbe introdotto nel nostro ordinamento un diritto all'interruzione della gravidanza, quale interesse in sé e per sé giuridicamente tutelato, ma si è limitata ad ammetterne il ricorso in funzione della tutela della salute e della vita della madre. Da ciò il tribunale siciliano ha tratto la conseguenza che ove il medico, sulla base di un errore diagnostico, abbia impedito alla gestante l'interruzione della gravidanza, egli è tenuto a risarcire il danno "*solo quando ciò abbia determinato una lesione all'integrità fisica e psichica della madre che un tempestivo intervento avrebbe consentito di prevenire efficacemente*".

[20] Dapprima con le sentenze Cass., sez. III, 31.5.2003, n. 8827 e Cass., sez. III, 31.5.2003, n. 8828, ambedue in *Foro it*., 2003, I, 2272 e ss., e quindi con Cass. sez. un. 11.11.2008 n. 26972, in *Assicurazioni*, 2008, II, 2, 439. Nessuna di tali decisioni, beninteso, si occupa di danno da nascita indesiderata, ma i princìpi ivi affermati in tema di danno non patrimoniale sono suscettibili di applicazione generale.

[21] Ovviamente sul presupposto che la madre, se informata correttamente, avrebbe scelto di abortire: del danno "da sconvolgimento delle abitudini di vita" non può pretendere il risarcimento, perciò, chi non abbia provato in giudizio la volontà abortiva (Cass. civ., sez. III, 26.5.2020 n. 9706, con ampia e dotta motivazione).

[22] Per questi rilievi, *ex multis*, Trib. Roma 31.5.2006, *Fiorini c. Alegiani*, inedita; Trib. Nocera Inferiore 21.11.2005 in *Giur. merito* 2006, 1694, ove il danno in esame viene definito "danno non patrimoniale da diminuita vita di relazione".

Si tratta comunque di princìpi largamente ricevuti tra i giudici di merito.

Taluni giudici hanno tuttavia ritenuto che, anche in difetto di tale prova, alla gestante possa spettare il risarcimento anche d'un **ulteriore danno non patrimoniale**: quello scaturente dalla (pretesa) "lesione del diritto alla autodeterminazione".

Il ragionamento è il seguente: anche quando, pure se tempestivamente informata, la gestante non avrebbe potuto abortire, ella comunque da un lato avrebbe potuto prepararsi meglio all'evento della nascita ed all'accoglienza del bimbo malformato; dall'altro ha visto violato il suo "*diritto di pianificazione della vita personale*"[23]. Da ciò si è tratta la conclusione che il risarcimento del danno, nel caso di errore diagnostico prenatale, può essere preteso non solo quando si provi che, se adeguatamente informata, la madre avrebbe scelto di abortire, ma anche quanto questa prova manchi, laddove i genitori siano stati privati della possibilità di prepararsi ad accogliere un bambino che presenti problemi di salute particolari[24].

Opinioni di questo tipo sono, a mio avviso, erronee, sotto vari aspetti.

In primo luogo, la lesione del diritto non è il danno: è il presupposto del danno. Risarcimento vi può essere solo se dalla lesione del diritto sia derivato un pregiudizio che, in assenza di quella lesione non si sarebbe verificato.

Nel momento in cui si accerta che la gestante, se informata delle malformazioni, non avrebbe potuto o voluto abortire, l'omessa informazione del medico non determina perciò alcun peggioramento rispetto alla condizione in cui la donna si sarebbe trovata, se l'informazione l'avesse ricevuta.

Se, infatti, fosse stata informata, non poteva abortire a doveva accogliere ed accudire il bimbo malformato; non essendo stata informata, allo stesso modo ha dovuto accogliere ed accudire quel bimbo.

Ove, poi, per aggirare questo ostacolo si sostenga che in conseguenza della mancata informazione la gestante si è trovata "all'improvviso" dinanzi ad un figlio malformato, è agevole osservare che se la nascita d'un bimbo malformato può costituire un trauma, allo stesso modo anche l'annuncio che nascerà un bambino malformato è un trauma. Non comprendo bene dunque perché mai un trauma psichico è un danno se subito al momento della nascita, mentre non lo è se subìto durante la gestazione.

Ovviamente è ben possibile, in teoria, che l'anticipato annuncio della nascita d'un bambino malformato consenta alla gestante di "prepararsi meglio" al parto, anche dal punto di vista psicologico; tuttavia una eventualità di questo tipo (la perduta possibilità di prepararsi con adeguato supporto psicologico ad affrontare la nascita non desiderata) deve essere allegata e provata, e non può ritenersi *in re ipsa*, come invece parrebbero avere ritenuto le tre decisioni di merito ricordate in nota.

Il diritto al risarcimento del danno *non* spetta invece alla persona nata con malformazioni congenite, non tempestivamente diagnosticate dal medico durante la gestazione.

Questo principio, per lungo tempo pacifico nella giurisprudenza di legittimità, venne messo in crisi da una isolata decisione della S.C., che aprì il contrasto[25]: contrasto risolto dall'intervento delle Sezioni Unite, le quali hanno ribadito che "*il nato disabile non può agire per il risarcimento del danno, neppure sotto il profilo dell'interesse ad avere un ambiente familiare preparato ad accoglierlo, giacché l'ordinamento non conosce il "diritto a non nascere se non sano", né la vita del bambino può integrare un danno-conseguenza dell'illecito omissivo del medico*"[26]. La questione, dunque, è chiusa.

