

Riflessioni “operative” sulla nuova legge fallimentare

A cura di:

Eugenio Forgillo e Raffaele Sdino – giudici delegati ai fallimenti: *La fase prefallimentare: l’iniziativa e il procedimento*

Alberto Garofalo – avvocato: *La competenza del tribunale fallimentare*

Giuseppe Sparano – avvocato: *La riforma della legge fallimentare e il regime delle comunicazioni*

Augusto Tatangelo – giudice delegato ai fallimenti: *Nuove norme sulle vendite immobiliari nel processo di esecuzione individuale e vendite immobiliari fallimentari: riflessioni (e molti dubbi) a prima lettura*

Il presente lavoro costituisce più che altro una riflessione a prima lettura da parte di operatori di settore circa i più rilevanti impatti derivanti dall’applicazione pratica del nuovo sistema fallimentare.

Scaturisce da riflessioni “a cuore aperto” svolte nell’ambito dei lavori dei c.d. osservatori sulla giustizia costituiti in Napoli e non si ripropone di affiancare elaborati “cattedratici” sulla nuova legge ma il più diretto obiettivo di sollecitare l’attenzione su quelli che saranno i temi di maggiore interesse con l’entrata in vigore del nuovo sistema.

Tocca, pertanto, soltanto alcune delle tematiche affrontate, ripromettendosi di arricchirsi di ulteriori apporti all’esito della confezione di altri elaborati non giunti per tempo per questo primo contributo.

LA FASE PREFALLIMENTARE: INIZIATIVA E IL PROCEDIMENTO (Eugenio Forgillo e Raffaele Sdino)	3
Iniziativa In Genere	3
Iniziativa del P.M.	3
Oneri a carico dell'imprenditore che richiede il proprio fallimento	5
Procedimento	6
IN GENERE	7
RICORSO.....	8
L'ISCRIZIONE A RUOLO E LA PRESA IN CARICO DA PARTE DELL'UFFICIO.....	8
DECRETO.....	8
NOTIFICAZIONE	10
CREDITORI ABBINATI.....	11
UDIENZA	12
ISTRUTTORIA.....	12
I PROVVEDIMENTI CAUTELARI.....	13
Decisione.....	14
A) <i>Rigetto della richiesta e gravame</i>	14
B) <i>Sentenza di fallimento</i>	15
LA COMPETENZA DEL TRIBUNALE FALLIMENTARE (Alberto Garofalo).....	17
a) Novità in tema di competenza	17
b) Novità in tema di rito (con particolare riguardo alla compatibilità del rito prescelto dal legislatore con i giudizi da svolgere innanzi il tribunale fallimentare ed il ruolo ex art. 738 c.p.c. del giudice di procedimentalizzazione del giudizio)	19
c) Sul possibile conflitto tra riti.....	26
LA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE E REGIME DELLE COMUNICAZIONI (Giuseppe Sparano)	28
1. Introduzione.....	28
2. Recapito telefax ed e-mail del creditore	30
3. Regime delle notificazioni del ricorso e della sentenza di fallimento	33
4. Operatività del comitato dei creditori	34
5. Il curatore e propri doveri di avviso, comunicazione ed acquisizione di consensi e autorizzazioni.....	35
6. Le comunicazioni nei regimi dei reclami e considerazioni conclusive.....	36
NUOVE NORME SULLE VENDITE IMMOBILIARI NEL PROCESSO DI ESECUZIONE INDIVIDUALE E VENDITE IMMOBILIARI FALLIMENTARI: RIFLESSIONI (E MOLTI DUBBI) A PRIMA LETTURA (Augusto Tatangelo).....	39
Premessa: I Dati Normativi.....	39
1.- Opzione preliminare: vi è stata unificazione dei sistemi di vendita immobiliare nell'esecuzione forzata individuale?	41
2.- Conseguenze dell'opzione favorevole ad ammettere che sia avvenuta l'unificazione dei sistemi di vendita immobiliare nella sistematica del cpc	43
3.- Conseguenze dell'opzione favorevole ad ammettere la permanenza di due sistemi alternativi di vendita immobiliare nella sistematica del cpc	45
3.1- VENDITA CON INCANTO	45
3.2- VENDITA SENZA INCANTO.....	46
3.3- ALTRE POSSIBILI MODALITÀ CONCRETE DELLA VENDITA FALLIMENTARE	48
4.- Problematiche delle vendite in itinere.....	49
5.- La vendita dei beni indivisi	50

LA FASE PREFALLIMENTARE: INIZIATIVA E IL PROCEDIMENTO (Eugenio Forgillo e Raffaele Sdino)

Iniziativa In Genere

Art. 6 (Iniziativa per la dichiarazione di fallimento)	Art. 6 (Iniziativa per la dichiarazione di fallimento)¹
Il fallimento è dichiarato su richiesta del debitore su ricorso di uno o più creditori, su istanza del pubblico ministero oppure d'ufficio.	<ol style="list-style-type: none">1. Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori, su richiesta del pubblico ministero.2. Nel ricorso di cui al primo comma l'istante può indicare il recapito telefax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui dichiara di voler ricevere le comunicazioni e gli avvisi previsti dalla seguente legge.

Anche nella nuova formulazione il tipico atto d'impulso è il “**ricorso**”. Puramente terminologica deve ritenersi la soppressione della “**richiesta**” del debitore posto che la dottrina prevalente reputava tale istanza avanzata alla giustizia proponibile solo nella veste del ricorso, sicché l'uniformazione operata non fa che riportare ad unità ciò che già era omogeneo dal punto di vista sistematico.

L'**istanza** del P.M. si tramuta in **richiesta**, ma anche in questo caso si dovrebbe ritenere che la differenza sia meramente lessicale, posto che - come per la richiesta del debitore - la dottrina riteneva che si trattava in realtà di un ricorso. Se, dunque, tanto la richiesta che l'istanza erano riconducibili al concetto di ricorso, è evidente che le modificazioni sopravvenute non dovrebbero modificare l'orientamento precedente.

Iniziativa del P.M.

Per quanto riguarda l'**iniziativa doverosa del P.M.**:

Art. 7 (Stato d'insolvenza risultante in sede penale)	Art. 7 (Iniziativa del pubblico ministero)²
Quando l'insolvenza risulta dalla fuga o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore, il procuratore del Re Imperatore che procede contro l'imprenditore deve richiedere il tribunale competente per la dichiarazione di fallimento.	Il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6: <ol style="list-style-type: none">1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso

1 Articolo sostituito dall'art. 4 D.Lgs. 2005

2 Articolo e rubrica sostituiti dall'art. 5 D.Lgs. 20

	di un procedimento civile..
--	-----------------------------

Oltre ad essere meglio precisati gli ambiti di rilevanza dell'insolvenza (lett. 1), la novità di maggiore rilievo (conseguenza dell'abrogazione dell'iniziativa d'ufficio) consiste nel fatto che la segnalazione del giudice civile non è più destinata direttamente al tribunale fallimentare (come prevedeva l'art. 8), ma passa per le mani del P.M. che, però, è obbligato a presentare richiesta di fallimento (lett. 2).

Sulla segnalazione del giudice civile ci si potrebbe chiedere se debba essere giustificata soltanto dal rilievo dello stato di insolvenza, come prevede testualmente la norma, o anche da quello dei requisiti dimensionali dell'impresa. Non sembra che il giudice civile, prima di effettuare la segnalazione, debba indagare sui requisiti dimensionali perché, a parte quei casi in cui risultino già dagli atti di causa, si tratta di un accertamento che dovrebbe svolgersi d'ufficio senza che il giudice abbia il potere. Per non svuotare la norma di significato si può allora ipotizzare che il giudice civile effettui la segnalazione sulla scorta del solo dato dell'insolvenza, sempre che il soggetto sia un imprenditore commerciale. Ne deriva che sarà il P.M., una volta ricevuta la segnalazione, a effettuare l'indagine sui requisiti dimensionali e, solo in caso di accertamento positivo, a richiedere il fallimento. L'obbligatorietà dell'iniziativa del P.M. di cui al numero 2) va intesa come doverosità degli accertamenti, ma non esclude che possa effettuare una motivata "archiviazione" ogni volta che gli stessi conducano ad escludere la ricorrenza dei requisiti dimensionali.

La grande novità è che non è più prevista l'iniziativa **d'ufficio**. Ciò significa valorizzare pienamente l'iniziativa di parte, ma il termine "parti" in *subiecta materia* è riferito non solo agli interessi privatistici dei creditori ricorrenti, ma anche a quelli certamente "pubblicistici" del P.M.. La procedura, dunque, continua a mantenere un connotato pubblicistico, ancorché sia certamente venuto meno quel potere ufficioso che prima caratterizzava l'intervento ex art. 6 ultima parte.

In caso di desistenza del creditore ricorrente (ovvero della desistenza anche di tutti i creditori abbinati al ricorrente), pertanto, il tribunale dovrà emanare un decreto di *improcedibilità*, essendo venuto meno l'atto d'impulso, senza che occorra più, come in passato, indagare ulteriormente sull'esistenza dell'insolvenza onde pervenire, eventualmente, ad una dichiarazione di fallimento d'ufficio.

Se l'insolvenza emerge, però, dal o dai ricorsi di fallimento poiché il tribunale fallimentare va considerato <<giudice civile>> dovrebbe spettare a lui effettuare la segnalazione al P.M. ex art. 7 n. 2. Come si è detto in precedenza, se come appare più razionale la segnalazione deve scaturire dall'accertamento del semplice stato d'insolvenza e non anche dei requisiti dimensionali, sarà il P.M. ad effettuare l'indagine su questi ultimi. Probabilmente il giudice, cioè i componenti del collegio, che ha fatto la segnalazione dovrebbe quantomeno astenersi per motivi d'opportunità dall'esame della domanda di fallimento poi proposta dal P.M. (potrebbe dubitarsi che sia un caso di astensione obbligatoria).

Quanto ora osservato rafforza l'idea che, pur avendo il legislatore eliminato l'iniziativa d'ufficio ponendosi in linea con gli orientamenti dottrinali che sottolineavano come la stessa non fosse rispettosa dei principi di terzietà ed imparzialità, il giudizio prefallimentare non riguarda situazioni nell'esclusiva disponibilità delle parti e conserva tuttora connotati pubblicistici.

Esula dalla presente trattazione un esame approfondito dell'art. 162 nella parte in cui continua a prevedere che l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo

determina la dichiarazione di fallimento; l'attenzione dei primi commentatori si è incentrata sulla differenza tra "stato di crisi" e "stato d'insolvenza", ma occorre anche chiedersi se sia coerente con l'impianto complessivo della legge una dichiarazione d'ufficio.

Oneri a carico dell'imprenditore che richiede il proprio fallimento

Art. 14 – Obbligo dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento

1. L'imprenditore che chiede il proprio fallimento deve depositare presso la cancelleria del tribunale le scritture contabili, il bilancio e il conto dei profitti e delle perdite per i **due anni** precedenti ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata. Deve inoltre depositare uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali mobiliari su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto.

Art. 14 – Obbligo dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento

1. L'imprenditore che chiede il proprio fallimento deve depositare presso la cancelleria del tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i **tre esercizi** precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata. Deve inoltre depositare uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti, **l'indicazione dei ricavi lordi per ciascuno degli ultimi tre anni**, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto.

Le parti in grassetto testimoniano immediatamente le modificazioni intervenute, che, per la verità, **non sembrerebbero, di primo acchitto, di grosso rilievo.**

Tuttavia, occorre interrogarsi su cosa possa accadere qualora la richiesta dell'imprenditore non sia conforme al modello legale ora che è stata abolita la fallibilità d'ufficio. In passato il problema della violazione di talune delle prescrizioni dell'art. 14 (more solito riferibili al mancato deposito di qualcuna delle scritture ivi contemplate) era surrogato dal potere d'iniziativa d'ufficio, sicché, anche in assenza di atti doverosi il tribunale poteva parimenti dichiarare il fallimento. Privato il tribunale di tale potere potrà accadere che debba pervenirsi a reiezione della domanda priva dei requisiti documentali di legge pur a fronte di una confessata condizione di dissesto.

In siffatte ipotesi dovrebbe ipotizzarsi ad un'alternativa che consenta al tribunale di segnalare il fatto al P.M. ai sensi del precedente art. 7 n. 2

Procedimento

Art. 15	Art. 15
<p data-bbox="229 315 592 371">(Facoltà del tribunale di sentire il debitore)³</p> <p data-bbox="220 389 600 568">Il tribunale, prima di dichiarare il fallimento, può ordinare la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio e sentirlo anche in confronto dei creditori istanti.</p>	<p data-bbox="858 315 1190 342">(Istruttoria prefallimentare)⁴</p> <ol data-bbox="691 405 1362 1809" style="list-style-type: none">1. Il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio.2. Il tribunale convoca, con decreto apposto in calce al ricorso, il debitore ed i creditori istanti per il fallimento; nel procedimento interviene il pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento.3. Il decreto di convocazione è sottoscritto dal presidente del tribunale o dal giudice relatore se vi è delega alla trattazione del procedimento ai sensi del quinto comma. Tra la data della notificazione, a cura di parte, del decreto di convocazione e del ricorso, e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni liberi.4. Il decreto contiene l'indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento e fissa un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie ed il deposito di documenti e relazioni tecniche. In ogni caso, il tribunale dispone, con gli accertamenti necessari, che l'imprenditore depositi una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata.5. I termini di cui al terzo e quarto comma possono essere abbreviati dal presidente del tribunale, con decreto motivato, se ricorrono particolari ragioni di urgenza.6. Il tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti. In tal caso, il giudice delegato provvede, senza indugio e nel rispetto del contraddittorio, all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio.7. Le parti possono nominare consulenti tecnici.8. Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza.9. Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro venticinquemila. Tale importo è periodicamente aggiornato con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1.

3 La Corte costituzionale, con sentenza del 16 luglio 1970, n. 141, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo nella parte in cui esso non prevede l'obbligo del tribunale di disporre la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio per l'esercizio del diritto di difesa nei limiti compatibili con la natura di tale procedimento.

4 Articolo e rubrica sostituiti dall'art. 13 D.Lgs. 2005

In genere

E' noto che, nel sistema vigente, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale del 1970, il procedimento per l'audizione del debitore **in camera di consiglio** è divenuto obbligatorio limitatamente all'avviso al debitore dell'esistenza di un procedimento prefallimentare a suo carico e alla possibilità di poter espletare difese.

I primi sette commi del nuovo art. 15 non fanno altro che consacrare quanto nella prassi (in parte anche del tribunale di Napoli) si era già da tempo affermato. Almeno per quegli uffici che non disponevano immediatamente la comparizione del debitore ma la riservavano all'esito di una sua specifica richiesta, si è passati ad un nuovo sistema, nel quale il tribunale deve necessariamente indicare nel decreto un'udienza per la comparizione delle parti. La scelta del legislatore evidentemente sposa l'indicazione più rigorosa che poteva trarsi dalla lettura della sentenza della Corte Costituzionale 141/70 (e che già era stata fatta propria da alcuni uffici), obbligando a seguire un vero e proprio giudizio anche nella fase prefallimentare.

Su questa scelta si può avanzare una riserva: l'opzione a favore di un vero e proprio giudizio è coerente ed adeguata ad una decisione in tempi brevi? In secondo luogo, se la scelta del rito *camerale* è omogenea con le altre indicazioni sul rito contenute nella medesima legge, vanno analizzate le conseguenze di questa scelta in ordine alla risoluzione delle questioni processuali, sull'ampiezza della cognizione e sul valore dell'accertamento contenuto nella decisione.

Sulle questioni processuali se accennerò sommariamente di seguito. Va sin da ora sottolineato come il collegamento con la tematica dei procedimenti in camera di consiglio imponga il confronto con le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sviluppate in ordine a questi procedimenti in oltre 60 anni di applicazione. Tuttavia, il richiamo che il legislatore del 2006 ha fatto alle "*modalità dei procedimenti in camera di consiglio*" offre anche l'occasione per adattare la disciplina degli art. 737 e ss. c.p.c. alle peculiarità dell'istruttoria prefallimentare.

Sull'ampiezza della cognizione indubbiamente il legislatore ha effettuato una scelta di fondo, nel senso di "vincolare", in qualche misura, il tribunale, nell'alveo dell'impulso di parte. Ciò non significa, tuttavia, che una volta ricevuto l'impulso o la difesa il giudice sia anche vincolato alle prospettazioni, alle richieste o alle prove offerte dalle parti, tant'è che il sesto comma dell'art. 15 prevede espressamente la possibilità di ammettere mezzi di prova disposti d'ufficio. Se tra questi vi è sicuramente la consulenza tecnica – ed infatti il comma successivo prevede il diritto delle parti di nominare propri consulenti – il legislatore non sembra, però, circoscrivere questi mezzi di prova a quelli previsti nel processo di cognizione. La sommarietà della cognizione va piuttosto posta in relazione con la necessità di pervenire ad una decisione in tempi relativamente brevi.

Quanto al valore dell'accertamento non può non rilevarsi che l'utilizzazione del procedimento camerale s'inserisce nell'ambito di una giurisdizione sicuramente contenziosa sia perché relativa a diritti soggettivi e sia perché di risoluzione di posizioni antitetiche, fondata su una cognizione sommaria certamente non superficiale. Ne consegue che l'accertamento è d'intensità verosimilmente superiore a quello attuale e in sede di maggiore approfondimento sarà necessario scandagliare i limiti oggettivi del giudicato (ad esempio sui requisiti soggettivi o sull'esistenza del credito) per verificare se resta un accertamento con funzioni esclusivamente endofallimentari o assume valenza anche al di fuori.

Ricorso

Sul ricorso è necessario certamente spendere qualche considerazione giacché il “modello” previgente adottato da molti creditori - che vedeva prospettare sommariamente indici sintomatici dello stato d’insolvenza lasciando al tribunale il potere / dovere d’indagine traendo anche dagli atti di causa ulteriori elementi di valutazione - dovrà cedere il passo ad un nuovo atto introduttivo, che già sul piano delle allegazioni dovrà indicare in modo analitico i requisiti soggettivi ed oggettivi per la dichiarazione di fallimento, sia per consentire al resistente di esercitare in modo adeguato il diritto di difesa sia per orientare l’indagine del tribunale.

In questa innovativa prospettiva l’atto introduttivo del procedimento riecheggia il modello degli atti introduttivi del processo di cognizione (art. 125 c.p.c.) imponendo, da un lato, una prospettazione di *petitum* univocamente orientato all’affermazione dell’insolvenza, dall’altro, una specificazione della *causa petendi* ben più analitica che in passato.

Di particolare importanza, in questa prospettiva, appare l’allegazione concernente il requisito soggettivo. Invero, il testo della legge è chiaro nel delimitare più che in passato i margini soggettivi del fallimento ma non precisa le conseguenze della mancata allegazione del detto requisito. In prima battuta si potrebbe ipotizzare la sanzione della nullità relativa (con possibilità di sanatoria mediante rinnovazione) di quei ricorsi privi dell’allegazione concernente i requisiti soggettivi. In alternativa, occorrerebbe ipotizzare la sanzione di inammissibilità perché la domanda non corrisponde al modello legale.

In linea con le norme del rito societario e con altre disposizioni della nuova legge fallimentare e del rito civile (di recente appositamente modificato) è la previsione della indicazione da parte del creditore ricorrente del numero di telefax e/o dell’indirizzo e.mail presso cui ricevere le comunicazioni. Nel rinviare al capitolo predisposto a parte su tale aspetto si evidenzia sin d’ora che l’orientamento di questo gruppo di lavoro dell’osservatorio è proteso a valorizzare l’utilizzo di tali innovativi strumenti di comunicazione in quanto tendenzialmente più idonei a snellire i tempi del processo.

L’iscrizione a ruolo e la presa in carico da parte dell’ufficio

L’iscrizione a ruolo segue i criteri tradizionali, mentre la presa in carico dell’ufficio, dopo la designazione da parte del presidente del tribunale, vede investito il tribunale della trattazione del procedimento.

DECRETO

Il Presidente del Tribunale o il Presidente della Sezione investita della trattazione secondo criteri tabellari provvederà:

- a) ad emettere il decreto se ritiene che la trattazione sia collegiale;
- b) designare un relatore se ritiene di delegare l’istruttoria.

Verosimilmente ogni tribunale deciderà come modulare l’istruttoria prefallimentare e, quindi, se delegare o meno ad un relatore, in tutti i casi o solo in alcune ipotesi. In linea di principio si deve ritenere che, avendo il legislatore lasciata piena autonomia, la scelta di un criterio o di un altro non sia sindacabile.

Raccogliendo le indicazioni provenienti anche da altri uffici (ma non da Napoli) il legislatore ha espressamente previsto al terzo e sesto comma che vi possa essere immediata assegnazione del procedimento e delega al relatore per la sottoscrizione del

decreto di **convocazione** e per l'audizione delle parti.

In ogni caso il decreto dovrà in modo non equivoco far comprendere alle parti se la comparizione dovrà avvenire davanti al collegio oppure al giudice relatore e dovrà contenere l'indicazione di cui al IV comma (cioè che il procedimento è finalizzato all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento) in quanto per una piena realizzazione del principio del contraddittorio non è sembrato al legislatore sufficiente la semplice convocazione del fallendo.

Il legislatore sembra aver accentuato le garanzie difensive, non apparendogli sufficiente la notificazione del ricorso di fallimento – in cui pur dovrebbe essere del tutto esplicita la finalità del procedimento – imponendo che nel decreto del tribunale debba essere chiaramente indicata la prospettiva in cui muove l'indagine.

Nell'ottica di una più compiuta procedimentalizzazione dell'istruttoria rispetto a quanto previsto nei procedimenti in camera di consiglio del c.p.c. e per uniformare le eterogenee prassi esistenti presso i vari tribunali, il legislatore ha imposto, al quarto comma, la fissazione di un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per il deposito di memorie e documenti. La mancata previsione delle conseguenze della mancata utilizzazione di questa facoltà processuale non può determinare alcuna preclusione.

Non essendo stato previsto un termine per il ricorrente, l'eventuale replica che il ricorrente volesse proporre alle difese del resistente non potrebbero che essere svolte in udienza con verosimile appesantimento dell'istruttoria visto che la controparte ben potrebbe legittimamente invocare il diritto ad una contro-replica.

Sembra, pertanto, opportuno che il decreto preveda anche un termine – naturalmente non perentorio e che non determina preclusioni - per la replica del ricorrente (ad esempio almeno tre giorni prima dell'udienza) lasciando in definitiva alla fase dell'udienza solo la contro-replica del resistente.

L'urgenza di cui si fa menzione nel quinto comma dell'art. 15 sarà, verosimilmente, determinata, nella gran parte dei casi, dall'imminente scadenza del termine di cui all'art. 10 L. fall. (valevole, oramai, a seguito di noti interventi della Corte Costituzionale, anche per le società). Tuttavia, non può escludersi un'area di operatività di tale disposizione anche in altre ipotesi meno frequenti (quali, ad esempio, la fuga dell'imprenditore e simili).

Il decreto – secondo apposita previsione del 4° comma – può contenere l'invito da parte del tribunale all'imprenditore di depositare la documentazione relativa ad una situazione patrimoniale aggiornata, da intendersi come la relazione di un professionista. Contemporaneamente possono essere disposti immediatamente *accertamenti necessari* per il riscontro della fondatezza della richiesta.

L'ultima previsione avalla l'idea che il tribunale, come già in passato, continua ad avere un potere inquisitorio che può fare largo ricorso a mezzi di prova atipici, tra cui, a titolo esemplificativo, a) informative della p.g., b) informative della Camera di commercio, c) informativa della Banca d'Italia – Centrale dei rischi, d) certificazioni dell'Agenzia del territorio, e) certificazione della cancelleria circa l'esistenza di procedure esecutive immobiliari e mobiliari, f) certificazione della cancelleria circa la pendenza di ricorsi per decreto ingiuntivo, g) visura dei protesti, h) prospetto riepilogativo delle domande di fallimento proposte in precedenza contro lo stesso debitore, i) attestazione degli Enti previdenziali e del concessionario del servizio riscossione tributi circa le eventuali esposizioni debitorie ecc.

L'esplicazione di questi poteri d'indagine in una fase anteriore all'audizione delle parti, se da un lato è in linea con la tradizionale concezione della procedura fallimentare in termini pubblicistici, dall'altro oggi trova un sicuro momento di recupero del contraddittorio all'udienza di comparizione delle parti.

Se sarà la prassi applicativa a chiarire la latitudine dell'esercizio di questo potere inquisitorio, può affermarsi che il dovere di collaborazione dell'imprenditore resistente nel rappresentare e documentare la situazione della propria impresa è in stretto rapporto con l'ampiezza del potere inquisitorio: tanto maggiore e attendibile sarà stata la documentazione offerta dal resistente tanto minori, in linea di massima, saranno gli accertamenti ritenuti necessari.

Il mancato deposito della documentazione se non può determinare in via automatica il raggiungimento della prova del requisito dimensionale potrebbe costituire però un "pesante indizio", in applicazione analogica dell'art. 116 c.p.c., da valutare unitamente ad altri.

Notificazione

Rimuovendo ogni incertezza interpretativa che aveva caratterizzato la legislazione vigente il nuovo testo di legge impone che il ricorso ed il decreto siano notificati all'interessato, così, precludendo altre forme di convocazione che pur erano state forgiate dalla prassi dei tribunali negli anni passati (convocazione a mezzo p.g. e simili).

Mentre il legislatore mostra in questa stessa legge ed in altre norme coeve un chiaro interesse verso forme di comunicazione degli atti giudiziari alternative e più moderne, perché l'atto introduttivo del giudizio prefallimentare giunga nella sfera giuridica del destinatario impone necessariamente la notificazione, ritenuta probabilmente la forma più garantista ad assicurare la conoscenza dell'atto.

Sotto tal profilo soltanto ricorrendo alle modalità alternative di notificazione di cui all'art. 151 L.Fall. si può ipotizzare un procedimento che in qualche misura velocizzi il procedimento notificatorio in vista del contenimento dei tempi per la decisione. Si consideri, infatti, che, poiché il terzo comma prevede un termine libero non inferiore a 15 giorni tra la data della notificazione e quella dell'udienza di comparizione, per una notifica ai sensi dell'art. 143 c.p.c., perfezionandosi per il destinatario la notificazione al compimento di tutte le formalità (cioè dopo il ventesimo giorno), si deve stimare che un avviso di tal fatta richiede nel complesso circa due mesi per la formalizzazione del contraddittorio. Ciò, evidentemente, può comportare gravi conseguenze giacché nelle more potrebbe maturare il termine annuale di cui all'art. 10 L.Fall. ovvero potrebbero precludersi i brevi termini per la nuova revocatoria fallimentare.

Pertanto, un utile correttivo può essere rappresentato dal potere del presidente di abbreviare i termini (previsto dal 5° comma); e ciò spinge a suggerire una prassi virtuosa secondo cui dovrebbe essere in primo luogo il ricorrente già nel corpo del ricorso a richiedere tale abbreviazione nonché l'autorizzazione ad avvalersi della facoltà di notificare ex art. 151 c.p.c. indicandone le ragioni. Il tutto senza che però ciò escluda la possibilità che il presidente eserciti tale potere anche d'ufficio.

Resta da verificare se, a fronte di una chiara affermazione del principio del contraddittorio, resterà ancora valido quell'indirizzo che ammette la dichiarazione di fallimento quando non si è riusciti a reperire l'imprenditore.

Creditori abbinati

Secondo la prassi del tribunale di Napoli ai ricorsi pendenti ne possono essere abbinati altri presentati prima della data fissata per la decisione senza che il resistente ne abbia conoscenza attraverso un'autonoma notificazione. Il decreto, però, contiene l'avvertenza che i ricorsi abbinati non saranno notificati, sicché viene ribaltato sul resistente l'onere di controllare l'esistenza di altre istanze a suo carico, anche per predisporre adeguate difese.

Nel futuro la legge impone il rispetto di un termine dilatorio minimo tra la notifica del ricorso e l'udienza (salve le eccezioni già commentate nel paragrafo precedente e di cui al comma 5° del nuovo art. 15), sicché, volendo a tutti i costi mantenere la prassi attuale, potrebbe apparire opportuno indicare nel decreto un termine maggiore di quello libero per procedere agli abbinamenti e consentire al resistente di averne tempestiva conoscenza per predisporre le proprie difese. Questa opzione non esclude l'eventualità che il resistente in udienza chieda ulteriore termine a difesa essendo stati effettuati abbinamenti troppo a ridosso del termine a difesa o addirittura, come pure è talvolta accaduto, oltre il suddetto termine: in siffatte circostanze, infatti, il tribunale non potrebbe certo negare la concessione di termini a difesa onde rispettare il precetto costituzionale.

Tuttavia, un procedimento di tal fatta sembra oggi mal conciliarsi col nuovo spirito del sistema, informato dal rispetto più rigoroso e sostanziale del diritto di difesa. Pertanto, è più rispettoso sia della lettera che della ratio dell'art. 15 imporre a tutti i creditori abbinati l'onere di notificare il ricorso. Per un verso questo onere è il riflesso dell'autonomia delle domande di fallimento (ciascuna in grado di reggere la dichiarazione di fallimento) e per l'altro consente al resistente di predisporre una difesa articolata in relazione ad ogni domanda. La soluzione proposta non incontra difficoltà quando l'udienza camerale non è stata ancora fissata ovvero è stata fissata ad una data tale da consentire anche al creditore abbinato di rispettare il termine libero trala data di notifica e l'udienza. Ma se quest'ultima è fissata ad una data oramai troppo vicina l'unica soluzione è quella di abbreviare i termini secondo la previsione del quinto comma interpretando estensivamente le ragioni d'urgenza di cui si è detto in precedenza. Opinare diversamente, cioè escludere l'abbinamento laddove il ricorso sia depositato oltre un certo termine, non è una scelta neutrale in quanto, pur essendo le domande di fallimento autonome, la valutazione del tribunale non può non essere influenzata dall'esame di una pluralità di domande: in particolare, la barriera quantitativa di cui all'ultimo comma dell'art. 15 potrebbe essere superata o meno a seconda che l'abbinamento sia effettuato oppure no.

Nessuna preoccupazione dovrebbe, invece, esservi in ordine alla circostanza che i creditori abbinati sappiano dell'udienza camerale poiché gli stessi ne hanno conoscenza al momento del deposito del ricorso laddove l'abbinamento avvenga come sarebbe opportuno in modo contestuale. Se l'abbinamento avviene in un momento successivo potrebbe ipotizzarsi un onere del creditore di consultare i registri di cancelleria oppure in alternativa la necessità della comunicazione da parte di quest'ultima.

Anche i creditori, oltre al resistente, dovrebbero conoscere i ricorsi degli altri creditori pur non essendo le posizioni in contrasto e convergendo verso un identico risultato. La conoscenza delle altre domande, prima dell'udienza, consente ad ognuno di apprestare la linea difensiva più adeguata anche in relazione all'atteggiamento del resistente. A tal fine, sembra, però eccessivo pretendere che il creditore abbinato notifichi il ricorso, oltre che al debitore, a tutti gli altri creditori sin a quel momento già abbinati e il diritto

alla conoscenza di tutte le domande potrebbe essere utilmente esercitato attraverso l'esame costante degli atti del procedimento.

Udienza

La previsione di una vera e propria udienza di comparizione delle parti e il richiamo al procedimento camerale non possono non avere un riflesso su una serie di questioni che potevano in passato essere affrontate molto più agevolmente sottolineando il carattere deformalizzato dell'istruttoria prefallimentare. La prima questione che potrebbe venire in rilievo è quella dell'assenza di entrambe le parti all'udienza; esclusa l'applicabilità degli artt. 181 e 309 c.p.c. – che non sembrano esportabili nel procedimento camerale – una prima soluzione potrebbe essere quella della improcedibilità del ricorso, attribuendo alla mancata comparizione del ricorrente il significato di una implicita rinuncia alla domanda. D'altro canto, però, nulla vieta di ritenere che l'impulso processuale non solo necessario ma anche sufficiente sia dato dalla presentazione della domanda, purché ritualmente notificata. In altri termini il tribunale, verificata la regolare instaurazione del contraddittorio, potrebbe decidere nel merito, anche quando le parti siano rimaste assenti all'udienza.

Naturalmente laddove il tribunale ritenga necessario a fini istruttori disporre l'audizione delle parti il procedimento potrebbe essere rinviato a tal fine.

Istruttoria

Oltre a quanto già detto a proposito delle attività istruttorie disposte col decreto, il tribunale o il relatore, nel rispetto del contraddittorio, provvedono all'ammissione e all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti o ritenuti necessari d'ufficio.

La previsione del settimo comma, unitamente all'ultimo periodo del quarto comma farebbero pensare che sia ammissibile in questo giudizio camerale la c.t.u..

Le une e le altre previsioni – in uno alla considerazione che anche nel giudizio camerale societario sembra essersi andati molto al di là dei tradizionali confini in cui si era soliti confinare il procedimento camerale – portano a considerare, oramai, l'istruttoria prefallimentare molto vicina ad un accertamento di tipo contenzioso. Confermano tale assunto molte altre disposizioni, come quelle che riguardano le impugnazioni della sentenza, non più in "opposizione" davanti allo stesso tribunale ma innanzi al giudice superiore, il regime dell'impugnazione del decreto di rigetto, il divieto per il giudice che si è pronunciato per il fallimento di partecipare alla decisione successiva.

Tuttavia sembra ancora chiaramente dominante il principio inquisitorio dell'accertamento richiesto al tribunale, sicché deve escludersi che l'organo in oggetto sia vincolato alle prospettazioni fatte dalle parti.

Considerando che l'istruttoria può essere delegata ad un componente del collegio è evidente che alla sua conclusione il processo passa alla cognizione del tribunale per la decisione. Non sembra necessario il passaggio per una fase di precisazione delle conclusioni.

Il legislatore, mentre ha colto le indicazioni provenienti da parte della dottrina e dalla giurisprudenza sul procedimento camerale per snellire l'approfondimento istruttorio, essendo innegabile una maggiore praticità quando è soltanto dei componenti ad organizzare il lavoro, non ha contestualmente provveduto a regolamentare i rapporti tra collegio e giudice relatore lasciando alla prassi il compito di trovare momenti di raccordo idonei alla risoluzione di possibili conflitti. Così, ad esempio, non essendo regolamentati aspetti salienti della procedura, potrebbero trovarsi momenti di contrasto qualora le parti dovessero trovarsi in disaccordo col relatore nella conduzione dell'istruttoria (ovvero sulla valutazione della sufficienza o meno dei risultati istruttori già raggiunti) e dovrà essere la prassi dei singoli uffici ad enucleare i modelli processuali per superare gli impasse.

I provvedimenti cautelari

Il comma VIII dell'art. 15 prevede che, su istanza di parte, il tribunale possa emettere provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento.

Si tratta di una previsione che era già contenuta nell'art. 45 dello schema di riforma delle procedure concorsuali del 23.12.2004 (cd. maxiemendamento).

In dottrina questa previsione è stata posta in correlazione al garantismo che impronta il procedimento pre-fallimentare di cui si è parlato nei paragrafi precedenti (Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 195). Infatti, non vi è dubbio che la necessità di dovere fissare un'udienza per la comparizione delle parti, il termine libero non inferiore a quindici giorni che deve intercorrere tra la notifica del ricorso e l'udienza nonché i tempi dell'istruttoria vera e propria (che potrebbero non essere brevi laddove sia ammessa una consulenza tecnica) tendono ad spostare in avanti la decisione del tribunale sulla dichiarazione di fallimento. Di conseguenza, il legislatore, nell'evidente preoccupazione che nelle more il fallendo possa disperdere il proprio patrimonio, ha previsto dei provvedimenti cautelari diretti ad assicurare gli effetti della decisione.

Il riferimento ai provvedimenti *cautelari o conservativi* desta però qualche perplessità perché, secondo l'elaborazione dottrinale consolidata, i provvedimenti cautelari si distinguono in anticipatori e conservativi sicché, a non volere considerare la formulazione normativa come atecnica, l'interprete dovrebbe chiedersi quali possano essere altri, peraltro innominati, provvedimenti conservativi diversi da quelli cautelari.

Sicuramente i provvedimenti cautelari a tutela del patrimonio evocano i sequestri (sia giudiziario che conservativo), ma la finalità di tutelare il patrimonio può essere assicurata anche da provvedimenti anticipatori (ad esempio, una dichiarazione IVA la cui omissione potrebbe determinare un grave costo per l'impresa, la sospensione di una delibera societaria che prevede la riduzione del capitale sociale oppure una cessione d'azienda).

La scelta normativa è chiaramente nel senso di una stretta strumentalità tra i provvedimenti in esame ed il giudizio pre-fallimentare tant'è che il legislatore non solo sottolinea come la loro efficacia sia "limitata alla durata del procedimento" (escludendo qualsiasi efficacia oltre ed al di fuori dello stesso), ma ha previsto che la sentenza che dichiara il fallimento li confermi o revochi in modo esplicito ed il decreto di rigetto, ovviamente, li revochi.

Ne deriva che, in primo luogo, il legislatore in questa sede non si è allineato alla tendenza legislativa, espressa nel cd. rito commerciale e nella riforma del processo civile del 2006, verso la cd. strumentalità attenuata quanto meno in ordine ai provvedimenti anticipatori. In secondo luogo, discostandosi dalla disciplina dell'art. 669 *novies* c.p.c. non ha previsto che il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento determini *tout court* l'inefficacia dei provvedimenti cautelari, ma che gli stessi debbano essere revocati. E' presto per capire se, ancora una volta, ciò sia il frutto di un'imprecisione terminologica (la revoca è istituto profondamente diverso dall'inefficacia) o se sia la conseguenza di una concezione della sentenza di fallimento in termini diversi da quelli della sentenza che nell'ordinario giudizio di cognizione accerta l'esistenza o l'inesistenza del diritto azionato.

In ogni caso, la necessità che il provvedimento cautelare sia revocato con il decreto di rigetto dell'istanza tende ad escludere una perdurante efficacia nelle more del procedimento di reclamo ex art. 22 così che laddove la Corte d'Appello accolga il reclamo rimettendo gli atti al Tribunale quest'ultimo dovrà valutare se adottare (nuovamente o per la prima volta) i provvedimenti in commento.

Nel silenzio della legge circa l'applicabilità del procedimento cautelare uniforme si pone, poi, l'interrogativo circa la reclamabilità dei provvedimenti. E' nota la forza espansiva delle norme degli artt. 669 *bis* e segg. in virtù della formula ampia contenuta nell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.. E non sembra che possa agevolmente escludersi la compatibilità tra quelle norme ed i provvedimenti previsti dall'art. 15. Di conseguenza, il reclamo dovrebbe essere ammesso anche perché la contraria opinione, fondata sul rilievo che i provvedimenti vanno comunque confermati o revocati con il provvedimento che conclude il giudizio, non tiene conto della durata non necessariamente breve del giudizio (pertanto, non dovrebbero valere le considerazioni della dottrina sviluppate in ordine alla non reclamabilità del decreto ex art. 669 *sexies* c.p.c.).

Nel silenzio della legge ci si chiede se possano essere adottati provvedimenti cautelari incidenti su posizione soggettive non dell'imprenditore resistente, ma di terzi. Si pensi, in particolare, a provvedimenti cautelari diretti ad assicurare i risultati delle revocatorie fallimentari. Se non ché, da un lato, la norma prevede che i provvedimenti cautelari siano adottati a tutela del patrimonio attuale e non già di quello che potrebbe risultare all'esito delle azioni revocatorie e, dall'altro, appare difficile immaginare le modalità con le quali il terzo potrebbe essere evocato nel procedimento in commento.

Decisione

A) Rigetto della richiesta e gravame

Art. 22	Art. 22
<p align="center">(Gravami contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento)⁵</p> <p>Il tribunale, che respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, provvede con decreto motivato.</p> <p>Contro il decreto il creditore istante può, entro quindici giorni dalla comunicazione, proporre reclamo alla corte d'appello, la quale provvede in camera di consiglio, sentiti il creditore istante e il debitore⁶.</p> <p>Se la corte d'appello accoglie il ricorso, rimette d'ufficio gli atti al tribunale per la</p>	<p align="center">(Gravami contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento)⁷</p> <p>1. Il tribunale, che respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, provvede con decreto motivato, comunicato a cura del cancelliere alle parti.</p> <p>2. Entro quindici giorni dalla comunicazione, il creditore ricorrente o il pubblico ministero richiedente possono proporre reclamo contro il decreto alla corte d'appello che, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con decreto motivato. Il debitore non può chiedere in separato</p>

5 La Corte costituzionale, con sentenza del 28 maggio 1975, n. 127, ha dichiarato, ai sensi dell'art. 27, L. 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale del presente articolo nella parte in cui nega al fallito la legittimazione a proporre reclamo contro la pronuncia del tribunale che ha respinto l'istanza per la dichiarazione di fallimento di socio illimitatamente responsabile.

6 La Corte costituzionale, con sentenza del 20 luglio 1999, n. 328, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma, nella parte in cui non attribuisce al debitore, nei cui confronti sia stato proposto ricorso per la dichiarazione di fallimento, la legittimazione a proporre reclamo alla Corte d'appello avverso il decreto di rigetto di tale ricorso, in relazione al mancato accoglimento delle domande proposte dallo stesso debitore.

7 Articolo sostituito dall'art. 19 D.Lgs. 2005

dichiarazione di fallimento.	<p>giudizio la condanna del creditore istante alla rifusione delle spese ovvero al risarcimento del danno per responsabilità aggravata ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile.</p> <p>3. Il decreto della corte di appello è comunicato a cura del cancelliere alle parti del procedimento di cui all'articolo 15.</p> <p>4. Se la corte d'appello accoglie il reclamo del creditore ricorrente o del pubblico ministero richiedente, rimette d'ufficio gli atti al tribunale, per la dichiarazione di fallimento, salvo che, anche su segnalazione di parte, accerti che sia venuto meno alcuno dei presupposti necessari.</p> <p>5. I termini di cui agli articoli 10 e 11 si computano con riferimento al decreto della corte d'appello.</p>
------------------------------	---

Come accade davanti al tribunale l'istruttoria davanti alla Corte d'Appello è retta dal principio inquisitorio, sicché la Corte può disporre di tutte quelle iniziative necessarie ed opportune per accertare la sussistenza dello stato d'insolvenza, non essendovi il vincolo del "dedotto" dalle parti.

Non sembra che si possa dubitare dell'esigenza di provocare in sede di reclamo il contraddittorio con le stesse parti che hanno partecipato al giudizio di prima istanza.

La formulazione del quarto comma sembrerebbe escludere che il debitore che abbia visto rigettare la richiesta di auto-fallimento possa ottenere la riforma del provvedimento. Tuttavia, la chiara formulazione della seconda alinea del secondo comma prescrive che il debitore il quale voglia ottenere la condanna del creditore che abbia ingiustamente richiesto la dichiarazione di suo fallimento ha l'unica strada del reclamo alla Corte, sicché deve abbandonarsi la prospettiva che taluni aveva formulato a seguito del noto intervento della Corte Costituzionale 14.7.1999 n. 328, che era appunto diretto ad affermare la possibilità di chiedere la condanna per le spese e la responsabilità aggravata.