Il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale consistito nelle sofferenze e nei disagi causati dalla nascita del bimbo con malformazioni spetta ad ambedue i genitori: non solo, quindi, alla madre, che sola può invocare la lesione del diritto ad abortire, ma anche al padre: non già perché questi sia titolare del diritto all'interruzione della gravidanza, ma perché l'omessa informazione alla madre, incidendo sul diritto del padre alla pianificazione familiare (diritto riconosciuto dagli artt. 29 cost. e 144 c.c.) genera un danno non patrimoniale che, in quanto lesivo di una situazione di rango costituzionale, è risarcibile anche al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 2059 c.c., secondo la lettura costituzio-

[23] Così Trib. Monza, 2.10.2013 n. 2261; nello stesso senso, Trib. Reggio Emilia, sez. II, 25.2.2015 n. 264; Trib. Como, 16.1.2012 n. 46. Tali sentenze possono leggersi in www.dejure.it.

[24] Cass. civ., sez. III, 28-02-2017, n. 5004, in Rass. dir. farmaceutico, 2017, 999.

[25] Cass. civ., sez. III, 2.10.2012, n. 16754, in *Corriere giur.*, 2013, 45.

[26] Cass. civ., sez. un., 22.12.2015, n. 25767, in *Foro it.*, 2016, I, 494.

nalmente orientata che di tale norma ha dato la Corte di cassazione[27].

Il padre del bambino nato con malformazioni è stato ammesso a risarcimento anche se non legato da matrimonio alla madre, purché stabilmente convivente *more uxorio* con essa[28].

Discusso è invece se il risarcimento del danno non patrimoniale possa spettare ai fratelli del bambino nato con malformazioni.

In un isolato precedete la S.C. lo ha ammesso, sul presupposto che se il bimbo malformato non fosse nato, i suoi genitori avrebbero avuto più tempo da dedicare agli altri figli[29].

A me pare tuttavia che questa opinione non convinca.

In astratto, infatti, i prossimi congiunti di un bimbo nato con malformazioni non potrebbero invocare, quale fondamento della propria pretesa risarcitoria, che due distinte *causae petendi*:

(a) la lesione del proprio diritto alla pianificazione familiare;

(b) la compromissione della propria serenità familiare.

Ebbene, rispetto ai fratelli la lesione *sub* (a) non è configurabile, perché essi non sono titolari di alcun diritto alla pianificazione familiare, e dunque non possono dolersi dell'avveramento di fatti modificativi di situazioni (l'assetto familiare) che non era in loro potere incidere. Mancando il diritto (*rectius*, la situazione giuridica soggettiva "presa in considerazione" dall'ordinamento, secondo la definizione di Cass. sez. un. 500/99, cit.), non può ovviamente predicarsene la lesione come fatto costitutivo della pretesa al risarcimento.

Per quanto attiene al pregiudizio alla serenità familiare, esso non può ritenersi una conseguenza "immediata a diretta" dell'omessa informazione da parte del medico, *ex* art. 1223 c.c. Infatti tale danno in tanto è configurabile, in quanto si alleghi e dimostri che la madre, se debitamente e compiutamente informata delle malformazioni, avrebbe esercitato il diritto di abortire. Tuttavia la scelta della madre di interrompere o meno la gravidanza è un'azione libera nel fine, non necessitata, cosciente e volontaria, compiuta da un soggetto capace di intendere e di volere. Tale libera scelta, interponendosi tra la condotta del medico (causa) e l'alterazione della serenità familiare dei fratelli del nato (effetto), spezza il nesso causale tra quella e questa, rispetto alla pretesa risarcitoria avanzata dai fratelli del bimbo malformato. È la scelta della madre (od, eventualmente, dei genitori) che muta la composizione del quadro familiare anche per gli altri figli; e poiché tale scelta, rispetto alla posizione degli altri figli, è un fatto umano volontario, come tale non deterministico e non necessitato, è impossibile ricondurre causalmente l'allegato peggioramento delle condizioni di vita familiare dei fratelli del bambino nato con malformazioni all'errore del medico.

Del resto, diversamente argomentando si dovrebbe ammettere che il fratello di un bimbo nato malformato potrebbe dolersi di tale nascita (in tesi indesiderata) anche nei confronti dei genitori, nel caso in cui questi decidano di non interrompere la gravidanza: e l'evidente *reductio ad absurdum* rende evidente la insostenibilità della premessa[30].

Marco Rossetti

[27] *Ex multis,* Cass. civ., sez. III, 5.2.2018 n. 2675, in Corriere giur., 2018, 921, con nota di Carbone, *Nascita indesiderata: anche il padre ha diritto al risarcimento dei danni*; Cass. civ., sez. III, ord. 29.1.2018 n. 2070.

[28] Trib. Roma 6.6.2005, *Foconi c. Krom Genetics*, inedita.

[29] Cass. civ., sez. III, 2.10.2012, n. 16754, in *Corriere giur.*, 2013, 45.

[30] Cos, testualmente, Trib. Roma 6.6.2005, *Foconi c. Krom Genetics. s.r.l.*, inedita.

Editing

abilgraph 2.0 ROMA srl

Via Pietro Ottoboni, 11 - 00159 Roma

info@abilgraph.com - www.abilgraph.com

NEL LABIRINTO DEL DIRITTO
RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA

www.labirintodeldiritto.it

Editore: Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico

Direzione – Redazione ed Amministrazione della rivista
"Nel Labirinto del Diritto" presso la sede legale Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico
in Formello (Rm) alla Via del Praticello n. 34.