Opportunamente l'ultimo comma dell'articolo in esame prevede che l'eventuale impugnativa da parte del debitore per la questione sulle spese non faccia decorrere i termini di cui agli artt. 10 e 11 l.fall.: una diversa interpretazione, infatti, avrebbe consentito ai debitori di proporre reclami anche dilatori per le spese al solo fine di far maturare i suddetti termini onde precludere la dichiarazione di fallimento.

B) Sentenza di fallimento

<p>Art. 16 – Sentenza dichiarativa di fallimento</p> <p>1. La sentenza dichiarativa di fallimento è pronunciata in camera di consiglio.</p> <p>2. Con la sentenza il tribunale:</p> <p>1) nomina il giudice delegato</p>	<p>Art. 16 – Sentenza dichiarativa di fallimento</p> <p>1. La sentenza dichiarativa di fallimento è pronunciata in camera di consiglio.</p> <p>2. Con la sentenza il tribunale:</p> <p>1) nomina il giudice delegato per la</p>
---	--

<p>per la procedura;</p> <p>2) nomina il curatore;</p> <p>3) ordina al fallito il deposito dei bilanci e delle scritture contabili, entro ventiquattro ore, se non è stato ancora eseguito a norma dell'articolo 14;</p> <p>4) assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali mobiliari su cose in possesso del fallito, un termine non maggiore di giorni trenta dalla data dell'affissione della sentenza per la presentazione in cancelleria delle domande;</p> <p>5) stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui, nel termine di giorni 20 da quello indicato nel numero precedente, si procederà all'esame dello stato passivo.</p> <p>3. La sentenza è provvisoriamente esecutiva.</p> <p>4. Con la stessa sentenza o con successivo decreto il tribunale ordina la cattura del fallito o degli altri responsabili a carico dei quali sussistano le circostanze indicate dall'articolo 7 o altri indizi di colpevolezza per i reati previsti in questa legge. La sentenza o il decreto è comunicato al procuratore della Repubblica, che ne cura l'esecuzione.</p>	<p>procedura;</p> <p>2) nomina il curatore;</p> <p>3) ordina al fallito il deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché dell'elenco dei creditori, entro tre giorni, se non è stato ancora eseguito a norma dell'articolo 14;</p> <p>4) stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui si procederà all'esame dello stato passivo, entro il termine perentorio di non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza;</p> <p>5) assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di trenta giorni prima dell'adunanza di cui al numero precedente per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione.</p> <p>3. La sentenza produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell'articolo 133, primo comma, del codice di procedura civile. Gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 17, secondo comma.</p>
--	--

In grassetto sono riportate le novità più significative.

LA COMPETENZA DEL TRIBUNALE FALLIMENTARE

(Alberto Garofalo)

Art. 24 – Competenza del tribunale fallimentare 1. Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano qualunque ne sia il valore e anche se relative a rapporti di lavoro, eccettuate le azioni reali immobiliari, per le quali restano ferme le norme ordinarie di competenza.	Art. 24 – Competenza del tribunale fallimentare 1. Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore. 2. Salvo che non sia diversamente previsto, alle controversie di cui al primo comma si applicano le norme previste dagli articoli da 737 a 742 del codice di procedura civile. Non si applica l'articolo 40, terzo comma, del codice di procedura civile.
---	---

Come si evince dalla diversa comparazione del testo di legge previgente con quello riformato le riflessioni che si pongono interessano vari aspetti di immediato impatto pratico. Di seguito si sviluppano alcune riflessioni sui seguenti temi:

- a) novità in tema di competenza;
- b) novità in tema di rito (con particolare riguardo alla compatibilità del rito prescelto dal legislatore con i giudizi da svolgere innanzi il tribunale fallimentare ed il ruolo ex art. 738 c.p.c. del giudice di procedimentalizzazione del giudizio),
- c) situazioni di possibile conflitto tra riti diversi in relazione ai giudizi da tenere innanzi il tribunale fallimentare (avuto riguardo all'inciso "Salvo che non sia diversamente previsto").

* * *

a) Novità in tema di competenza

Ai sensi del novellato art. 24, co. 2°, alle controversie che derivano dal fallimento «*si applicano le norme previste dagli articoli da 737 a 742 del codice di procedura civile*», «*salvo che non sia diversamente previsto*».

Vale la pena rammentare che, sotto il precedente testo dell'art. 24 L.F., erano ritenute azioni derivanti dal fallimento (e quindi di competenza del tribunale fallimentare) le seguenti azioni (l'elenco è solo esemplificativo): a) L'azione revocatoria fallimentare (Cass. civ., sez. Unite, 13-12-2002); b) la richiesta di compensazione volta all'accertamento di un maggior credito nei confronti del fallito da insinuare al passivo, le azioni revocatorie fallimentari ordinarie, le azioni intese a far valere diritti verso il fallito, le azioni di annullamento seguite da domande di restituzione e quelle volte ad accertare la simulazione (Cfr. Cass. 22-05-2002, n. 7510); c) Le azioni di inefficacia o inopponibilità degli atti negoziali di disposizione ed i pagamenti ex artt. 44 e 45 L.F. (Cass. civ., sez. I, 13-07-2004, n. 12972); d) le azioni per l'accertamento e la declaratoria della risoluzione contrattuale che derivi dalla dichiarazione di fallimento con ogni conseguenza (Tribunale Venezia, 21-08-2002, in *Il Fallimento*, 2003, 2, 222); e) l'azione revocatoria ordinaria (art. 66^{COMMAII} L.F.); (oltre ovviamente i giudizi di opposizione allo stato passivo, domanda tardiva, opposizione alla dichiarazione di fallimento, etc.)

Nell'ipotesi in cui l'azione revocatoria fallimentare venga proposta contro un terzo che, nelle more, sia a sua volta stato dichiarato fallito, nel conflitto tra il principio di cui all'art. 24 L.F.

e quello secondo il quale, apertosi il fallimento, ogni diritto sulle cose inventariate deve essere accertato secondo le norme stabilite nel capo V della legge fallimentare (Cfr. art. 52 L.F.), si è ritenuto che: “*il principio interpretativo, secondo cui, se la parte convenuta in revocatoria è un altro fallimento, vige la competenza funzionale del tribunale che ha dichiarato l'apertura della procedura attrice, mentre i conseguenti effetti patrimoniali della revoca debbono essere fatti valere mediante insinuazione di credito nel fallimento convenuto, trova applicazione non soltanto per le pronunce costitutive alle quali appartiene la revoca di cui all'art. 67 legge fallimentare, ma anche per quelle meramente dichiarative di inefficacia ex lege, tra le quali rientra l'ipotesi sancita dall'art. 65 legge fallimentare*” (cfr. Trib. Torino, 19 marzo 1992; cfr. altresì Trib. Milano, 4 luglio 1985).

La competenza per territorio del tribunale fallimentare è sempre stata ritenuta inderogabile ed assoluta (Cfr. Cass. civ., sez. Unite, 10-12-2004, n. 23077, intervenuta a dirimere il dissidio in giurisprudenza in caso di cd. *simultaneus processum*, e cioè del caso del giudizio promosso dal curatore per il recupero di un credito contrattuale del fallito in cui il convenuto proponga domanda riconvenzionale diretta all'accertamento di un proprio credito nei confronti del fallimento, Cfr. altresì Cass. civ., sez. Unite, 12-11-2004, n. 21499).

Inoltre, è opinione costante che, rientrando nella competenza del tribunale che ha dichiarato il fallimento, a norma dell'art. 24 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, oltre alle questioni che traggono origine dal dissesto e a quelle che comunque investono, o restano influenzate, dal fallimento, che debbono trovare il loro svolgimento nella procedura fallimentare per assicurare l'unità della esecuzione concorsuale, anche le domande di accertamento, quando siano dirette a porre in essere il presupposto di una successiva sentenza di condanna: Cass. 28 dicembre 1994, n. 11235, in Dir. fall. 1995, II, 222, con nota di Ragusa Maggiore, Fallimento 1995, 749, Giur. it. 1995, I, 1, 1867. In quest'ultimo caso, oltre che di competenza, la questione è di rito (Cfr. Cass. SS.UU. N. 21499/04).

Viceversa, sono ritenute escluse dalla sfera di competenza del tribunale fallimentare - in relazione al disposto dell'art. 24 del r.d. n. 267 del 1942 (cosiddetta legge fallimentare) - le azioni che già esistevano nel patrimonio del fallito e che con il fallimento si trovano in una situazione di mera occasionalità e tanto a prescindere da ogni considerazione in ordine al fatto che il recupero di eventuali somme possa poi concorrere a formare l'attivo del fallimento. (ad esempio, la S.C. – Cfr. Cass. 09-11-2005, n. 21708. ha escluso la sussistenza della competenza del tribunale fallimentare in relazione alla cognizione di un'azione di recupero somme esperita dal curatore di un fallimento derivante dalla sproporzione esistente fra le opere eseguite da una società e i pagamenti effettuati dalla società dichiarata fallita in base a contratto di appalto intercorso fra le parti, che avrebbe potuto essere proposta anche dalla società, poi fallita, quando era ancora "in bonis", e ciò sul presupposto che la dichiarazione di fallimento si era posta, rispetto all'azione introdotta dalla curatela fallimentare, come un accadimento meramente occasionale, rilevante unicamente a determinare il mutamento del soggetto legittimato attivamente ad agire in giudizio ma non idoneo ad esplicitare alcuna "vis attractiva" incidente sulla competenza).

Deve osservarsi che il nuovo art. 24 L.F. non soffre più il limite rappresentato dalle azioni reali immobiliari che subiscono anch'esse la *vis attractiva* del fallimento.

Pertanto, anche le azioni reali che in precedenza erano considerate non comprese nella cd. *vis attractiva* (quali ad esempio la rivendica di immobili – Cfr. Trib. Milano 11/10/1990), dovranno essere decise dal tribunale fallimentare.

Viceversa anche prima erano comunque ritenute di competenza del tribunale fallimentare quelle azioni che, pur avendo ad oggetto un immobile, avevano carattere obbligatorio e non

reale. Tale distinzione, ovviamente, a seguito dell'abrogazione dell'inciso "eccettuate le azioni reali immobiliari" non avrà più senso.

La novità più importante, tuttavia, il nuovo art. 24 L.F. la ha introdotta in tema di rito.

Infatti, la determinazione della competenza in tema di fallimento influenza anche il rito.

In effetti già prima della riforma, dalla determinazione della competenza derivavano conseguenze anche in rito, ma queste erano previste solamente per quelle domande da far valere secondo le modalità di cui al capo V° della Legge Fallimentare.

Ovviamente ciò non riguardava le azioni recuperatorie, intendendosi con ciò quelle azioni promosse dal curatore che intendono recuperare alla *par condicio* i soggetti o gli elementi patrimoniali che erano stati sottratti, erano esperite secondo il rito ordinario del giudizio civile di cognizione.

Viceversa, le questioni concernenti l'autorità giudiziaria dinanzi alla quale va introdotta una pretesa creditoria nei confronti di un debitore dichiarato fallito costituivano questioni attinenti al rito, che non implicavano questioni di competenza, quando il tribunale fallimentare coincideva con il tribunale ordinario (Cfr. Cass. 18/5/2005, n. 10414)

Con la riforma, invece, la determinazione sull'applicabilità o meno dell'art. 24 L.F. per la determinazione della competenza implica, sempre ed in ogni caso, anche una questione attinente al rito (anche, quindi, in relazione alle azioni cd. recuperatorie).

b) Novità in tema di rito (con particolare riguardo alla compatibilità del rito prescelto dal legislatore con i giudizi da svolgere innanzi il tribunale fallimentare ed il ruolo ex art. 738 c.p.c. del giudice di procedimentalizzazione del giudizio)

Come si è visto supra, tra le azioni per le quali è prevista la competenza inderogabile del tribunale fallimentare ve ne sono alcune la cui natura contenziosa è indubbia (revocatorie, dichiarazioni di inefficacia).

La scelta operata dal legislatore lascia quanto meno perplessi. Può essere utile osservare che, in una fattispecie analoga, era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale.

La Corte di Appello di Genova, con ordinanza del 4/1/2001 (pubblicata con nota di note di Piccaluga *L'inadeguatezza del modello camerale alla luce del novellato art. 111 cost. e Belfiore Procedimento camerale e giusto processo*, su *Giustizia civile*, 2002, 5, 1379), dichiarò la non manifesta infondatezza della Q.L.C. in merito al rito che il legislatore aveva previsto nell'art. 336 c.c. in materia di potestà dei genitori ed amministrazione dei beni del minore: "Non è manifestamente infondata - in riferimento all'art. 111 cost. - la questione di legittimità costituzionale degli art. 737, 378, 739 c.p.c. e 336 c.c. nella parte in cui prevedono l'applicabilità del rito camerale, che non garantisce alle parti il giusto processo, regolato dalla legge".

L'ordinanza, che è stata forse troppo sbrigativamente dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale perché non motivata adeguatamente con ordinanza n. 1/02 (pubblicata su *Foro it.* 2003, I, 423; *Giur. cost.* 2002, 1; *Giust. civ.* 2002, I, 551,1467 con nota di CIANCI e TOTA; *Foro it.* 2002, I,3302 con nota di PROTO PISANI; *Giur. it.* 2002, 1812; *Dir. & Formazione* 2002, 344) prendeva spunto da due argomenti.

Il primo (attinente anche alla materia oggi oggetto del nostro studio) atteneva all'incompatibilità del rito camerale con la previsione del novellato art. 111 cost., in quanto, se ai sensi di tale norma "le parti dovrebbero essere titolari di precise facoltà e poteri processuali e lo svolgimento del processo medesimo dovrebbe essere sempre controllabile sulla base di precise indicazioni normative e non rimesso alla discrezionalità del giudice, cui le parti non debbono soggiacere", è evidente come, invece, la procedura camerale (visti gli artt. 737 ss. c.p.c. e quindi anche l'art. 336 c.c.) sia sommaria e semplificata "non regolata dalla legge nelle forme, nei tempi così come nelle modalità di svolgimento, ma al contrario dalla pura discrezionalità del giudice"

Il secondo riguardava l'ambito di applicazione in materia civile dell'art. 111 Cost., che evidentemente per la Corte d'Appello di Genova va oltre l'area della giurisdizione c.d. contenziosa per comprendere anche aree in cui il giudice civile, pur essendo innanzitutto chiamato a curare interessi, finisce tuttavia anche per incidere su diritti (come nel caso di cui all'art. 336 c.c., e come, del resto, anche nel caso di cui alle cause innanzi al tribunale fallimentare). Tale opinione, peraltro, è fatta propria dalla dottrina pressoché maggioritaria ed è stata fatta propria anche dal C.S.M. nel parere sul processo societario a proposito della parte relativa al processo societario camerale.

Invero, già prima della riforma costituzionale, avevano sostenuto l'inadeguatezza del rito camerale ad essere utilizzato nell'ambito della giurisdizione in senso classico o sostanziale alla luce dei principi costituzionali, molti autori: CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Civ.* 1987, I, 431 ss., in partic. 470 ss., 478, 479; MONTELEONE, *Camera di consiglio (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It., Appendice*, I, Torino 1980, 986-987; LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino 1999, 13, 57 ss., 85, 136 (il quale, però, negava che nell'ordinamento vi siano realmente ipotesi in cui il rito camerale è utilizzato in funzione di tutela dichiarativa); CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994, 174 ss.

In tempi recenti si sono avuti molti interventi del legislatore che ha introdotto il rito camerale in molti tipi di cause perché rapido e non strutturato. Troppo spesso, però la rapidità, ancorché oggi sia esplicitamente costituzionalizzata dallo stesso art. 111 cost. nel prevedere che la legge assicura la ragionevole durata del processo, è stato l'unico valore tenuto presente. Invero, se la ragionevole durata è un elemento costitutivo del concetto di 'giusto processo', essa non può rappresentare l'altare su cui sacrificare ogni altro principio che pur è essenziale a quel concetto. Neanche in un momento di grave crisi della giustizia civile, come quello presente. Ed allora è di tutta evidenza come il rito camerale non sia conforme al dettato costituzionale proprio perché, come aveva rilevato il giudice genovese, gli manca quella necessaria strutturazione normativa che, a ben vedere, è il primo valore espresso dall'art. 111 cost., quando in esso, al primo comma, si utilizza la parola 'processo' a cui si aggiunge l'espressione 'regolato dalla legge' (Cfr. Bove *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479 ss., in partic. 490 ss., 495 ss). Ciò potrebbe significare che, anche nell'attuale multiforme diversificazione dei riti, la prima ed imprescindibile garanzia costituzionale del 'giusto processo', a prescindere da ogni altro valore da concretizzare nel modo di operare dei giudici, sta nella disciplina in sé dell'agire del giudice, ovvero nella procedimentalizzazione dell'esercizio del potere giurisdizionale.

Ad avviso di PROTO PISANI (Cfr. *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice*, in *Riv. Dir. Civ.* 1990, I, 393 ss., in partic. 437-438), il rito camerale dovrebbe essere relegato in funzione di tutela dei diritti sarebbe soltanto quale mezzo per giungere a

provvedimenti aventi unicamente un'efficacia precaria, sommaria-esecutiva, non impediente un successivo (eventuale) processo a cognizione piena.

Ma non sembra che sia questa l'idea del legislatore quando sceglie di utilizzare il rito camerale nell'ambito della giurisdizione contenziosa.

È interessante rilevare che nel progetto di riforma del processo civile commerciale elaborato dalla commissione presieduta da Enrico Tullio Liebman (Cfr. d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri 8/5/1981 in Giust. Civ. 1981, II, 341 e s.) era stato previsto che *“ove nel corso del processo insorga la necessità di conoscere e pronunciare su diritti soggettivi (con sentenza di accertamento o di condanna) a ciò provvede, nelle forme del processo giurisdizionale di cognizione, il giudice investito della funzione volontaria in quanto competente”* (Cfr. cit.- pag. 342).

Ulteriore motivo di perplessità è il rapporto che questa riforma ha con la riforma del processo societario cd. camerale.

Infatti, il testo pubblicato ha ommesso ogni riferimento al procedimento camerale societario introdotto dagli artt. 25 e ss. del D.Lgs. 2003, n. 5, nonostante nella relazione illustrativa si dicesse: *“In armonia con le altre materie che attengono alla impresa, nelle controversie di cui all'art. 24, per le quali non è previsto un diverso rito speciale, si applica il procedimento di cui al decreto legislativo n.5/2003. Espressamente nei casi di connessione viene esclusa l'applicabilità dell'articolo 40 del codice di rito.”*

Inoltre non va dimenticato che mentre per rito societario si è inteso delimitare il ricorso al rito camerale ad un preciso ambito (*“al fine di evitare incertezze applicative, ciascuno dei due procedimenti (camerali) viene seguito da una norma che indica le fattispecie del codice civile alle quali si applica, ferma la vis espansiva del modello verso fattispecie analoghe”*, così recitava la relazione governativa), nella riforma del diritto fallimentare ciò non è avvenuto, con conseguenti notevoli problemi sistematici anche perché le azioni recuperatorie hanno un contenuto contenzioso indubbio.

Anche su ciò, è opportuno il richiamo al parere del C.S.M. sul processo societario: *<<Certamente il tema dei limiti di “utilizzabilità” del rito camerale è assai dibattuto, ma soprattutto con riferimento alla questione se sia ammissibile attuare nelle forme camerali la tutela giurisdizionale dei diritti e degli status (questione che involge vari delicati problemi, quali: la possibilità - alla luce delle norme costituzionali sul dovuto processo legale - che la tutela giurisdizionale dei diritti si attui nelle forme del rito camerale; la sussistenza di una correlazione necessaria tra processo su diritti e garanzia del giudicato; la possibilità che passando per forme diverse da quelle del processo ordinario di cognizione, ed in particolare sommarie, si pervenga alla formazione di una decisione che abbia l'efficacia propria del giudicato; la sussistenza di un nesso inscindibile tra giudicato formale e giudicato sostanziale) [...] Può dirsi, dunque, che le ipotesi di tutela camerale nelle materie di cui allo schema di decreto legislativo si inseriscono perfettamente nel vasto settore dei procedimenti camerali aventi ad oggetto la mera gestione e tutela di interessi, rispetto ai quali non si pongono neppure astrattamente problemi di compatibilità costituzionale (il che avverrebbe invece qualora oggetto della tutela fossero diritti soggettivi o status)>>*. Il che, ovviamente lascia intendere che allorquando il rito camerale è stato scelto dal legislatore per giudizi a contenuto evidentemente contenzioso (come nel caso ad esempio delle revocatorie e delle declaratorie di inefficacia di contratti) .

Ed ancora. Il processo cd. societario prevede (Cfr. art. 32 I° e II° comma), sia pure con non poche difficoltà interpretative, la possibilità che il giudizio prosegua nelle forme del processo a cognizione piena (il che nel caso del processo fallimentare non pare sia stato previsto).

Concludendo sul punto, ed introducendo la seconda parte di questo paragrafo in cui parlerò della cd. procedimentalizzazione del giudizio da parte del giudice ex art. 738 c.p.c., devo segnalare l'evoluzione avutasi in giurisprudenza, sulla compatibilità del rito camerale con i procedimenti aventi ad oggetto status o diritti.

I due argomenti (quello della compatibilità e quello della procedimentalizzazione) si combinano.

La Corte Costituzionale, infatti, ha espresso (invero prima dell'introduzione del nuovo testo dell'art. 111 Cost.) l'idea di una giurisdizione camerale che poteva, in tesi, ricomprendere al suo interno anche la tutela contenziosa su diritti o status, ma a condizione che si evitassero irrazionali limitazioni del diritto d'azione e di difesa e purché la disciplina camerale fosse integrata, si da permettere che il procedimento camerale si svolgesse in armonia con gli stili della cognizione piena ed esauriente (Cfr. C. Cost. 1/3/1973, n. 22, in Foro It. 1973, I, 1344; C. Cost. 6/12/1976, n. 238, in Foro It. 1976, I, 280; C. Cost. 16/4/1985, n. 103).

Il Giudice delle Leggi non ha mai dichiarato l'incostituzionalità dinanzi al fenomeno della cd. cameralizzazione del giudizio civile, ma ha sempre fatto ricorso a sentenze interpretative di rigetto che, di volta in volta, hanno espresso la necessità di garantire il diritto di difesa, la garanzia della motivazione (sia pure succinta), il diritto al contraddittorio, il diritto alla prova.

In quest'ottica, un passo importante è rappresentato senza dubbio dalla l. 24 marzo 2001, n. 89, sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo, nella quale troviamo per la prima volta l'enunciazione espressa che il rito camerale di cui agli artt. 737 ss. (attraverso cui si svolge la procedura in questione) debba rispettare il contraddittorio fra le parti, prevedendosi il loro diritto di essere sentite e di presentare memorie e documenti fino a 5 gg. prima della camera di consiglio (art. 3, comma 5o). È indubbiamente un segnale significativo che attesta come il problema delle garanzie difensive nel rito camerale, si sia finalmente imposto anche a livello legislativo

Anche la Cassazione (in particolare Cfr. Cass. SS.UU. 5629/1996, in Arch. civ. 1996, pag. 1375; Dir. fam. 1997, I, pag. 529 con nota di AMBROSINI Maria Teresa; Foro it. 1996, I, pag. 3070 con nota di CIVININI Maria Giuliana; Giur. it. 1996, I, 1, pag. 1300 con nota di CARRATTA Antonio; Giust. civ. 1996, I, pag. 2203 con nota di GIACALONE Giovanni; Famiglia e diritto 1996, 4, pag. 305 con nota di TOMMASEO che offre anche una storia del fenomeno della cameralizzazione: *“la giurisdizione camerale, sorta come un'attività di amministrazione del diritto affidata ad organi giurisdizionali, caratterizzata, sotto il profilo strutturale, dalla revocabilità e dalla modificabilità e, sotto quello funzionale, dal non incidere su diritti, è finita col divenire, specie in questi ultimi tempi, per le scelte compiute dal legislatore, come un contenitore neutro - così com'è già avvenuto per le società che possono non perseguire scopo di lucro, ex art. 2615-ter c.c. (Cass. 4 novembre 1982 n. 5787) - che può assicurare, da un lato, la speditezza e la concentrazione del procedimento ed essere, dall'altro, rispettosa dei limiti imposti all'incidenza della forma procedimentale dalla natura della controversia che in quanto relativa a diritti o status gode di apposite garanzie costituzionali.”*), ha confermato la necessità che il procedimento camerale, in cui siano incisi diritti o status, venga sottoposto a necessarie integrazioni.

Dunque, in presenza delle concorrenti condizioni che si tratti di cause che derivano dal fallimento e che non sia previsto alcuno specifico procedimento per la loro trattazione, le controversie *de quibus* saranno introdotte con ricorso, a seguito del quale il tribunale dovrà convocare le parti, potrà assumere informazioni e concluderà il procedimento con decreto reclamabile alla corte di appello nel termine di dieci giorni dalla notificazione. In considerazione dell'oggetto, il decreto della corte sarà, quindi, ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7° (già 2°) Cost.

Un'osservazione problematica deriva dalla constatazione che il nuovo art. 24 L.F. disciplina non solo la competenza del tribunale fallimentare, ma anche il rito delle liti che si svolgono nell'ambito della sua competenza.

I compiti assegnati dalla delega al legislatore delegato riguardano, in primo luogo e in generale, «l'accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia»>>

“Senonche', in generale, la «cameralizzazione», anche prescindendo da ogni doveroso rilievo sulla compatibilità costituzionale di una tale scelta, non si manifesta, sul piano pratico ed applicativo, una risposta congrua all'obiettivo indicato, perché il problema della efficienza della giustizia si pone, più che in riferimento alla disciplina, alla concreta prassi applicativa della stessa, e, quindi, appare, ragionevole dubitare che la soluzione consista nell'affidarsi totalmente ai poteri discrezionali del giudice. E' comprensibile che il legislatore delegato, di fronte alla metastasi dei riti che affligge l'attuale sistema processuale, rinunci a dettare una disciplina specifica, che si aggiungerebbe alle numerose già esistenti, rinunci altresì ad avventurarsi in complesse operazioni di coordinamento con una normativa generale, allo stato ancora fluida, e si affidi all'estro ed alla fantasia dell'interprete e del singolo giudice” (Cfr. Costantino in *Il Fallimento* 9/2005 pag. 996)

Al riguardo, la commissione giustizia nella sua Proposta parere (al punto e), si è così espressa: *“all'articolo 24 si introducono, rinunciando ad un modello più chiaro ed unitario, norme organizzative del contenzioso interno e con contraddittori riferimenti al rito societario ma nell'ambito di una rimodulazione del processo endoconcorsuale camerale e, in particolare, con riguardo a tutte le controversie derivanti dal fallimento dovrebbero applicarsi, secondo l'articolo 24 dello schema in esame, salvo che ciò non sia diversamente disposto, le norme sul procedimento camerale previste dagli articoli 737-742 del codice di procedura civile producendosi dubbi in relazione al regime di revocabilità e modificabilità dei provvedimenti di cui all'articolo 742 del codice di procedura civile, per cui appare opportuno che il governo valuti l'opportunità di prevedere l'applicazione di un rito organico come quello societario o comunque di attribuire valore endoprocessuale ai provvedimenti di cui all'articolo 742 al fine di far venir meno la loro revocabilità”*; e poi ancora: *“il governo valuti l'opportunità di prevedere l'applicazione di un rito organico come quello societario o comunque di attribuire valore endoprocessuale ai provvedimenti di cui all'articolo 742 al fine di far venir meno la loro revocabilità”*;

Sul tema è intervenuto anche PANZANI, il quale si è così espresso: *“Si possono però sottolineare alcuni elementi di fondo. In primo luogo la riforma ha ritenuto di abbandonare il ricorso al giudizio contenzioso ordinario, prevedendo che i procedimenti che derivano dal fallimento si svolgano nelle forme del rito sommario camerale. In questo senso è emblematico l'art. 24 che, dopo aver affermato il principio per cui il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore – già s'è detto che questo principio non soffre più il limite rappresentato dalle azioni reali immobiliari che subiscono anch'esse la vis attractiva del fallimento, stabilisce che per tutte tali controversie si applicano le norme previste dagli artt. da 732 a 742 c.p.c., esclusa anche l'applicazione del rito ordinario o del rito del lavoro ai sensi dell'art. 40, terzo comma c.p.c., nel caso di connessione con cause che debbano essere trattate con tali riti. In presenza, pertanto, delle concorrenti condizioni che si tratti di cause che derivano dal fallimento e che non sia previsto alcuno specifico procedimento per la loro trattazione, le controversie de quibus saranno introdotte con ricorso, a seguito del quale il tribunale dovrà convocare le parti, potrà assumere informazioni e concluderà il procedimento con decreto reclamabile alla corte di appello nel termine di dieci giorni dalla notificazione. In considerazione dell'oggetto, il decreto della corte sarà, quindi, ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7° (già*

2°) *Cost.*”. Sulla questione sollevata dalla commissione giustizia ha così affermato: “*Nei primi commenti è stato manifestato il dubbio che nei giudizi così regolati possa trovare applicazione l’art. 742 sulla revocabilità in ogni tempo dei provvedimenti emanati, preoccupazione infondata ove si consideri che è generalmente questione di diritti soggettivi per i quali si esclude ordinariamente l’applicabilità della norma. Certamente si porrà il problema di individuare i casi in cui non sia prevista una specifica disciplina del procedimento, perché in tal caso l’inciso “salvo che non sia diversamente previsto” con cui si apre il secondo comma dell’art. 24, giustifica il ricorso al rito altrimenti stabilito dal legislatore in luogo di quello camerale. L’insipienza del legislatore sta nell’aver fatto rinvio ad un procedimento il cui contenuto non è regolato e nel quale il rispetto di principi generali quali il contraddittorio ed il diritto alla prova sono rimessi alle concrete scelte del giudice in ordine alle modalità di svolgimento del giudizio. Ciò pur in presenza di controversie di contenuto assai delicato e che presentano indubbie difficoltà istruttorie, quali possono essere le già ricordate azioni reali immobiliari e le azioni revocatorie”*”

Con riguardo alla riduzione dei tempi, come evidenziato da Panzani, in alcuni casi (Cfr. ad esempio revocatorie), il giudizio che segue alla dichiarazione di fallimento richiede una complessa attività istruttoria.

Al riguardo giova il richiamo a Cass. civ., sez. I, 28-07-2004, n. 14200, che, in un giudizio per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità ed alla connessa necessaria attività istruttoria ha così statuito: “*Il giudizio per la dichiarazione di paternità (e di maternità) naturale di minori davanti al tribunale per i minorenni è soggetto, a norma dell’art. 38 disp. att. cod. civ., al rito camerale (e non al rito contenzioso ordinario), nel rispetto tuttavia del principio del contraddittorio, stante la natura contenziosa del procedimento, e nella sostanziale equiparazione dell’attività istruttoria a quella propria dell’ordinario giudizio di cognizione, restando fermo, anche in tale ambito, il normale esercizio della facoltà di prova e l’onere di allegazioni e deduzioni, secondo il principio dispositivo. E sebbene l’art. 738, ultimo comma, cod. proc. civ. consenta di assumere informazioni d’ufficio e, quindi, di decidere senza necessità di ricorrere ad altre fonti di prova, ove il giudice ritenga, nel suo prudente apprezzamento, insufficienti, ai fini probatori, le informazioni assunte, e necessario ricorrere alle fonti di prova disciplinate dal codice di rito, egli non può sostituirsi alla parte nell’esercizio dei poteri di allegazione, di deduzione ed eccezione ad essa spettanti”*”.

Rispetto al problema della delegabilità o meno della raccolta di mezzi istruttori ad un componente del collegio anche nel rito camerale le Sezioni unite, più che a risolvere un vero e proprio contrasto di giurisprudenza, sono state chiamate a porre a raffronto la giurisprudenza formatasi in tema di procedimenti che si svolgono con il rito del lavoro — secondo cui gli atti istruttori compiuti, in appello, da un membro del Tribunale sono affetti da nullità assoluta ed insanabile — e quella della prima Sezione civile della Suprema Corte che, in relazione ai procedimenti in materia familiare, che si svolgono davanti al Tribunale per i minorenni, con l’osservanza delle regole dell’ordinario procedimento di cognizione e non pienamente con il rito camerale, ritiene che non sia possibile dichiarare la nullità delle prove raccolte dall’istruttore, qualora la procedura.

La giurisprudenza di legittimità, in applicazione del principio della conversione degli atti nulli di cui all’art. 156 c.p.c., è solita affermare, in relazione a procedimenti espressamente assoggettati dalla legge al rito camerale, che l’adozione del rito ordinario non comporta l’invalidità del giudizio, una volta che risulti accertato che detto giudizio abbia raggiunto lo stesso scopo al quale sarebbe pervenuto ove si fosse seguito il rito camerale (Cass. 11 settembre 1993 n. 9477, in questa *Rivista* 1994, I, 90, nonché in *Nuova giur. civ. comm.* 1994, I, 780, con nota di DI NARDO; Cass. 25 febbraio 1993 n. 2326, *Giur. it.* 1993, I, 1,

2275; Cass. 19 marzo 1992 n. 3416, *Dir. famiglia* 1992, I, 619; Cass. 27 gennaio 1992 n. 864). Secondo tale impostazione, infatti: a) nessuna norma sancisce espressamente la nullità del giudizio erroneamente condotto secondo il rito ordinario; b) non si può riscontrare alcuna lesione del principio del contraddittorio, né del diritto di difesa delle parti, in quanto le regole dell'ordinario giudizio di cognizione sono normalmente più garantiste di quelle regolanti i procedimenti camerali; c) compete, comunque, alle parti dedurre e dimostrare di aver subito un pregiudizio dall'impiego del rito ordinario in luogo di quello camerale.

Ulteriore motivo di perplessità, derivante dal mancato collegamento con il processo societario, è dato dalla mancanza di una distinzione sistematica tra processi camerali "unilaterali" o "plurilaterali" che la riforma del processo societario ha, per parte sua, viceversa, chiarito.

In particolare, non essendovi un richiamo esplicito all'art. 25, ult. Co. del D.Lgs. 2003, n. 5, non è stato chiarito anche con riguardo ai giudizi innanzi al Tribunale Fallimentare se la cd. difesa tecnica è necessaria solamente in caso di giudizi bi o plurilaterali (invero è comunque previsto nel nuovo testo della Legge Fallimentare il divieto per il curatore di costituirsi quale difensore del fallimento, il che rende meno gravosa l'interpretazione).

Con riguardo all'attività istruttoria è opportuno un richiamo all'articolo di Ricci, "atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale" in Riv. Trim. dir. E proc. Civ., 2002, 409, in particolare pag. 445, dove afferma: "Com'è noto, uno degli interrogativi che più di frequente si pongono allorché si affronta il problema dell'istruttoria camerale, è quello di vedere se tale tipo di istruttoria si presti ad essere utilizzata anche nei casi in cui il rito camerale è impiegato per dirimere controversie in materia di diritti soggettivi. In proposito si sa bene che buona parte della dottrina ritiene che in tale ipotesi, l'istruttoria camerale atipica debba lasciare il passo all'istruttoria ordinaria di cui all'art. 202 ss. c.p.c., sul presupposto che solo quest'ultima potrebbe offrire garanzie adeguate, quali occorrono in situazioni che coinvolgono diritti soggettivi. La giustificazione è di tutta evidenza. Se per la tutela dei diritti soggettivi il legislatore ha previsto il complesso meccanismo dell'istruttoria di cui agli artt. 202 ss. c.p.c., dotando tale meccanismo di specifiche garanzie quanto all'ammissibilità ed all'espletamento dei mezzi di prova, parrebbe logico concludere che tale tutela non possa ottenere adeguata garanzia con l'informale e atipico metodo di accertamento dei fatti previsto dall'art. 738, comma 3o, c.p.c. Tuttavia in proposito si impongono alcuni rilievi, dei quali quanto detto fino a questo momento costituisce la necessaria premessa. Va preliminarmente osservato che non è detto che l'istruttoria per informazioni di cui al citato comma 3o dell'art. 738 c.p.c., debba per forza consentire solo un accertamento imperfetto dei fatti, o comunque un accertamento che non possa aspirare alla pienezza di quello che si realizza con l'istruttoria ordinaria. Com'è stato infatti osservato, va sfatata l'idea che i mezzi istruttori atipici siano sempre dotati di un'efficacia minore di quelli tipici, sembrando interpretazione più corretta quella che assegna a ciascun mezzo di prova (tipico o atipico che sia), non un'efficacia precostituita (maggiore per le prove tipiche ed inferiore per quelle atipiche), ma quell'efficacia che è connessa caso per caso a quel singolo mezzo probatorio. Così, come possono esservi delle prove atipiche con un livello di efficacia piuttosto basso (si pensi ad es. alla testimonianza stragiudiziale, ove la mancanza del giudice all'atto della formazione della prova, non garantisce appieno la sicurezza dell'informazione), così ve ne possono essere altre atte a garantire accertamenti completi ed esaustivi dei fatti. Fra queste non sarebbe sbagliato inserire le informazioni camerali, ove il potere officioso del giudice e la mancanza di limiti precostituiti all'acquisizione della prova, possono permettere un accertamento esauriente dei fatti e forse, per paradosso, anche più esauriente di quello che si ha nel processo ordinario, nel quale la presenza dei vari limiti di ammissibilità, può costituire certe volte un ostacolo ad un accertamento pieno."

Ed ancora: *“In quest'ottica, il rito camerale non vede sminuire la propria efficienza di tutela rispetto al rito ordinario. L'acquisizione probatoria può cioè restare atipica ed informale, senza che ciò possa rappresentare un pericolo per la correttezza dell'accertamento, posto però che tutto lo svolgimento del rito sia messo al passo con il rispetto del contraddittorio. E ciò non solo consentendo alle parti e ai difensori di interloquire a posteriori sul risultato dei vari atti istruttori, ma garantendo a monte anche la necessaria partecipazione del difensore ad ognuno di essi, senza esclusione alcuna”*.

Si torna, quindi, con riguardo alla fase istruttoria, alla opportunità della scelta del legislatore.

Vorrei concludere qui questo paragrafo (che mi sembra già troppo ampio), non senza però lasciare alcuni temi aperti per la discussione di martedì e cioè: sulla forma ed efficacia esecutiva del provvedimento finale, sulla stabilità del provvedimento finale, riproponibilità della domanda respinta e giudicato secundum eventum litis; più in generale deve tenersi conto dell'anomalia dell'introduzione di tale rito per domande a contenuto sicuramente contenzioso con provvedimento incidenti su diritti soggettivi; ne deriva che anche tanti commenti i tema di volontaria giurisdizione e giurisprudenza al riguardo – ad esempio sulla riproponibilità v. Cass. civ., sez. I, 09-12-1985, n. 6223 – vengono meno).

c) Sul possibile conflitto tra riti

Come già detto il nuoto testo dell'art. 24 L.F. contiene l'inciso “Salvo che non sia diversamente previsto”.

E' possibile ipotizzare alcune circostanze che possono produrre conflitto tra riti:

- 1) revocatoria (fallimentare, ordinaria, o la declaratoria di inefficacia) di cessione di azioni: a mio avviso si applica il rito societario;
- 2) transazione tra la società e l'amministratore con delibera assembleare: a mio avviso si applica il rito societario (ma non l'art. 2378 c.c. e, secondo me, in questo caso non credo che il limite di tre anni di cui all'art. 2379 c.c.);
- 3) Azione per la declaratoria di inopponibilità di trasferimento di quote in s.r.l. quando il fallito sia stato titolare di un diritto di opzione liquidabile in sede fallimentare
- 4) opposizione a decreto ingiuntivo emesso ex art. 150 L.F. dal G.D. per i versamenti ancora dovuti dai soci di S.r.l. Il nuovo testo dell'art. 150 L.F. prevede, al secondo comma, che contro il decreto emesso a norma del primo comma può essere proposta opposizione ai sensi dell'articolo 645 del codice di procedura civile. Ciò, però non sembra totalmente esaustivo. Infatti si è già formata giurisprudenza che ha affermato che il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo relativo ad un rapporto societario, può provvedere sulla esecuzione provvisoria del decreto, ma deve altresì disporre il mutamento di rito e la cancellazione della causa dal ruolo, se il giudizio è stato introdotto nelle forme ordinarie con atto di citazione notificato dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/2003. (Cfr. Tr. Di L'Aquila 16/4/2004). Cfr. inoltre Elisa Picaroni, *Il rito societario: prevalenza sul rito ordinario, opposizione a decreto ingiuntivo e questioni connesse*, in *Le Società*, 2005, 2, 233, in Nota a Trib. Vicenza 2 agosto 2004.

Al riguardo, infatti, è appena il caso di rammentare che l'art. 1 D.Lgs. n. 5/2003 estende l'applicazione del rito ivi previsto a tutti i casi di connessione, ivi compresi quelli di connessione c.d. debole previsti dall'art. 33 c.p.c. (introducendo una deroga al sistema delineato dall'art. 40 c.p.c.), ed il nuovo testo dell'art. 24 L.F. prevede solo che non si applica l'articolo 40, terzo comma, del codice di procedura civile.

Dunque in caso di connessione tra i due riti come ci si deve comportare?

In mancanza di chiare indicazioni normative al riguardo dovrà certamente essere di difficile opera dell'interprete ricercare le soluzioni per la risoluzione di questioni che non si presentano affatto semplici e che, verosimilmente, alimenteranno ancora una volta quelle contrapposte tesi che, seppur affascinano il giurista puro, in quanto rivolte precipuamente alla risoluzione di problemi d'ordine processuale hanno il pernicioso effetto di allontanare sempre più il cittadino comune dalla fiducia verso la giustizia giacché vede gli operatori del diritto arrovellarsi per la risoluzione di questioni di procedura anziché risolvere il problema sostanziale pratico sottostante.

LA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE E REGIME DELLE COMUNICAZIONI (Giuseppe Sparano)

1. Introduzione

L'intervento legislativo di riforma delle procedure concorsuali⁸ ha riguardato anche le modalità di partecipazione delle notizie relative ai fatti inerenti alle procedure stesse (ed in particolare ai diversi e peculiari subprocedimenti) con una acuita attenzione ai moderni mezzi di comunicazione. La riconosciuta tendenza alla degiurisdizionalizzazione ha comportato un alleggerimento delle forme senza, però diminuire le innumerevoli interrelazioni tra i diversi soggetti interessati che, invece, probabilmente sono aumentate e ciò soprattutto per il rinnovato ruolo del curatore e del comitato dei creditori⁹.

I principi tradizionali di certezza, riferiti all'effettiva conoscenza della ricezione delle notizie, nella riforma risultano più attenuati in considerazione delle nuove prescrizioni previste in alcune norme ed anche per la loro stessa collocazione nelle diverse fasi della procedura con i rispettivi subprocedimenti. La citata regola, valida in genere in ogni rito, ha delle eccezioni che si evidenziano maggiormente nelle procedure concorsuali in quanto nella specificità delle relazioni non sempre ricorre l'esigenza del contraddittorio, anzi risultano prevalenti le ipotesi di segno opposto nelle quali per il funzionamento del procedimento si ritiene sufficiente la semplice trasmissione della notizia.

Un altro aspetto rilevante consiste nel valutare se effettivamente si possa avere come indirizzo generale, anche nella riforma, l'implicito adeguamento alle regole del processo civile inteso come parametro e ciò in particolare al tema in argomento delle *comunicazioni* e *notificazioni* quali mezzi di trasmissioni di atti e provvedimenti oppure si debba considerare che tale riferimento sussista solo ed esclusivamente quando ne è espressamente indicato il rinvio alla relativa norma del codice di procedura civile.

A dare concretezza a tale premessa occorre aver presente:

- a) l'introduzione sistematica dell'utilizzabilità dei moderni mezzi tecnici: il fax, l'e-mail e le comunicazioni telematiche, anche se non in modo univoco stante notevoli distinzioni;
- b) all'inverso l'esclusione di più specifiche modalità di invio postale (come nella esclusione delle "raccomandate previste dal rinnovato articolo 92 l.f.).

Per la presente indagine interessano prevalentemente gli aspetti di interrelazione sia di carattere più prettamente giurisdizionale e sia specifici endofallimentari.

Ogni qual volta occorre la trasmissione, tanto di atti giudiziari quanto di meri atti interni della procedura, il riferimento letterale prevalente è alle "comunicazioni" e alle "notificazioni" per poi a volte rinvenire anche dopo la riforma il termine "avviso" nelle ipotesi residuali.

8 Decreto legislativo 9 gennaio 2006, n.5 - G.U. 16 gennaio 2006, n.12 e D.L. 14 marzo 2005, n.35, convertito dalla Legge del 14 maggio 2005, n.80.

9 Nella Relazione al Dlgs. 5/2006 sono riportate le considerazioni a chiarimento delle finalità cui si ispirano i criteri e i principi direttivi della delega ed in particolare alcuni essenziali profili: il rinnovo della figura del curatore e dell'esercizio delle sue attribuzioni; l'ampliamento delle competenze del comitato dei creditori, coordinando i poteri degli altri organi della procedura

Nella legge fallimentare il termine “comunicazione” è utilizzato in modo tecnico-giuridico e pertanto il riferimento deve essere necessariamente alla disciplina codicistica (art.136 c.p.c.). Occorre, però, tener presente anche le diverse ipotesi nelle quali invece si rinvengono statuizioni particolari per le modalità di trasmissione che in tal caso sono da considerarsi senz’altro utilizzabili oltre a quelle ordinarie per il criterio della specialità della normativa fallimentare rispetto al codice di rito.

La modalità di trasmissione della comunicazione prevista dall’art. 136, co. 2, c.p.c. era solo la notificazione (sino alla riforma della L.263/05) ad eccezione delle due specifiche ipotesi dell’avviso del dispositivo della sentenza e dell’ordinanza che, in quanto regolate dagli artt.133 e 134 c.p.c. (oggetto di precedente modifica integrativa¹⁰), prevedono che l’avviso può essere effettuato anche a mezzo fax o a mezzo di posta elettronica nel rispetto della normativa, anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi e sempre che il difensore abbia indicato il numero di fax, l’indirizzo e-mail e la relativa dichiarazione di volervi ricevere gli avvisi.

Attualmente l’integrazione è avvenuta anche per le modalità di trasmissione delle comunicazioni con l’aggiunta, all’art.136 c.p.c. del comma 3 e da ciò ne consegue che la stessa notificazione può avvenire anche a mezzo fax o a mezzo di posta elettronica (sempre nel rispetto della normativa, anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi con la differenza che ciò può avvenire anche indipendentemente dall’indicazione del numero di fax e dell’indirizzo e-mail e dalla relativa dichiarazione di volervi ricevere gli avvisi da parte del difensore). Tale recente intervento ha condotto ad uniformità il sistema anche rispetto al rito societario¹¹, dove già espressamente i moderni mezzi di trasmissione sono sempre contemplati indifferentemente dalle ipotesi delle comunicazioni e delle notificazioni di atti.

Nelle procedure concorsuali, in termini generali, si può affermare che nella maggioranza dei casi nei quali l’interrelazione è tra gli Organi sono stabilite modalità di trasmissione specifiche che, unitamente alla prescrizione di molteplici termini massimi, realizzano i principi generali della riforma cioè il recupero dell’efficienza, della semplificazione e dell’accelerazione delle procedure.

Nel procedimento concorsuale sono particolarmente numerose le ipotesi di interrelazione tra soggetti in quanto sono regolamentate sia gli aspetti di carattere prevalentemente giurisdizionali, che richiedono la precisa identificazione delle parti processuali, e sia quelli inerenti il funzionamento proprio della gestione fallimentare in cui gli Organi preposti interagiscono tra loro, con il fallito, con i creditori e in generale con i terzi.

Pur volendo limitare la presente indagine all’analisi delle modalità di interrelazione-comunicazione tra i soggetti interessati, è importante una loro qualificazione di massima per subordinarne alcune considerazioni. I soggetti sono i creditori con delle funzioni proprie¹² e soprattutto quali titolari di uno degli interesse maggiormente tutelati dalla procedura (ne sono disciplinati specificamente gli effetti del fallimento, Capo III, Sez.III, - artt.51-63 l.f.); il PM rappresentante uno specifico interesse pubblico; il fallito per il quale può farsi riferimento alla disciplina al Capo III, Sez.I (artt.42-50 l.f.); gli Organi preposti al fallimento ai quali sono dedicati l’intero Capo II della l.f. ed in particolare al Tribunale fallimentare, la Sez.I, (artt.23-24), al Giudice Delegato (successivamente indicato con l’abbreviativo G.D.), la Sez.II (artt. 25-26), al Curatore, la Sez.III (artt.27-39) ed al comitato dei creditori (successivamente

10 D.L. 14 marzo 2005, n.35, convertito dalla Legge del 14 maggio 2005, n.80.

11 Precisamente art.17 del Dlgs. 17 gennaio 2003, n.5

12 Il rinvio è al paragrafo n.2

indicato con l'abbreviativo c.d.c.), la Sez. IV (artt.40-41) in ultimo viè l'espressione generale di chiusura del sistema utilizzata solo in ipotesi specifiche cioè "chiunque ne abbia interesse".

Le esigenze di interrelazione e di informativa tra i menzionati soggetti sono modulate secondo peculiari criteri dei quali si ritiene opportuna una schematizzazione utile per la successiva trattazione.

Nel contesto del procedimento endofallimentare, il curatore in alcuni casi è tenuto spesso ad agire formalizzando un "avviso" al fallito e/o al c.d.c. e ciò in considerazione di principi generali di partecipazione ed informativi previsti per la conduzione della procedura da non potersi equiparare al criterio del contraddittorio caratteristico dei riti tradizionali. In altre ipotesi è prescritto il diverso dovere all'interpello del c.d.c. con l'ulteriore distinzione tra la comunicazione quale mezzo per formalizzare una richiesta di autorizzazione (obbligatoria o meno) oppure quella avente finalità di semplice dovere di informativa.

Inoltre sempre al curatore sono attribuiti anche diversi obblighi di comunicazione verso i creditori ed in tali casi, per verificarne la regolarità dell'adempimento, occorre considerare anche il loro maggiore o minore rilievo nel funzionamento della procedura.

Spesso nelle norme è utilizzato una sintetica previsione per la quale una certa attività non può essere intrapresa se non "sentito" prima, a seconda dei casi, il fallito, il c.d.c. o il G.D.

La disciplina, pertanto, stabilisce in situazioni e momenti diversi alcuni oneri di informativa da realizzarsi con delle precise modalità applicative da determinarsi attraverso una corretta interpretazione di ogni singolo caso e ciò in particolare quando non vi è una disciplina espressa.

Il presupposto che giustifica una legittima graduazione tra le differenti forme di comunicazioni deriva inoltre dal dato letterale delle norme, ove esiste, e dalla sua differenziazione ponendo particolare rilievo alle limitate ipotesi nelle quali è espressamente richiesta la prova della effettiva ricezione.

Altrettanto rilevante è la funzione ulteriore della informativa quando da questa decorre anche un prescritto termine per l'esperibilità delle azioni a tutela di eventuali diritti lesi e per le impugnative. In dette ultime ipotesi, non più contemplabili con quelle meramente endofallimentari, trovano ingresso anche peculiari valutazioni inerenti gli aspetti maggiormente giurisdizionali della disciplina.

2. Recapito telefax ed e-mail del creditore

La prima norma di nuova formulazione particolarmente rilevante per la presente indagine è contenuta nell'art.6, co.2, l.f. - *Iniziativa per la dichiarazione di fallimento*: "Nel ricorso di cui al primo comma l'istante può indicare il recapito telefax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui dichiara di voler ricevere le comunicazioni e gli avvisi previsti dalla presente legge".

In modo simile al rito societario, si è ritenuto di intervenire sui poteri del soggetto, "l'istante", che promuove l'azione il quale può esprimere nella forma scritta, inserita in un preciso atto processuale, nel caso specifico il ricorso per la dichiarazione di fallimento, una personale manifestazione volitiva al fine di poter far utilizzare dai terzi nei suoi confronti i moderni mezzi di trasmissione¹³.

¹³ Nell'ottica di semplificazione ed accelerazione della procedura - così nella Relazione alla riforma Dlgs. 5/2006

Con riferimento al soggetto dichiarante questi può essere sia il debitore e sia il creditore (meno ipotizzabile il P.M.) nelle loro rispettive funzioni e prerogative. Non vi sono espresse esclusioni di utilizzabilità di tali mezzi, anche se si evidenzia una limitazione letterale alle sole comunicazioni ed avvisi che si contrappone in modo reciso alla ben diversa previsione nel processo societario che, come detto, invece comprende espressamente anche la notificazione. Potrebbe stabilirsi di conseguenza che nelle procedure concorsuali la notificazione avvenisse sempre e solo a mezzo di ufficiale giudiziario (tranne nelle residuali ipotesi dell'applicazione dell'art.151 c.p.c.). Tale interpretazione restrittiva trova anche un fondamento nel raffronto con l'art.93, co.3, n.5) l.f. nel quale, pur se previsto una eguale facoltà al creditore (cioè di consentire a suo favore l'uso del fax e della e-mail) nel formalizzare la domanda di ammissione al passivo, se ne limita l'applicazione alle sole notificazioni e comunicazioni non richiamando gli avvisi. Vale, però, anche il ragionamento inverso per il quale la differenza potrebbe non essere stata voluta e, pertanto, essere considerata solo accidentale, tenuto anche conto degli scopi che in entrambi i casi sono essenzialmente univoci. Inoltre non ricorrono differenze rilevabili nel merito tra le informazioni che devono pervenire sotto la forma di avvisi, comunicazioni e notificazioni al creditore quale semplice ricorrente rispetto a quello che successivamente promuove la domanda di ammissione al passivo. Occorre evidenziare che il soggetto "istante" non è solo parte in senso stretto nei momenti prevalentemente giurisdizionali¹⁴ in quanto è anche titolare di interessi specificamente tutelati nella procedura concorsuale e pertanto soggetto partecipe delle interrelazioni endofalmentari. Tale caratteristica comporta un'analisi delle differenze rispetto ai procedimenti tradizionali.

L'indagine deve svolgersi parallelamente anche sulle funzioni proprie del mezzo di trasmissione e sulle modalità con le quali una certa notizia (o documento) si trasferisce dal mittente al destinatario.

Se nei diversi modelli processuali tale l'attività può considerarsi atto tipico, spesso i rispettivi adeguamenti all'utilizzo del fax e della e-mail non si sono attuati con una conforme disciplina¹⁵. Il comune presupposto è che l'atto dello spedire rispetti un procedimento formale che quasi sempre comprende anche la ricezione. E' agevole affermare che alla detta attività sovrintendono diversi interessi, fra questi, il primo è di mantenere inalterato il contenuto della notizia – documento il quale a sua volta ha, nelle procedure strettamente giurisdizionali, una sua precisa identificazione (nel processo civile è necessariamente un tipico atto processuale nelle forme previste dal Libro primo, Titolo VI c.p.c.).

Nel caso delle procedure concorsuali non si riscontra una puntale ed uniforme disciplina e ciò avviene in particolare nelle diverse fasi della gestione strettamente endofalmentare. Il variegato regime delle comunicazioni esistente prima della riforma ha mantenuto una varietà di ipotesi applicative ulteriormente estese dai riferimenti non univoci ai moderni sistemi (sempre e solo il fax e l'e-mail, con differenziata efficacia). Il presupposto certo è che trattandosi egualmente di tessuto legislativo anche l'applicazione concreta deve necessariamente rispettare i crismi della legalità.

Un utile raffronto è possibile con l'impostazione data agli artt.133, 134 e 136 c.p.c. ed all'art. 2 Dlgs 5/2003, per i quali l'utilizzabilità del fax e della e-mail è subordinata al rispetto della

¹⁴ Le ipotesi il soggetto è parte processuale in senso stretto sono previste all'art.15 L.F. quando è stabilita la convocazione in camera di consiglio del debitore e di ogni creditore istante e all'art.97 L.F. per la comunicazione dell'esito del procedimento di accertamento del passivo.

¹⁵ Nel processo amministrativo, all'art.12 (L.21luglio 2000,n.205) è stabilito che il Presidente del Tribunale può disporre che a notifica del ricorso o di provvedimenti sia effettuata con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o telefax, ai sensi dell'art.151 c.p.c.

normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi.

La prima caratteristica richiesta ai due mezzi è che con loro si preservino l'integrità della notizia – documento. Si richiede inoltre la certezza del soggetto mittente e cioè l'imputabilità (altrimenti identificata come sottoscrizione) dell'attività svolta, concetto che vale anche per il destinatario. Il terzo, e anch'esso fondamentale elemento, consiste nella datazione dell'attività di spedizione con la consequenziale verifica della validità e certezza di tale attestazione¹⁶.

I tre citati elementi dell'integrità, dell'imputazione e della datazione, così come sono alla base dei sistemi tradizionali, trovano la loro corrispondente rilevanza nel dibattito inerente l'utilizzazione della documentazione informatica e teletrasmessa¹⁷.

Un importante corollario alle tre citate caratteristiche è la sicurezza anche della ricezione (con la relativa datazione). Ciò risulta sempre espressamente richiesto solo nel c.p.c. mentre non è vi è uniformità nelle procedure concorsuali.

Constata tale differenza potrebbe desumersi che all'utilizzo del fax e della e-mail non sarebbe sempre richiesto l'elemento della certezza della ricezione. Addirittura rispetto al c.p.c., all'art.6 l.f. si è mancato di rimarcare interamente la legittimità all'uso, ma tale carenza difficilmente può essere interpretata per limitare l'indagine alla sola validità del mezzo tecnico e non alla sua concreta disciplina normativa. Si è egualmente consapevoli che il ricorso ai detti mezzi è estremamente diffuso senza che gli utilizzatori si chiedano se esista una fonte giuridica che ne confermi la legittimità, ma ciò ovviamente non consente ai soggetti che operano nel contesto di regole procedurali formali (sicuramente riscontrabili anche nella legge fallimentare), la mancata indagine sui fondamenti normativi del loro agire

Al contempo potrebbe anche considerarsi l'esistenza di lacune normative in quanto al miglioramento progressivo della tecnica e alla sua sempre maggiore divulgazione non sempre corrisponde la tempestiva e aggiornata disciplina da parte del legislatore.

L'indagine riferita in particolare al fax non fornisce concreti esiti nel senso che non vi sono fonti normative, anche regolamentari che diano un indirizzo completo agli operatori¹⁸.

Si può invece considerare la giurisprudenza in materia¹⁹ che prevalentemente ammette la validità della comunicazione a mezzo fax nei casi in cui sia prevista dal legislatore o da autorizzazioni giudiziali²⁰. In particolare si ritiene rilevante la dichiarazione da parte del ricevente di abilitare i terzi al suo uso (con l'indicazione del proprio numero telefonico) in quanto con lei il soggetto si assume anche l'onere implicito di assicurare il corretto funzionamento dell'apparecchio²¹. Per la ricezione vale un principio di presunzione, mentre l'imputazione e la datazione sono forniti dall'attestato che è possibile stampare dalla

16 Nel sistema della notificazione ordinaria il riferimento è all'art.148 c.p.c."l'ufficiale giudiziario certifica l'eseguita notificazione mediante relazione da lui datata".

17 Nello specifico contesto si è preferito continuare ad utilizzare il termine sottoscrizione (anche se non si concretizza più la tradizionale vergatura) proprio per descrivere la modalità tecnica per imputare un certo documento ad un solo e ben identificabile soggetto. La disciplina giuridica è nel Codice dell'amministrazione digitale – Dlgs.7 marzo 2005, n.82.

18 Non si ritiene applicabile in via analogica la normativa prevista dalla L.7 giugno 1993,n.183 in quanto essa presuppone che sia il mittente e sia il destinatario siano avvocati e procuratori della stessa parte.

Egualmente è carente l'art.45 del Codice dell'amministrazione digitale in quanto, pur comprendendo anche il fax con l'equiparazione alla forma scritta, si riferisce solo alle ipotesi di trasmissione del documento da "chiunque ad una pubblica amministrazione".

19 Cass. 24 giugno 2003,n.9991 e Cass.S.U. 29 maggio 2003, n.8582

20 Art.151 c.p.c. e art. 150 c.p.p.

21 Trib.Milano 29 ottobre 2002

macchina stessa che ne garantisce anche la corrispondenza con originale (requisito dell'integrità).

In riferimento all'uso dell'e-mail la disciplina normativa era rinvenibile all'art.14 (R) del T.U. delle Disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (Dlgs. 445/2000) che testualmente stabiliva: "il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario, se trasmesso all'indirizzo elettronico da questi dichiarato". La disciplina faceva pertanto affidamento sulla dichiarazione del ricevente ed affermava ricorrere, in virtù di tale impostazione, i requisiti di integrità, imputabilità e ricezione; per poi precisare (al co.2), per la datazione, che si dovevano rispettare anche le regole tecniche correlate. La norma è rimasta in vigore sino alla pubblicazione del D.P.R. 11 febbraio 2005, n.68 (Regolamento concernente l'utilizzo della posta elettronica certificata) che lo ha sostituito stabilendo che: "il documento informatico trasmesso per via telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore, e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore". Con la riforma rimane confermato soltanto l'atto volitivo della dichiarazione mentre si inserisce ex novo la presenza di un soggetto terzo, il gestore, che diviene il garante del funzionamento e dei richiamati principi di integrità, imputabilità e ricezione. Con il citato DPR è stata introdotta la disciplina di un nuovo e diverso sistema, quello della e-mail certificata (PEC) il quale ha lo scopo di porre certezza giuridica sul funzionamento del moderno mezzo di comunicazione sminuendo di conseguenza la rilevanza della e-mail tradizionale cioè quella non certificata. La citata norma è ora riportata al comma 2, dell'art.45 del Codice dell'amministrazione digitale il quale si riferisce precisamente, nella denominazione, al valore giuridico della trasmissione.

Individuate in tal modo le fonti di riferimento, anche per l'utilizzo della e-mail nel prosieguo della trattazione, secondo i casi, si delineeranno le diverse ipotesi di graduazione per le quali si potrà ritenere sufficiente l'e-mail tradizionale oppure sarà richiesta quella certificata.

3. Regime delle notificazioni del ricorso e della sentenza di fallimento

L'art.151.f. nella nuova formulazione esprime il primo riferimento espresso alla "notificazione" inerente la fase prefallimentare. Il creditore nello spedire il ricorso è tenuto ad utilizzare la forma tradizionale per la notificazione con il richiamo implicito alle modalità prescritte dagli artt.137 e ss c.p.c.

Si introduce l'ulteriore elemento della eventuale presenza di più creditori istanti nei confronti dei quali pure si tenuto ad effettuare la notificazione; in tal caso ci si può avvalere del fax o dell'e-mail attraverso in applicazione della citata interpretazione estensiva dell'art.6, co.2 l.f.

Il legislatore nella riforma ha ritenuto di modificare anche l'art.17 l.f. riferito alla sentenza dichiarativa di fallimento prevedendone espressamente la "notifica" ai sensi dell'art.137 c.p.c. al debitore. Per contro è stabilita la semplice "comunicazione" ai sensi dell'art.136 c.p.c. al curatore e al richiedente il fallimento. L'innovazione rispetto al precedente testo è proprio data dalla specificazione dei due diversi mezzi di trasmissione di cui al c.p.c.. Stante il carattere di generalità ed anche per i ripetuti richiami espressi della normativa, l'art.17 l.f. rappresenta una modalità di applicazione probabilmente estendibile ad altri casi (ricordiamo che all'inverso nell'ambito della liquidazione dei beni, l'art.105 l.f., che statuiva

l'applicazione, ove compatibili, delle norme del c.p.c., è stato sostituito perdendo interamente l'originale significato).

Una prima conclusione che emerge di forza propria, consiste nel fatto che la legislazione speciale delle procedure concorsuali pur prevalendo su quella generale è, in ogni caso, implicitamente collegata alle norme del processo civile ed ai suoi istituti principali. Nel caso invece di rinvii espressi si sarà tenuti alla stretta applicazione delle peculiari disposizioni.

L'art.17 l.f., è chiaro nei due richiami agli art.137 e 136 c.p.c. e su di essi si innesta un nuovo aspetto e cioè quello della trasmissione anche per via telematica da parte del cancelliere dell'estratto della sentenza all'Ufficio delle Imprese. La possibilità di far ricorso al sistema telematico è ancora data come alternativa e prevede soltanto il suo utilizzo da parte della cancelleria e trova ulteriori espresse previsioni in varie norme nel corso del procedimento.

4. Operatività del comitato dei creditori

Nel contesto del funzionamento endofallimentare, la prima interrelazione tra gli Organi ha un termine applicativo alquanto breve: è stabilito che il comitato dei creditori venga nominato nei trenta giorni dalla sentenza e che l'elezione del Presidente debba avvenire nei dieci giorni successivi, da ciò ne consegue la forte esigenza dell'utilizzo del fax e della e-mail. Nulla però è stabilito nella legge. In particolare l'art.40 l.f. prevede l'obbligo per il G.D. di sentire il curatore ed i creditori per la nomina appunto del c.d.c., ma non ci si sofferma sulle forme di comunicazione da adottare. Tale impostazione non crea vincoli formali e quindi piena libertà di utilizzo dei mezzi che si considera più idonei nel caso specifico. Una volta effettuata la nomina, è prevista la prima interrelazione del curatore con i componenti del neo eletto comitato ed in particolare l'art.40, co.3 l.f. stabilisce la convocazione da parte del curatore dei tre o cinque creditori componenti del comitato per la nomina del presidente.

E' plausibile che con il decreto di nomina dei componenti del c.d.c. il Giudice disponga anche circa le modalità per la successiva convocazione ad opera del curatore (anche in applicazione dell'art.151 c.p.c.). Si può inoltre realizzare un'interpretazione estensiva dell'art.6, co.2, l.f. per la quale il curatore potrà utilizzare il fax e l'e-mail (se indicati dai creditori) ritenendo che la norma valga non solo per le comunicazioni di cui all'art.136 c.p.c. cioè inerenti gli aspetti di carattere giurisdizionale, ma anche per le dette interrelazioni endofallimentari.

Le considerazioni svolte possono estendersi anche ad altre ipotesi di interrelazioni tra i due citati Organi (il curatore ed il c.d.c.) ed è indiscutibile il loro notevole aumento per l'ampliamento delle rispettive competenze e poteri.²²

In particolare per il funzionamento del c.d.c. è stabilito che la richiesta di deliberare gli pervenga tramite il proprio Presidente il quale raccoglie i voti dei componenti o in riunioni collegiali ovvero per mezzo di telefax o con altro mezzo elettronico o telematico, purché sia possibile conservare la prova della manifestazione di voto. La disciplina si occupa della sola conservazione dei voti espressi, mentre sussiste la necessità per il Presidente di avere la sicurezza anche della ricezione della richiesta di voto essendo previsto il silenzio assenso. Il termine è anche in questo caso brevissimo e la risposta va data massimo nei quindici giorni successivi a quello in cui la richiesta è pervenuta al presidente.

²² Si veda nella legge delega l'art.1, punto 6) e 8) nel temporaneo esercizio dell'impresa con la previsione da parte del curatore dell'obbligo di informazione periodica - art.10.

Anche in tale contesto la riforma è fortemente indirizzata nel semplificare la procedura e pertanto anche in via applicativa si deve preferire l'utilizzo dei moderni mezzi di comunicazione.

L'art.41 l.f. trascura di stabilire la modalità di interrelazione con il c.d.c. da parte del G.D. il quale utilizzerà la cancelleria o il curatore. Si tratta a seconda delle interpretazioni di ipotizzare una comunicazione in senso stretto ai sensi dell'art.136 c.p.c. o di porre un onere al curatore il quale può espletarlo anche al di fuori dei crismi strettamente processual-civilistici. In particolare ha rilevanza l'eventuale abilitazione che il Presidente, quale creditore, abbia dato formalmente all'utilizzo del suo numero di fax e del proprio indirizzo di e-mail (ai sensi degli art.6, 40 o 93 l.f.). In tal caso il curatore può servirsi dei due mezzi nella loro tradizionale applicazione e cioè senza particolare ulteriore cautela. Soltanto in casi specifici è opportuna una graduazione nell'attenzione sul requisito della ricezione e della relativa data, ad esempio quando i detti due Organi svolgono poteri autorizzativi (artt.72 e 104 l.f.). Una delle cautele consiste nell'acquisire una ricevuta scritta e datata dell'inviato fax da parte del destinatario, così come una e-mail di ricezione con gli stessi requisiti.

5. Il curatore e propri doveri di avviso, comunicazione ed acquisizione di consensi e autorizzazioni

Il curatore è l'organo che maggiormente è onerato alla trasmissione di una molteplicità di differenti notizie e atti, sia nei casi riferiti letteralmente alle forme tipiche dell'avviso, della comunicazione e della notificazione e sia nelle innumerevoli altre ipotesi nelle quali vi è carenza e assenza di una espressa disciplina che, in quanto tali, richiedono interpretazioni anche sistematiche al fine di indirizzarne il più possibile la concreta applicazione.

Adottando un criterio cronologico delle sue attività a partire dalla nomina, vi è la comunicazione ai creditori ed agli altri interessati ai sensi dell'art. 92 l.f. della possibilità di poter partecipare al concorso, che egli deve formalizzare "senza indugio". Nella riforma oltre all'uso della posta si introduce la possibilità di ricorrere al telefax o alla posta elettronica. Le riflessioni sopra svolte consentono l'applicazione dei due mezzi senz'altro quando il creditore lo abbia dichiarato formalmente. Al contrario i numeri di fax e gli indirizzi e-mail desunti da altri contesti possono essere utilizzati con la cautela di farsi attestare l'avvenuta ricezione dal destinatario. Il principio della dichiarazione espressa e formale da parte del destinatario, come già in precedenza evidenziato, vige anche per il creditore in sede di redazione della domanda di ammissione al passivo (art.93 l.f.), norma che si pone in correlazione con la comunicazione dell'esito dell'accertamento e della dichiarazione dello stato passivo (art.97 l.f.). Al curatore è data facoltà di eseguire la detta comunicazione a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento ovvero tramite fax o e-mail se risulta la dichiarazione della loro utilizzabilità da parte del creditore. La ragione per la quale non è indicato l'utilizzo della semplice posta (art.93 l.f.) ma quello della racc.ta A.R. è nel particolare rilievo posto alla data di ricezione dalla quale decorre il termine per la proposizione dell'eventuale impugnazione. Si è in presenza, quindi, di una formale fase giurisdizionale della procedura nella quale è richiesto non solo il requisito dell'integrità e dell'imputazione della notizia trasmessa, ma anche quello della data di ricezione da parte del destinatario. Ne consegue che per il fax non vi è certezza giuridica della data di ricezione, mancando una fonte legislativa certa di riferimento alla quale si può sopperire con un attestato del destinatario; per l'e-mail tradizionale vige una eguale carenza con la necessità di dover ricorrere a quella certificata.

Sussiste una diversa ipotesi, sempre inerente la fase di accertamento del passivo, nella quale è stabilito un termine (che decorre dalla ricezione della comunicazione), non per una formale e

giudiziaria impugnazione, ma affinché il creditore possa svolgere eventualmente delle proprie osservazioni (art.95,co.3 l.f.). In tale norma non vi è alcuna prescrizione sulle modalità di comunicazione che il curatore deve o può adottare. La riflessione interpretativa potrebbe trovare una stabilità attraverso una mediazione tra le antecedenti due ipotesi che consiste nel dare maggiore rilievo alla dichiarazione preventiva che il creditore formalizza per semplificare le comunicazioni. Il curatore di conseguenza adotta il fax e l'e-mail senza particolari cautele sulla ricezione anche in considerazione che la norma disciplina un aspetto maggiormente endofallimentare.

In riferimento alla fase di liquidazione dell'attivo, profondamente rinnovata dalla riforma, sono previste molteplici ipotesi di interrelazione in particolare tra il curatore ed il c.d.c. con la particolarità che più volte il parere deve essere necessariamente favorevole divenendo pertanto vincolante. Nelle diverse norme interessate, non vi sono riferimenti sulle modalità di comunicazioni che invece assumono particolare rilevanza per il funzionamento della delicata fase della procedura ed anche in considerazione degli aspetti inerenti il sistema di controllo, oggetto del prossimo paragrafo. E' opportuno, in tali casi (artt.104, 104 bis e 104 ter l.f.), per il curatore poter dimostrare l'avvenuto invio della richiesta di parere adeguando di conseguenza l'utilizzazione dei due mezzi, il fax e l'e-mail, alla possibilità di poter sempre dimostrare la spedizione, la data di ricezione, nonché il contenuto della richiesta cioè l'integrità della comunicazione così come trasmessa (le forme suggerite sono quelle più volte indicate e cioè la ricezione scritta e datata per il fax e l'e-mail certificata o con l'attestato della ricezione da parte del destinatario). Nel caso in cui non si consente di utilizzare il sistema del parere acquisito per silenzio-assenso, diminuiscono di significato le cautele sulla ricezione (il curatore si premura anche di sollecitare una risposta dando per acquisita la ricezione) mentre è senz'altro rilevante che la richiesta arrivi integralmente corrispondente a quella inviata. Il curatore, infatti, al fine di poter far esprimere un compiuto parere vincolante dal c.d.c., rappresenta, nel contenuto della comunicazione, tutti gli elementi utili per la decisione, tenuto anche conto che nella riforma è sempre prescritta nei pareri una motivazione anche se succinta (art.41 l.f.).

6. Le comunicazioni nei regimi dei reclami e considerazioni conclusive

Nel sistema di controllo sugli atti del G.D. e del Tribunale, integrato in diversi aspetti dalla riforma, il relativo sistema delle comunicazioni assume un particolare rilievo ai fini del funzionamento del medesimo subprocedimento a carattere prevalentemente giurisdizionale. Tali funzioni, ove si sollecitano con la proposizione di reclami, prevedono dei termini di decadenza al diritto di agire che decorrono in prevalenza dalla data della comunicazione. Particolare rilievo assume la disciplina del *Reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, art.26 l.f., nella quale il termine perentorio per il reclamante decorre dalla comunicazione o dalla notificazione del provvedimento (nelle ipotesi nelle quali ad agire sia il curatore, il fallito, il c.d.c., chi ha chiesto o nei cui confronti è stato chiesto il provvedimento). La norma vale in tutti i casi nei quali, emesso un decreto da parte del G.D. o del Tribunale, sia stato comunicato o notificato (con significato formale per il duplice riferimento letterale), mancando, però, l'indicazione del soggetto tenuto ad eseguirla. La carenza potrebbe essere dovuta per attuare la volontà di dare maggior valore alle modalità prescritte nelle singole norme, ove evidentemente siano indicate. Ci si premura invece di precisare (art.26, co.3, l.f.) che ove la comunicazione del provvedimento (nella sua forma integrale) sia fatta dal curatore e cioè in tutte le ipotesi nelle quali ne è normativamente onerato, la modalità che egli può adottare, equivalente alla notificazione, è la lettera raccomandata con avviso di ricevimento, o

il telefax, o la posta elettronica con garanzia dell'avvenuta ricezione in base al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Preliminarmente si evidenzia il notevole rilievo assegnato dalla norma alla ricezione con la relativa data (dalla quale decorre il termine perentorio di dieci giorni per il reclamo) che può essere ottenuta con la tradizionale racc.ta A.R.. Ci si è preoccupati principalmente di tale requisito anche per l'utilizzo del fax e della e-mail, in quanto espressamente se ne consente l'uso soltanto quando si dia contemporaneamente garanzia dell'avvenuta ricezione, in base alla normativa richiamata. Il riferimento al DPR 445/00 non è più attuale in quanto il decreto in massima parte non è più in vigore per sua avvenuta abrogazione, anche se parziale. In ogni caso si evidenzia che sia nel DPR 445/00 e sia nel Codice dell'amministrazione digitale²³ non si rinviene per il fax, quale modalità di trasmissione, alcuna disciplina in riferimento al regime della ricezione e pertanto, mancando una fonte normativa di riferimento, potrebbe trovare ingresso una modalità operativa che consiste nella, più volte menzionata, cautela per il curatore di ricorrere al fax per la sua notevole funzionalità e speditezza, sempre che si premuri di acquisire l'attestazione dell'avvenuta ricezione (con relativa data) da parte del destinatario.

Per l'e-mail il riferimento normativo è al DPR 445/00 (richiamato nella sua interezza a differenza dell'art.110 l.f. nel quale sono richiamati gli artt.8, co2, 9 co.4 e 14 per la medesima esigenza di garantire la ricezione) che comporta l'utilizzo della e-mail certificata (PEC) in quanto è il mezzo che per legge garantisce la ricezione del messaggio (oltre agli altri requisiti dell'integrità e dell'imputabilità). Altrimenti potrebbe auspicarsi, anche in questo caso, una interpretazione estensiva per la quale il curatore è abilitato all'uso dell'e-mail tradizione con la cautela di acquisire la ricezione del destinatario, pur considerando che egli effettua, per legge, una formale notificazione.

Dalle esposte ultime riflessioni prendono spunto le considerazioni conclusive a mezzo delle quali si intende sottolineare il maggior rilievo che è possibile dare alla funzionalità delle scelte rispetto ad un agire frenato dall'applicazione di formalità molto spesso non prescritte²⁴ e spesso adombrati da eccessivi riferimenti ad altri riti e per timore di presunti effetti negativi.

La prerogativa del tutto particolare della disciplina delle procedure concorsuali con la sua caratteristica di racchiudere contemporaneamente una normativa per le fasi maggiormente giudiziarie e aspetti prevalentemente gestionali - amministrativi, deve considerarsi un'occasione per la diffusione dell'utilizzo del fax e della e-mail in ambito giudiziario, assumendo anche un reale rilievo in sede di interpretazione.

L'occasione della avvenuta riforma, procrastinata più volte nel tempo, vale anche per la particolare visuale dell'argomento volto, quale terreno ottimale affinché gli operatori e gli interpreti si domandino in quale miglior modo intervenire a fini applicativi della disciplina spesso senza riferimenti certi e con rinvii a carenti normative inerenti i due mezzi di trasmissione: il fax e l'e-mail²⁵.

23 In particolare è tuttora possibile l'inoltro di istanze alla P.A. o ai gestori o esercenti di pubblici servizi anche a mezzo fax ai sensi del comma 1, dell'art.38 del DPR 445/00 (non abrogato),ma sempre che si rispettano i requisiti di validità ivi previsti così come modificati dall'art.65 del Codice amministrazione digitale.

24 Il sistema sancisce all'inverso il principio della libertà delle forme all'art.121 c.p.c., secondo il quale: "Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo". Con l'ulteriore precisazione per la quale l'inosservanza della prescritta forma non è sanzionabile di nullità se quest'ultima non è espressamente comminata dalla legge - art.156, co.1, c.p.c.

25 Occorre segnalare la recente adozione da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee delle Istruzioni pratiche alle parti relative ai ricorsi diretti e alle impugnazioni (Informazione 15.10.2004/2004 Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 8 dicembre 2004, n. 361) che all'articolo unico - Istruzioni pratiche sull'uso di mezzi di comunicazione - stabilisce che: 1. La trasmissione alla cancelleria, prevista dall'articolo 37,

paragrafo 6, del regolamento di procedura, della copia dell'originale firmato di un atto processuale può essere effettuata: - sia per fax , sia in allegato a un messaggio di posta elettronica. 2. In caso di trasmissione per posta elettronica, sono accettate soltanto copie dell'originale firmato trattate allo scanner. Una semplice scheda elettronica o una scheda recante una firma elettronica o un facsimile di firma redatto mediante computer non soddisfa le condizioni di cui all'articolo 37, paragrafo 6, del regolamento di procedura. E' auspicabile che i documenti siano trattati allo scanner con una risoluzione di 300 DPI e che siano presentati, nei limiti del possibile, in formato PDF (immagini più testo) mediante i programmi Acrobat o Readiris 7 Pro. 3. Il deposito di nei limiti del possibile, in formato PDF (immagini più testo) mediante i programmi Acrobat o Readiris 7 Pro. 3. Il deposito di un documento per fax o posta elettronica vale, ai fini dell'osservanza di un termine, soltanto se l'originale firmato perviene in cancelleria entro e non oltre il termine, previsto dall'articolo 37, paragrafo 6, del regolamento di procedura, di dieci giorni dopo il detto deposito. L'originale firmato dev'essere spedito senza indugio, subito dopo l'invio della copia, senza apportarvi correzioni o modifiche, anche minime.

NUOVE NORME SULLE VENDITE IMMOBILIARI NEL PROCESSO DI ESECUZIONE INDIVIDUALE E VENDITE IMMOBILIARI FALLIMENTARI: RIFLESSIONI (E MOLTI DUBBI) A PRIMA LETTURA (Augusto Tatangelo)

Premessa: I Dati Normativi

Gli artt. 105 e 108 LF sono rimasti invariati; essi tuttora dispongono:

- a. il rinvio alle norme del processo esecutivo individuale, di cui al cpc, in quanto compatibili, per le vendite fallimentari (art. 105 LF);
- b. la regola generale della preferenza per la vendita con incanto, e la possibilità di disporre la vendita senza incanto, su proposta del curatore e sentito il comitato dei creditori, ove il GD la ritenga più vantaggiosa e vi sia il consenso dei creditori con diritti di prelazione sul bene da vendere (art. 108/1° co. LF);
- c. la necessità che le vendite immobiliari fallimentari abbiano luogo davanti al GD, salvo che il bene si trovi in diverso circondario, nel qual caso è possibile delegare la sola vendita con incanto al giudice del luogo, *ex art.* 578 cpc (art. 108/2° co. LF).

Le **nuove norme del cpc** hanno invece radicalmente mutato la disciplina delle vendite immobiliari nel processo esecutivo individuale.

Dall'esame di tali norme sembra emergere che, nel processo di esecuzione individuale, non è più prevista, come in precedenza, una **REALE ALTERNATIVA TRA DUE DIVERSE FORME DI VENDITA IMMOBILIARE**, la vendita con incanto e quella senza incanto (v. art. 569/3° co. cpc vecchio testo: « ... *il giudice dispone con ordinanza la vendita, la quale si fa a norma degli articoli seguenti, se egli non ritiene opportuno che si svolga col sistema dell'incanto*»), essendo stato stabilito dal legislatore un unico tipo di forma di vendita (non vi è infatti più alcuna facoltà di scelta sulla “forma” della vendita, da parte del GE, anche se i paragrafi del cpc con l'indicazione “vendita senza incanto” e “vendita con incanto” non sono stati soppressi).

La nuova unitaria forma di vendita (che si svolge, in maniera sostanzialmente identica, davanti al GE o davanti al professionista delegato) risulta procedimentalizzata in diverse fasi successive ed eventuali, ma da cui non si può prescindere, e che sembra opportuno schematicamente riassumere:

- a) **prima fase (fase sempre necessaria e da prevedersi obbligatoriamente nell'ordinanza di vendita): offerte in busta chiusa**, con le seguenti possibili alternative;
 - a. ove pervenga **una sola offerta**, vi sarà la seguente alternativa:
 - i. **aggiudicazione definitiva** in favore dell'offerente se il valore offerto è superiore di almeno un quinto a quello di stima, ovvero se il valore offerto è inferiore, ma non vi sia dissenso del creditore precedente ed il GE non ritenga che vi sia seria possibilità di migliore vendita con il sistema dell'incanto;

- ii. **passaggio alla fase dell'incanto**, ove il valore offerto sia inferiore a quello di stima aumentato di un quinto, e vi sia dissenso del creditore procedente, ovvero il GE non ritenga che vi sia seria possibilità di migliore vendita con il sistema dell'incanto;
 - b. ove pervengano **più offerte**, vi sarà il **passaggio alla seconda fase** (gara tra gli offerenti)
- b) **seconda fase (eventuale, ma non eliminabile, e da prevedersi obbligatoriamente nell'ordinanza di vendita): gara tra gli offerenti**, con le seguenti possibili alternative:
 - a. **ove, in sede di gara tra gli offerenti, venga presentata almeno una offerta migliorativa rispetto alla migliore offerta prevenuta in busta**, vi sarà l'**aggiudicazione definitiva** in favore del maggior offerente (vincitore della gara tra gli offerenti);
 - b. **ove, in sede di gara tra gli offerenti, non venga presentata alcuna offerta migliorativa rispetto alla migliore offerta prevenuta in busta**, vi sarà la seguente alternativa:
 - i. **aggiudicazione al miglior offerente** (cioè al soggetto che ha presentato la migliore offerta in busta), se il giudice la ritenga opportuna;
 - ii. **passaggio alla fase dell'incanto**, se il giudice non ritenga opportuna l'aggiudicazione al miglior offerente.
- c) **terza fase (eventuale, ma non eliminabile, e da prevedersi obbligatoriamente nell'ordinanza di vendita): incanto**, con le seguenti possibili alternative:
 - a. presentazione di una o più offerte all'incanto (superiore al prezzo base, nella misura dell'aumento minimo), e **aggiudicazione provvisoria** al vincitore dell'incanto, con i seguenti ulteriori possibili sviluppi alternativi:
 - i. **aggiudicazione definitiva** al vincitore dell'incanto, se nel termine perentorio di dieci giorni non siano presentate offerte superiori di almeno un quinto a quello di aggiudicazione provvisoria, ovvero se tali offerte siano presentate ma poi nessuno degli offerenti in aumento partecipi alla successiva gara tra gli offerenti;
 - ii. **passaggio alla gara (che si svolge tra gli offerenti in aumento, l'aggiudicatario e gli altri eventuali partecipanti all'incanto originario)**, con **aggiudicazione definitiva** al vincitore della gara;
 - b. **incanto deserto**, con le seguenti possibili alternative:
 - i. **assegnazione definitiva del bene**, se vi siano domande in tal senso nel rispetto degli artt. 588 e 589, e il giudice le accolga;
 - ii. **amministrazione giudiziaria**, se non vi sono domande di assegnazione, ovvero se il giudice decide di non accoglierle, e non ritenga di disporre un nuovo incanto (alle medesime condizioni e al

medesimo prezzo di quello andato deserto, anche se con diverse forme di pubblicità) o una nuova vendita a diverse condizioni o a diverso prezzo;

- iii. **nuovo incanto**, anche con diverse forme di pubblicità, se il giudice non ritenga di ridurre il prezzo di vendita o di modificare le condizioni di vendita;
- iv. **ritorno alla prima fase (nuova vendita)**, se il giudice ritenga di ridurre di un quarto il prezzo di vendita o di modificare le condizioni di vendita.

Il sistema di vendita sommariamente descritto (distinto in fasi successive, ma che può ritenersi sostanzialmente unitario, in quanto le fasi successive – pur se eventuali - sono comunque tutte obbligatorie e non prescindibili) risulta l'unica modalità di vendita delegabile a professionisti esterni, ai sensi dell'art. 591-*bis* cpc, non essendo previsto che possa delegarsi solo una fase (eliminando le altre); si prevede infatti espressamente che si possa delegare il «*compimento delle operazioni di vendita SECONDO LE MODALITÀ INDICATE AL TERZO COMMA DEL MEDESIMO ART. 569*», il che lascia chiaramente intendere che, ai sensi dell'art. 591-*bis* cpc, non è possibile delegare la sola vendita all'incanto ovvero la sola vendita senza incanto.

La disciplina sommariamente descritta (nei limiti della compatibilità con le norme della LF) sarà applicabile almeno a tutti i fallimenti dichiarati in seguito a ricorsi presentati fino a luglio 2006 (e quindi avrà rilievo a lungo).

1.- Opzione preliminare: vi è stata unificazione dei sistemi di vendita immobiliare nell'esecuzione forzata individuale?

Appare necessaria in primo luogo una opzione interpretativa con riguardo alla questione sistematica sopra accennata.

In altri termini, è necessario chiedersi se può ancora continuarsi a ritenere che, nella sistematica del cpc, esistano **due forme distinte e alternative di vendita immobiliare** (vendita con incanto e vendita senza incanto²⁶) ovvero se **tali sistemi di vendita (previsti dalla disciplina previgente) siano stati oggi unificati**.

Orbene, se si ha riguardo alla nuova disciplina, sembrerebbe chiaramente eliminata ogni alternativa.

Non vi sono dubbi sulla circostanza che, dopo la riforma del cpc, il GE non può più scegliere tra la vendita con incanto e la vendita senza incanto, potendo esclusivamente “disporre con ordinanza la vendita” (come si esprime il nuovo art. 569/3° co. cpc), la quale verrà attuata davanti allo stesso GE ovvero davanti ad un professionista delegato (e questa sembra l'unica

26 Appare forse opportuno sottolineare, sul piano terminologico, che mentre il termine “incanto”, nel linguaggio comune, si riferisce ad una gara pubblica con offerte libere che si svolge davanti ad un banditore (e che, nella sistematica del cpc, appare invece caratterizzato dagli ulteriori elementi essenziali della libertà di partecipazione, della necessaria espressione delle offerte in forma verbale e della provvisorietà dell'aggiudicazione), l'espressione “senza incanto” è ovviamente, sotto il profilo linguistico, del tutto generica, mentre sotto il profilo legislativo è utilizzata per indicare una modalità alternativa di vendita che, pur caratterizzata dall'essere priva di un incanto vero e proprio, non è certo per il resto libera, essendo invece semplicemente disciplinata secondo modalità differenti (quali la assegnazione di termini per la presentazione di offerte, nonché la eventualità e la chiusura della gara, possibile solo in caso di offerte plurime e tra gli offerenti).

scelta discrezionale di fondo rimasta al GE, in ordine all'efficienza delle modalità della vendita).

Non sembra azzardato, quindi, affermare che oggi il cpc prevede **una sola forma di vendita immobiliare**, la cui disciplina appare rigidamente predeterminata dalla legge, e le cui operazioni sono articolate in fasi successive, tutte obbligatorie e non eliminabili. Proprio in quanto tutte obbligatorie e non eliminabili, la successione di tali fasi non sembra potersi più intendere come passaggio tra diversi ed autonomi sistemi di vendita. Le varie operazioni previste (in successione) dalla legge sembrano invece ragionevolmente da intendersi come riconducibili ad un unico sistema. In quest'ottica la "vendita senza incanto" e la "vendita con incanto" non sono più modalità autonome alternative di vendita, ma semplici fasi diverse di un sistema di vendita ormai unico e sostanzialmente fisso, che non consente alternative.

Sostegno argomentativo letterale a tale modo di leggere la nuova disciplina del cpc si può trovare nel nuovo testo delle seguenti disposizioni:

a) art. 569/3° co. («il giudice dispone con ordinanza LA VENDITA, fissando un termine entro il quale possono essere proposte offerte d'acquisto ai sensi dell'articolo 571. Il giudice CON LA MEDESIMA ORDINANZA fissa, al giorno successivo alla scadenza del termine, l'udienza per la deliberazione sull'offerta e per la gara tra gli offerenti di cui all'articolo 573 e provvede ai sensi dell'articolo 576, per il caso in cui non siano proposte offerte d'acquisto entro il termine stabilito, ovvero per il caso in cui le stesse non siano efficaci ai sensi dell'articolo 571, ovvero per il caso in cui si verifichi una delle circostanze previste dall'articolo 572, terzo comma, ovvero per il caso, infine, in cui la vendita senza incanto non abbia luogo per qualsiasi altra ragione»);

b) art. 591/2° e 3° co. («Il giudice, se stabilisce nuove condizioni di vendita o fissa nuovo prezzo, assegna altresì un nuovo termine non inferiore a sessanta giorni, e non superiore a novanta, entro il quale possono essere proposte offerte d'acquisto ai sensi dell'articolo 571»; «Si applica il terzo comma, secondo periodo, dell'articolo 569»);

c) art. 591-bis cpc («Il giudice dell'esecuzione, con l'ordinanza con la quale provvede sull'istanza di vendita ai sensi dell'articolo 569, terzo comma, può, sentiti gli interessati, delegare ad un notaio avente preferibilmente sede nel circondario o a un avvocato ovvero a un commercialista, iscritti nei relativi elenchi di cui all'articolo 179-ter delle disposizioni di attuazione del presente codice, il COMPIMENTO DELLE OPERAZIONI DI VENDITA SECONDO LE MODALITÀ INDICATE AL TERZO COMMA DEL MEDESIMO ARTICOLO 569»).

Si sottolinea che tali norme costituiscono tuttora oggetto del rinvio dell'art. 105 LF (sia pure con l'evanescente limite della compatibilità con le disposizioni speciali della stessa LF).

Contro tale opzione interpretativa può forse ritenersi deporre invece l'omessa soppressione, da parte del legislatore, dell'intitolazione dei paragrafi della III sez. del capo IV del titolo II del libro III del cpc (che recano tuttora "vendita senza incanto" e "vendita con incanto"²⁷).

Trattandosi di una mera intitolazione, tale omissione probabilmente non costituisce di certo un argomento insuperabile, almeno se l'indagine viene limitata al sistema dell'esecuzione forzata individuale.

Allargando il campo di indagine, occorre peraltro fare i conti anche con la sopravvivenza dell'art. 108/1° co. LF (il quale prevede tuttora una scelta alternativa tra il sistema della vendita con incanto e quello della vendita senza incanto).

27 Per quanto potrebbe ben affermarsi che i titoli in questione si riferiscano oggi non tanto alla "forma" stabilita della vendita, ormai unica, quanto al suo concreto esito, che, nel nuovo sistema "per fasi successive" può avvenire senza incanto (ove si pervenga all'aggiudicazione definitiva entro le prime due fasi, vale a dire in quella delle offerte in busta chiusa o in quella della gara tra gli offerenti) ovvero a seguito dell'incanto (ove si pervenga all'aggiudicazione definitiva solo all'esito della terza fase, vale a dire quella dell'incanto vero e proprio).

Ora, come è stato da più parti sottolineato, esistono certamente imperfezioni, incoerenze e difetti di coordinamento nell'introduzione delle nuove norme, sia all'interno del sistema dell'esecuzione forzata individuale, sia nei rapporti tra questa e l'esecuzione forzata concorsuale, e pertanto l'interpretazione del sistema complessivo attualmente vigente appare comunque disagiata.

In definitiva, è probabile che sia necessario operare una "scelta di campo" nell'ambito di soluzioni interpretative in astratto tutte ugualmente percorribili: bisognerà cioè scegliere se dare la prevalenza alle indicazioni (di forma e di sostanza) provenienti dalle nuove disposizioni dettate in tema di vendita immobiliare nel processo di esecuzione individuale (che innegabilmente hanno voluto trasfondere in norme cogenti, e almeno in parte, talune prassi preesistenti, sia dell'esecuzione individuale che di quella concorsuale, fondate sul sistema delle offerte in busta chiusa e della pubblicità su internet, sistema che si ritiene avere dato buoni risultati pratici), il che indurrebbe chiaramente ad optare nel senso dell'avvenuta unificazione dei sistemi di vendita, anche in sede fallimentare, ovvero se dare la prevalenza alla sopravvivenza delle vecchie disposizioni della legge fallimentare, e sostanzialmente ridurre al minimo (confinando di fatto a disposizioni di dettaglio) l'impatto sulle vendite immobiliari effettuate in sede fallimentare delle nuove disposizioni del cpc in tema di vendita forzata immobiliare.

Appare evidente che, nel primo caso, la sopravvivenza delle intitolazioni dei paragrafi del cpc sulla vendita con incanto e senza incanto, così come la mancata modifica dell'art. 108 LF, si spiegherebbe come un semplice difetto di coordinamento all'interno della riforma dell'esecuzione individuale, nonché tra questa e la riforma del processo fallimentare.

A tale proposito, non può anzi farsi a meno di rilevare l'apparente irrazionalità di una interpretazione che miri a conservare il preesistente regime delle vendite immobiliari fallimentari, fondato sul rinvio alle norme del cpc (ma con preferenza per la vendita all'incanto davanti al GD), nel momento in cui non solo nel cpc si abolisce di fatto l'alternativa tra il sistema della vendita con incanto e quello della vendita senza incanto (trasformandosi comunque l'incanto in una procedura eventuale e residuale, possibile solo in caso di mancanza di offerte nei termini inizialmente fissati dal giudice) ma, nella stessa nuova disciplina della legge fallimentare, scompare addirittura del tutto l'incanto, e si prevede una procedura di vendita altamente deformalizzata, e genericamente "competitiva" (ma certamente "senza incanto", almeno nel senso letterale dell'espressione), che oltre ad escludere la necessità che il giudice partecipi alle operazioni materiali di vendita (e le disponga: l'approvazione del programma di liquidazione sembra infatti tenere luogo anche dell'ordinanza di vendita), sembra escludere altresì la possibilità di procedere mediante asta davanti ad un banditore pubblico (giudice o suo delegato), in una filosofia certamente più vicina a quella della fissazione di un termine per le offerte segrete che non a quella dell'incanto.

È appena il caso di rilevare che l'opzione teorica sull'avvenuta unificazione dei sistemi di vendita immobiliare comporta conseguenze interpretative con riflessi pratici non secondari.

2.- Conseguenze dell'opzione favorevole ad ammettere che sia avvenuta l'unificazione dei sistemi di vendita immobiliare nella sistematica del cpc

Se, in base alla norme del cpc, deve ritenersi che oggi esiste ormai **una sola forma di vendita immobiliare** (complessa e per fasi successive, ma unitaria, come non credo oggi sia

impossibile affermare, almeno se si ha riguardo alla sola espropriazione immobiliare individuale, secondo quanto in precedenza osservato)²⁸, allora probabilmente anche le vendite fallimentari dovrebbero in futuro (e fino all'entrata in vigore della riforma fallimentare) svolgersi in tale forma, facendo precedere alla gara libera con incanto, la fissazione di un termine per offerte in busta chiusa (con eventuale successiva gara tra i più offerenti).

In questo modo, si riconoscerebbe prevalenza al rinvio di cui all'art. 105 LF, inteso come rinvio "formale" (secondo una terminologia ormai in disuso, e volendo intendere che esso viene influenzato dalle successive modifiche delle norme richiamate) rispetto al disposto dell'art. 108/1° co. LF. Sebbene il rinvio dell'art. 105 LF operi nei limiti della compatibilità, ciò sarebbe possibile, in quanto l'art. 108/1° co. LF dovrebbe ritenersi implicitamente e almeno parzialmente abrogato, non esistendo più la possibilità normativa di scegliere tra una vendita con incanto e una vendita senza incanto, essendo avvenuta l'unificazione dei sistemi di vendita (e non potendo continuare ad applicarsi le norme previgenti, ai fini dell'individuazione dei due sistemi di vendita, a causa della natura formale del rinvio dell'art. 105 LF).

Le operazioni di vendita, in tale ottica, si potrebbero svolgere davanti al GD ovvero davanti al professionista delegato (ove, come in passato, si ritenga che a tale delega non sia di ostacolo l'art. 108/2° co. LF), ma sempre nella medesima forma, e cioè quella prevista per l'esecuzione individuale, con le sue fasi successive eventuali (offerte in busta chiusa; eventuale gara tra offerenti; eventuale incanto, anche ripetuto alle medesime condizioni; eventuale nuovo procedimento di vendita in caso di modifica di prezzo o condizioni).

Una soluzione del genere avrebbe senz'altro il pregio della semplicità, in quanto si avrebbe una piena coincidenza tra le modalità delle vendite in sede esecutiva e in sede fallimentare, il che agevolerebbe non poco l'attività dei professionisti delegati, e favorirebbe l'elaborazione interpretativa complessiva, semplificando anche l'attività dei giudici delegati.

Tale soluzione sarebbe altresì rispondente alla palese (anche se forse non del tutto correttamente tradotta in atto) intenzione sostanziale del legislatore del 2005 di favorire le nuove modalità di vendita con incanto solo eventuale, al fine di ridurre nella pratica l'impatto del fenomeno delle turbative d'asta.

In tal senso, si deve del resto riconoscere che (al di là delle possibili turbative di carattere più spiccatamente criminale, e che è comunque impossibile eliminare agendo esclusivamente sulle modalità delle vendite forzate) il sistema di vendita basato sulle offerte segrete in busta chiusa, con aggiudicazione definitiva al miglior offerente, appare certamente idoneo a ridurre notevolmente, secondo il giudizio della maggioranza degli operatori del settore (e comunque secondo il giudizio del legislatore), l'interferenza negativa dell'attività degli "operatori professionali" sul sistema delle vendite forzate, e quindi consente di ottenere risultati più vicini a quelli conseguibili nel sistema del libero mercato.

L'interpretazione che riconduce alla nuova disciplina del cpc anche le vendite fallimentari agevolerebbe senz'altro questa possibilità, e in tal senso può essere favorevolmente considerata.

²⁸ In effetti, si potrebbe anche osservare che, con le nuove disposizioni del cpc, non è facile stabilire se l'ordinanza di cui all'art. 569/3° co. cpc prevede una vendita senza incanto (con un'appendice eventuale di incanto) ovvero una vendita all'incanto (con una fase preventiva di presentazione di offerte in busta chiusa), e che

3.- Conseguenze dell'opzione favorevole ad ammettere la permanenza di due sistemi alternativi di vendita immobiliare nella sistematica del cpc

Se, in base alle norme del cpc, può affermarsi che esistono ancora due forme distinte e alternative di vendita, allora è evidente che non può parlarsi di implicita e parziale abrogazione dell'art. 108/1° co. LF, in quanto è ancora possibile scegliere tra la vendita all'incanto e quella senza incanto.

Poiché però l'alternativa è stata senz'altro ridimensionata nella sistematica del cpc, ciò vorrà dire che il rinvio dell'art. 105 LF alle norme del cpc sulla vendita immobiliare in sede di esecuzione individuale darà luogo, per la clausola di compatibilità, a delicate (anche se probabilmente non impossibili), "operazioni chirurgiche" sull'attuale testo delle norme richiamate.

Nelle vendite fallimentari, a differenza che in quelle esecutive, resterebbe in piedi la possibilità di una scelta tra le due forme alternative di vendita²⁹.

Se così fosse, si porrebbero i seguenti dubbi interpretativi.

3.1- VENDITA CON INCANTO

Il GD dovrebbe di regola disporre la **vendita con incanto** (salvo a ritenere più conveniente quella senza incanto, e sempre che vi sia il consenso dei creditori iscritti).

In tal caso ci si dovrebbe in primo luogo domandare se sarà ancora possibile (almeno per chi lo riteneva possibile in precedenza, nonostante l'art. 108/2° co. LF) delegare ai professionisti tale vendita, superando la lettera dell'art. 591-*bis*, che, al primo comma, sembra imporre chiaramente una delega in blocco delle nuove modalità di vendita "con incanto solo eventuale" di cui all'art. 569/3° co., e non consentire la delega della sola fase dell'incanto.

In senso positivo si potrebbe peraltro probabilmente argomentare sulla base della affermata possibilità di delegare al professionista singole operazioni tra quelle previste dalla legge come delegabili: in altri termini, essendo ritenuta possibile la delega parziale, si potrebbe affermare che, una volta appurato che il cpc continua a prevedere due forme distinte di vendita (anche se non più alternative, ma necessariamente successive), si potrebbe ben delegare al professionista la sola vendita con incanto, laddove non sia violata la successione tra le forme di vendita imposta dalla legge (come avverrebbe in sede fallimentare, dove appunto tale successione non è prevista, essendo rimasto in piedi il sistema dell'alternativa tra vendita con incanto e senza incanto).

In sostanza, ciò significherebbe giudicare "compatibile" con l'art. 108 LF l'art. 591-*bis*, ad eccezione dell'inciso «*secondo le modalità indicate al terzo comma del medesimo art. 569*», di cui al primo comma.

Naturalmente, tale opzione appare dipendere dalla possibilità di ammettere che il giudice, anche nell'esecuzione individuale, possa disporre la delega parziale al professionista, per le operazioni di vendita previste dal cpc, e quindi di ammettere la possibilità che il GE possa

²⁹ In precedenza, per entrambe esisteva la possibilità di scelta, anche se nel fallimento con una preferenza assoluta ed espressa per quella con incanto e nell'esecuzione individuale con una preferenza solo relativa e preliminare per quella senza incanto (preferenza anzi da taluni ritenuta solo apparente, dato il testo non chiarissimo della norma, e comunque nella prassi per decenni ignorata, tanto che per decenni è apparso molto più fermo l'orientamento dei GE in favore esclusivo della vendita all'incanto, piuttosto che quello dei GD).

(almeno in astratto) delegare al professionista la vendita senza incanto (ovvero le prime due fasi del nuovo procedimento di vendita del cpc) e riservare a sé l'incanto successivo (ovvero la terza fase) o, viceversa, delegare al professionista il solo incanto, dopo l'inutile esperimento della vendita senza incanto davanti a sé (così come delegare al professionista o a professionisti diversi la sola predisposizione del decreto di trasferimento e/o la predisposizione del piano di riparto).

3.2- VENDITA SENZA INCANTO

Sempre in base alla premessa dalla sopravvivenza delle due forme distinte di vendita nel cpc, se il GD sceglie la VENDITA SENZA INCANTO (alle condizioni previste dall'art. 108/1° co. LF), anche tale vendita potrebbe svolgersi davanti allo stesso GD ovvero essere delegata (sempre che si ritenga possibile la delega, nonostante il disposto dell'art. 108/2° co. LF).

In proposito possono sorgere ulteriori dubbi:

a) in primo luogo, occorre infatti chiedersi se, nell'ordinanza di vendita senza incanto del GD, questi debba necessariamente fissare, per il caso di mancanza di offerte, il successivo incanto, come prevede l'art. 569/3° co.;

b) in secondo luogo ci si potrebbe chiedere se, in caso di delega della vendita senza incanto da parte del GD, questi debba necessariamente delegare al professionista anche il successivo eventuale incanto, come prevede l'art. 591-bis cpc.

Sul primo quesito, si potrebbe opinare che, se davvero si può dire che esistono ancora due forme distinte di vendita, allora forse si potrebbe anche affermare che, nell'esecuzione individuale, esse si pongono in *alternatività diacronica*, cioè sono **SUCCESSIVE**, in quanto devono necessariamente seguire una successione temporale obbligatoria tra loro, stabilita dal legislatore (prima la vendita senza incanto e poi la vendita con incanto: art. 569/3° co.; mentre in precedenza esse erano alternative, e solo se il GE optava per la vendita senza incanto si innestava un meccanismo di necessaria successione temporale con la vendita con incanto, peraltro senza apparente possibilità di ritorno), mentre nel fallimento esse si pongono in *alternatività sincronica*, cioè sono effettivamente **ALTERNATIVE** (alternativa secca: o la vendita con incanto *oppure* la vendita senza incanto), senza alcuna modalità regolata di passaggio tra di esse.

Se così fosse, il GD, una volta scelta la forma di vendita senza incanto, non solo non dovrebbe necessariamente, con l'ordinanza di vendita, fissare un successivo incanto, per l'ipotesi di mancanza di offerte, ma ben potrebbe proseguire, nonostante la mancanza di offerte, con ulteriori successivi tentativi di vendita senza incanto, senza alcun limite (salvo stabilire se vi sia la necessità di una nuova istanza del curatore e di un nuovo consenso dei creditori iscritti per ogni successivo tentativo di vendita senza incanto, ovvero se quelli inizialmente prestati siano idonei a consentirne lo svolgimento, senza ulteriori interPELLI)³⁰.

30 L'idea alla base di questa impostazione, se portata alle estreme conseguenze (e cioè applicata anche a prescindere dalla avvenuta abolizione della alternatività tra vendita con incanto e senza incanto nell'espropriazione individuale) avrebbe probabilmente potuto portare a ritenere che, anche nel previgente regime del cpc, non fosse applicabile l'art. 575/1° comma (il quale prevedeva la necessità di disporre l'incanto in caso di vendita senza incanto non perfezionatasi nel termine, di dubbia perentorietà, di due mesi dalla pubblicità) per le vendite fallimentari. Personalmente, in un caso che mi è stato sottoposto, ho optato proprio in tal senso, ma non saprei dire se si tratta di una tesi condivisa e/o condivisibile.

In quest'ottica, sarebbe comunque da ritenersi incompatibile con l'art. 108 LF l'art. 591 cpc (in particolare il 2° e il 3° comma della norma).

Ove non si condividesse questa impostazione, si dovrebbe affermare che, pur essendo rimasta, almeno nelle procedure fallimentari, l'alternativa tra la vendita con incanto e quella senza incanto, il GD dovrebbe applicare non solo le norme su ciascun tipo di vendita (artt. 570 – 574 cpc, per la vendita senza incanto; artt. 576 e ss. cpc, per la vendita con incanto), ma anche le norme che, secondo il sistema del cpc, disciplinano il passaggio dalla vendita senza incanto a quella con incanto (art. 569/3° co. cpc) e, presumibilmente, anche quella che disciplinano il passaggio opposto (art. 591 cpc). In quest'ottica, se il GD disponesse (alle condizioni di cui all'art. 108 LF) la vendita senza incanto, dovrebbe pronunciare un'ordinanza ai sensi dell'art. 569/3° co.cpc, e quindi necessariamente prevedere, dopo la fase delle offerte in busta e della eventuale gara tra gli offerenti, anche il successivo incanto, senza potere prima esperire ulteriori tentativi di vendita senza incanto. D'altra parte, se così fosse, non si vede come potrebbe non affermarsi altrettanto per quanto riguarda la vendita all'incanto, e quindi evitare l'integrale applicazione dell'art. 591, 2° e 3° co. cpc (compreso il richiamo all'art. 569/3° co. cpc): di conseguenza, l'ordinanza con la quale il GD disponesse la vendita con incanto (davanti a sé ovvero davanti al professionista delegato), dovrebbe necessariamente prevedere, per il caso in cui l'incanto andasse deserto e vi fosse la necessità di procedere ad uno o più nuovi incanti, il mantenimento delle originarie condizioni e del prezzo base inizialmente fissato, mentre, laddove si stabilisse la riduzione del prezzo ovvero il mutamento delle condizioni di vendita, si dovrebbe necessariamente passare per la vendita senza incanto (come chiaramente dispone l'art. 591/2° e 3° co. cpc). Non mi sembrerebbe sostenibile, infatti, che le norme che disciplinano l'eventualità della mancanza di offerte nella vendita senza incanto e il necessario passaggio, in tal caso, a quella con incanto, siano applicabili anche in sede fallimentare, e quelle che invece disciplinano l'eventualità dell'incanto deserto e il necessario passaggio, in tal caso (laddove non si mantengano immutati prezzo e condizioni di vendita), alla vendita senza incanto, non siano applicabili anche in sede fallimentare.

Di conseguenza, ove non si voglia accedere all'idea che l'abolizione della alternatività tra vendita con incanto e senza incanto nel sistema del cpc abbia determinato l'implicita abrogazione dell'art. 108/1° co. cpc, e neanche a quella che detta abolizione abbia determinato (o confermato) l'incompatibilità con la disciplina fallimentare di tutte le norme che regolano, nel sistema del cpc, l'eventualità di mancanza di offerte nella vendita senza incanto ovvero la diserzione dell'incanto, ed il conseguente passaggio all'altra forma di vendita, si avrebbe la conseguenza che al GD sia rimasto esclusivamente il potere (alle condizioni di cui all'art. 108/1° co. cpc) di determinare la forma del primo esperimento di vendita, secondo il sistema delle offerte in busta ovvero dell'incanto (eventualmente delegando l'uno e l'altro), ma, in caso di fallimento di tale esperimento (per mancanza di offerte ovvero diserzione dell'incanto), non avrebbe libertà di scelta sulla modalità di prosecuzione della vendita, in quanto, se fosse partito con il sistema delle offerte in busta, dovrebbe necessariamente passare all'incanto e, se invece fosse partito con l'incanto, potrebbe continuare secondo tale modalità solo mantenendo immutati il prezzo e le condizioni di vendita, mentre in caso contrario, dovrebbe passare alla vendita senza incanto. In entrambi i casi, dopo la scelta di partenza (e laddove la stessa non abbia immediatamente successo), sembra inevitabile concludere che il sistema resterebbe, almeno in questa seconda fase, integralmente regolato dalla disciplina del cpc, (si applicherebbero integralmente sia l'art. 569/3° co. che l'art. 591/2° e 3° co. cpc, alle fasi successive della vendita, e di fatto verrebbe meno la distinzione alternativa tra vendita con incanto e senza incanto, esattamente come si è ritenuto potersi affermare per il sistema dell'esecuzione individuale).

Orbene, ad avviso di chi scrive, se si vogliono analizzare le nuove disposizioni senza posizioni preconcepite, una conclusione del genere, oltre a non trovare affatto fondamento incontrovertibile nel testo letterale delle norme attualmente in vigore, appare piuttosto lontana da qualunque ipotesi si possa avanzare sulla ratio delle stesse, per come risultano dopo gli ultimi interventi.

Parrebbe dunque più ragionevole limitare la scelta all'opzione tra l'applicazione integrale e immediata (sin dall'inizio, e cioè dal primo esperimento di vendita) della nuova disciplina (ritenendo ormai unificati i sistemi di vendita forzata immobiliare ed implicitamente abrogato l'art. 108/1° co. LF), e la sua applicazione limitata alle disposizioni che disciplinano le singole forme di vendita, senza vincoli nel passaggio dall'una all'altra forma di vendita (ritenendo ancora sussistente la distinzione tra il sistema della vendita con incanto e della vendita senza incanto, e considerando tale alternatività diacronica per l'esecuzione individuale e sincronica per l'esecuzione concorsuale, con conseguente possibilità per il GD di scegliere, alle condizioni previste, uno dei due sistemi, e proseguire con detto sistema anche in caso di fallimento del primo esperimento di vendita, senza vincoli derivanti dalle norme del cpc che disciplinano il passaggio tra le due forme di vendita, da ritenersi incompatibili con la legge fallimentare, in quanto applicabili solo nel sistema di alternatività diacronica e non in quello di alternatività sincronica).

Sul secondo quesito, si potrebbe osservare che, se si ritiene delegabile dal GD la sola vendita con incanto, sulla base dell'argomento della possibilità della cd. delega parziale, allora, coerentemente, dovrebbe ritenersi delegabile anche la sola vendita senza incanto.

Di conseguenza, dovrebbe ammettersi che il GD possa delegare la sola vendita senza incanto ad un professionista e riservarsi di fissare successivamente (davanti a sé ovvero delegandola nuovamente) la vendita con incanto ovvero una nuova vendita senza incanto.

3.3- ALTRE POSSIBILI MODALITÀ CONCRETE DELLA VENDITA FALLIMENTARE

Appare evidente che, in base all'impostazione secondo cui l'alternatività sincronica delle due forme di vendita nel diritto fallimentare, esclude la compatibilità con la LF dell'art. 569/3° co. e dell'art. 591/2° e 3° co. cpc, al GD resterebbe libertà quasi assoluta nello stabilire il sistema della vendita e le modalità della successione dei diversi sistemi (anche se non le modalità concrete di ciascun sistema).

In altri termini, oltre a stabilire se procedere alla vendita senza incanto o con incanto, il GD potrebbe di certo, con, la stessa ordinanza di vendita, stabilire di delegare (o tenere davanti a sé) una doppia vendita successiva eventuale, organizzata secondo le modalità di cui all'art. 569/3° co. (offerte in busta; eventuale gara tra offerenti; eventuale incanto), applicando integralmente le norme del cpc, ivi incluso l'art. 591-bis.

Presumibilmente, in coerenza con le premesse di questa opzione interpretativa, non dovrebbero ravvisarsi ostacoli neanche a ritenere possibile addirittura una inversione delle modalità di passaggio dall'una all'altra forma di vendita stabilite nel cpc: ad es. al GD dovrebbe ritenersi consentita un'ordinanza di vendita con incanto che preveda *ab initio*, in caso di incanto deserto, una successiva vendita senza incanto, anche delegata (previa eventuale acquisizione del consenso dei creditori iscritti).

Il richiamo dell'art. 105 LF resterebbe infatti, come anticipato, limitato in sostanza alle sole modalità della pubblicità, nonché ai termini e al concreto svolgimento delle operazioni di

vendita (con incanto o senza incanto), escludendosi la compatibilità con la legge fallimentare di ogni disposizione che disciplina i rapporti e i passaggi tra le due forme di vendita.

4.- Problematiche delle vendite in itinere.

Il problema della **disciplina transitoria** (art. 2 comma 3 *sexies* d.l. 35/2005 : "*Le disposizioni di cui ai commi 3, lettera e), numeri da 2) a 43-bis), e 3-ter, lettere a-bis), b), c), c-bis), d), e) ed f), entrano in vigore il 1° marzo 2006 e si applicano anche alle procedure esecutive pendenti a tale data di entrata in vigore. Quando tuttavia è già stata ordinata la vendita, la stessa ha luogo con l'osservanza delle norme precedentemente in vigore. L'intervento dei creditori non muniti di titolo esecutivo conserva efficacia se avvenuto prima del 1° marzo 2006*") è in discussione per l'esecuzione individuale e, mi pare siano state prospettate tre soluzioni interpretative:

1) la norma transitoria riguarda la “fase della vendita”: quindi si ritengono applicabili le vecchie norme sulle vendite a tutte le procedure in cui si sia giunti a questa fase, e dunque una vendita sia stata comunque già ordinata prima del 1° marzo (soluzione scelta a Milano);

2) la norma transitoria riguarda le singole “vendite”, e cioè i singoli esperimenti di vendita; quindi, le nuove norme si applicano in tutti i casi in cui, dopo il 1° marzo, un tentativo di vendita (un esperimento d’asta, un tentativo di vendita senza incanto ecc.) non abbia buon fine e debba essere nuovamente tenuto (quindi anche in caso di incanti deserti o mancanza di offerte per il senza incanto; mi pare che sia la soluzione prescelta a Monza e a Roma); in base a tale opzione, inoltre, poiché la fase della gara dopo l’offerta in aumento ha – secondo la giurisprudenza di legittimità - carattere di nuova ed autonoma fase processuale, in caso di aggiudicazione successiva al 1° marzo 2006, sulla base di vendita ordinata in precedenza, le eventuali offerte in aumento dovrebbe essere superiodi un quinto e non di un sesto al prezzo di aggiudicazione;

3) la norma transitoria riguarda le singole “ordinanze di vendita”; quindi, se è stata fissata o delegata la vendita con incanto prima del 1° marzo, si applicano le vecchie norme anche per i successivi incanti, salvo il caso in cui sia necessario emettere una nuova ordinanza di vendita, solo in tale ultimocaso dovrebbero applicarsi le nuove norme (es. nel passaggio dalla vendita senza incanto alla vendita con incanto o viceversa, ammesso che tale ultimo passaggio sia possibile nell'esecuzione, ovvero in altri casi in cui si modifichi sostanzialmente l’originaria ordinanza di vendita, o comunque se ne emetta una nuova, ad es. modificando i lotti o altre condizioni, ovvero laddove per vizi di forma o di sostanza, il giudice debba revocare l’ordinanza di vendita già emessa ed emetterne una nuova; in quest’ottica resta dubbio il caso più frequente, e cioè quello del ribasso del prezzo; mi pare si tenda a ritenere che, almeno se detto ribasso sia stato già autorizzato nell’originaria delega, esso non costituirebbe modifica dell’ordinanza di vendita; questa è l’impostazione intermedia che mi pare si intenda seguire a Napoli e che sembra preferita dai primi commentatori, come Capponi; essa presenta il vantaggio, e al tempo stesso lo svantaggio, che le conseguenze della sua applicazione sono variabili in base al concetto che si assuma di “nuova ordinanza di vendita”).

Il problema pratico riguarda soprattutto l’eventuale necessità di fare integrare la relazione di stima e disporre (eventualmente, laddove si ritenga immediatamente applicabile l’art. 490 cpc anche prima dei decreti ministeriali che individueranno i siti internet abilitati) l’integrale pubblicazione in sito internet (di fatto, almeno per la mia esperienza pratica, la relazione è sempre priva di alcune delle indicazioni di cui al nuovo art. 173-*bis* d.a. cpc e non è quasi mai disponibile su supporto elettronico), ma potrebbe porsi anche per gli eventuali ribassi (di quinto o di quarto?) e per la sorte delle aggiudicazioni provvisorie posteriori al 1° marzo (se non avvenute nel primo incanto successivo a tale data, ma in un incanto successivo, l’aumento dovrà essere di quinto o di sesto?).

I problemi specifici delle vendite fallimentari derivano poi, mi pare, da due circostanze ulteriori:

1) in primo luogo l'ordinanza di vendita non è comunicata al fallito e ai creditori, e quindi non so fino a che punto e quando il vizio di una eventuale vendita disposta o tenuta con modalità discutibili, possa ritenersi sanato in mancanza di reclami;

2) inoltre non è del tutto chiaro quando debba ritenersi "ordinata" la vendita: quando il curatore chiede nominarsi lo stimatore o questi deposita la consulenza (è questo il momento in cui, mi pare, si forma il fascicolo della vendita)? oppure quando il GD decide se attuare la vendita con incanto o senza incanto? O solo quando è depositata l'ordinanza di vendita? (ho una serie di procedure in cui esiste un provvedimento ante-1° marzo del genere: "si proceda a vendita senza incanto; il curatore a acquisisca il parere del CdC e predisponga bozza di ordinanza di vendita senza incanto", oppure: "si proceda a vendita con incanto; notaio delegato Tizio; pubblicità in forma economica; il curatore predisponga bozza di delega"; in tali casi si può ritenere già ordinata la vendita? e, se l'ordinanza di vendita viene emessa dopo il 1° marzo sulla base di un precedente provv. come quelli indicati, sarà soggetta alle nuove norme, ivi inclusa la necessità di fare integrare la relazione di stima con le indicazioni di cui all'art. 173-bis d.a. nuovo testo?). È chiaro che disporre la integrazione di tutte le relazioni di stima depositate anteriormente al 1° marzo, ove non sia stata emessa l'ordinanza di vendita (ovvero ove un incanto vada deserto), significherebbe rallentare non poco i tempi di durata delle procedure.

Ancora: spesso capita che il GD disponga la vendita con incanto (e magari la deleghi) e, nel corso delle operazioni (poiché perviene un'offerta al curatore), decida di attuare un tentativo di vendita senza incanto e quindi **SOSPENDE** le operazioni delegate e disponga una vendita senza incanto; poi le offerte non pervengono (o per altri motivi la vendita senza incanto non si perfeziona); possono proseguire le operazioni sospese (sulla base dell'originaria delega, e quindi con le vecchie norme) o si deve ordinare una nuova vendita e quindi fare integrare la consulenza?

5.- La vendita dei beni indivisi

Si tratta di una situazione che tradizionalmente crea problemi di natura pratica in sede di liquidazione dell'attivo. La quota indivisa di un bene immobile è poco appetibile sul mercato e le difficoltà e la durata media dei giudizi di divisione inducono spesso a finire per stipulare transazioni con il comproprietario, transazioni che sono addirittura ritenute da taluni al limite della legittimità, celando essi di fatto delle vere e proprie vendite immobiliari a trattative private e che comunque non infrequentemente comportano nella pratica la svendita della quota immobiliare acquisita al fallimento.

La situazione appare ancor più complessa nei casi in cui l'immobile acquisito in quota al fallimento presenti abusi edilizi, dal momento che, in tale eventualità, secondo un orientamento giurisprudenziale diffuso, specie negli uffici giudiziari partenopei, il bene potrebbe addirittura essere considerato non divisibile (con conseguente rigetto dell'azione di divisione promossa dal curatore davanti al giudice civile, e necessità di procedere mediante l'alienazione della quota indivisa, con perdita certa di valore proporzionale rispetto alla vendita dell'intero immobile e alla divisione del ricavato tra i comproprietari; anche in questo caso, di fatto, finisce per avvantaggiarsi il comproprietario, in genere un parente stretto del fallito e corresponsabile dell'abuso edilizio, il quale, se non in via transattiva, anche in sede di vendita ordinaria, finirà per essere il più probabile candidato all'acquisto della quota ad un

prezzo vile, con il paradossale risultato di premiare l'autore degli abusi edilizi, se non indirettamente lo stesso fallito, a scapito degli interessi della massa dei creditori).

Anche sotto questo profilo, le nuove disposizioni in materia di esecuzione individuale presentano una rilevante novità, in quanto è stato modificato il secondo comma dell'art. 600 cpc («*Il giudice dell'esecuzione, su istanza del creditore pignorante o dei comproprietari e sentiti tutti gli interessati, provvede, quando è possibile, alla separazione della quota in natura spettante al debitore. Se la separazione in natura non è chiesta o non è possibile, il giudice dispone che si proceda alla divisione a norma del codice civile, salvo che ritenga probabile la vendita della quota indivisa ad un prezzo pari o superiore al valore della stessa, determinato a norma dell'articolo 568*») e, soprattutto, l'art. 181 disp. att. cpc («*Il giudice dell'esecuzione, quando dispone che si proceda a divisione del bene indiviso provvede all'istruzione della causa a norma degli articoli 175 e seguenti del Codice, se gli interessati sono tutti presenti. Se gli interessati non sono tutti presenti, il giudice dell'esecuzione, con l'ordinanza di cui all'articolo 600, secondo comma, del codice fissa l'udienza avanti a sé per la comparizione delle parti concedendo termine alla parte più diligente fino a sessanta giorni prima per l'integrazione del contraddittorio mediante la notifica dell'ordinanza*»).

Mentre in precedenza si discuteva se il giudizio di divisione dovesse svolgersi davanti al giudice dell'esecuzione ovvero davanti all'ufficio giudiziario competente secondo le regole ordinarie (e questa seconda teoria era prevalente, anzi direi che non si dubitasse neanche che il giudizio di divisione dovesse svolgersi davanti al giudice del luogo ove era sito l'immobile, se estraneo al circondario dell'ufficio giudiziario procedente in sede esecutiva, mentre la prassi di solo alcuni tribunali era orientata all'assegnazione al GE persona fisica, in luogo che alle sezioni civili tabellarmente competenti, dei giudizi di divisione per così dire "interni"), oggi, dopo la modifica del secondo comma dell'art. 181 d.a. cpc, sembra evidente che sia stata scelta la prima opzione.

Dunque, oggi l'eventuale giudizio di divisione si svolge sempre davanti al GE (anche laddove l'immobile si trovi in un circondario diverso, ipotesi non frequente nell'espropriazione individuale, ma non rara nell'esecuzione concorsuale).

Applicando la nuova disposizione anche in sede fallimentare, si potrebbero superare alcuni dei problemi segnalati, in quanto, essendo di regola già disponibile la relazione di stima e la relazione ventennale, nel momento in cui viene chiesta la vendita (e quindi nel momento in cui il GD dovrebbe convocare le parti al fine di verificare la possibilità di una divisione in natura del bene e, in mancanza, al fine di dare avvio al giudizio di divisione davanti a sé), pare evidente che la durata del giudizio di divisione potrebbe notevolmente ridursi, e ciò renderebbe più efficiente la liquidazione delle quote immobiliari acquisite al fallimento.

Sarebbe inoltre più agevole il superamento dei discutibili indirizzi in tema di indivisibilità degli immobili abusivi che tendono ad affermarsi da parte dei giudici civili (quanto meno, e senza volere neanche porre in dubbio le argomentazioni alla base di tali orientamenti, considerando le vendite effettuate in sede di divisione conseguente ad espropriazione forzata individuale o concorsuale come da ricomprendersi nell'ambito delle vendite forzate e non nell'ambito di quelle ordinarie negoziali, in modo da ritenere applicabile l'eccezione prevista dalla legge n. 47/1985 all'incommerciabilità degli immobili abusivi).

In tal senso, potrebbe, discutersi se l'immediata applicabilità delle nuove norme ai giudizi in corso consenta di chiedere la riassegnazione ai rispettivi GD dei giudizi di divisione promossi dai curatori fallimentare e non ancora conclusi (almeno per quelli pendenti davanti al medesimo ufficio giudiziario di quello fallimentare, per i quali non opera lo sbarramento costituito dall'art. 5 cpc, peraltro superabile, ove si consideri la nuova disposizione come meramente interpretativa e non innovativa).

Occorre infine chiedersi se la possibilità di procedere al giudizio di divisione in sede esecutive e/o fallimentare costituisca una necessità, ove non si intenda procedere alla vendita della

quota, o se invece costituisca una mera facoltà, rimessa alla discrezionalità degli organi della procedura in ordine ai tempi e ai modi della liquidazione dell'attivo, potendosi comunque optare per la proposizione da parte del curatore di una ordinaria azione di divisione davanti al giudice competente per territorio, almeno in casi determinati (al curatore si riconoscerebbe in altri termini, previa autorizzazione del GD, la facoltà di non richiedere al GD stesso la vendita, e quindi di non mettere in moto il meccanismo dell'art. 600 cpc, ma di optare per la proposizione dell'azione di divisione davanti al giudice competente, riservandosi di chiedere la vendita dei beni ottenuti in piena proprietà in sede di divisione, ovvero di acquisire all'attivo la mera quota di danaro ottenuta in caso di impossibilità della divisione in natura; tale modo di procedere potrebbe essere ritenuto preferibile laddove lo scioglimento della comunione, per essere la stessa ad es. di natura ereditaria, comporti la necessità di risoluzione di problematiche ulteriori rispetto alla semplice divisione o alienazione di un singolo bene immobile).