

MODERATORE

Direi che siamo costretti a iniziare, anche se siamo in pochi, perché altrimenti la cosa non va avanti, non decolla. Allora, dicevo prima che uno dei temi di maggiore interesse della riforma del 2009 sarà l'introduzione dell'art. 614 bis, che sulla base dei modelli esteri, ha previsto una condanna per il caso di inadempimento agli obblighi, alle obbligazioni di fare o di non fare infungibili. Avevamo previsto per questa sessione una relazione di un Giudice francese, si tratta di un istituto che in Francia è già conosciuto; purtroppo all'ultimo momento è venuto meno, poco male, perché abbiamo il collega De Stefano, meglio detto Francò a questo punto, che per la verità ha lavorato insieme a Chalopin su un testo pubblicato dalla rivista "Esecuzioni forzate", e che quindi potrà illustrarci questa premessa comparativista, prima dell'illustrazione più specifica della nuova norma che è stata fatta da Luciana Barreca. Quindi do la parola a Franco De Stefano.

DOTT. FRANCO DE STEFANO

Grazie e buonasera a tutti.

Per mio tramite, il collega Alain Chalopin vi trasmette le sue sincere scuse per un imprevisto familiare, che lo ha costretto a non essere presente. Dunque, la riforma della legge 69 del 2009 prende a prestito, imita, o comunque si prefigge come modello, almeno due istituti dell'ordinamento francese, processuale francese: il primo è il calendario del processo, che non rientra nel nostro campo di attenzione; il secondo è la misura dell'art. 614 bis, per il quale, così, sempre nei nostri forum ho da qualche tempo lanciato l'idea di una definizione coercitoria che possa dare il senso di questa novità. Allora noi come esecuzione nel nostro ordinamento abbiamo una attenzione, si può dire, quasi esclusivamente focalizzata sulle espropriazioni, sulle esecuzioni in forma specifica, tranne la penosa emergenza abitativa, generalmente non si sofferma. Si è guardato allora all'esperienza di altri ordinamenti, ma prima di passare la parola a Luciana Barreca cercherò di dimostrarvi che forse erano probabilmente inesatti i presupposti, abbiamo pensato, quindi, di rivolgere la nostra attenzione a un ordinamento dove l'esecuzione non presenta, ma ci vorrebbe molto, gli stessi problemi che ci sono in Italia, e cioè in Francia. In Francia l'istituto delle astreinte, che significa.. è difficile da tradurre letteralmente, viene dal verbo costringere, astreinte, che a sua volta ha una varietà di significati, in campo giudiziario le astreinte sono delle misure accessorie, delle sanzioni pecuniarie private accessorie, che qualunque Giudice può pronunciare, dicono i francesi, assortendo, cioè munendo così il proprio comando in qualunque materia, tranne poche eccezioni, e con qualunque tipo di esecuzione, munendo il proprio comando di una forma di pressione che vi assicuro in Francia è molto sentita. Sentirsi condannare su astreinte se si vuole utilizzare il loro lessico, per molti è una vera e propria sciagura. Io mi chiedo quanti dei debitori italiani pensino a una condanna realmente come una sciagura, o non piuttosto alle mille e mille possibilità che si possono prospettare per evitarla. Allora, è un istituto introdotto dalla Giurisprudenza, la prima pronuncia si fa risalire concordemente al 1824. La Cassazione ritenne possibile, in via di

interpretazione, che qualunque Giudice nel momento in cui emanasse un qualunque comando, all'inizio soprattutto per le obbligazioni di fare e di non fare, ma via via estendendolo a qualunque comando, potesse stabilire che il debitore condannato fosse contestualmente condannato a pagare anche una, chiamiamola, penale, per capirci un attimo, una somma aggiuntiva per ogni inadempimento successivo. I francesi hanno quindi elaborato in 180 anni una nozione di astreinte molto, molto precisa, molto particolare, di recente l'hanno emessa anche a favore e contro gli enti pubblici, per esempio. L'hanno messa a favore, l'hanno messa come accessorio di condanne penali pecuniarie, o di condanne penali alternative. Sono, cioè, permeati dalla convinzione che il comando del Giudice intanto vada eseguito, e anche questo per noi è rivoluzionario, e in più che il Giudice possa ricavare dal sistema questo tipo di condanna. Abbiamo detto qualunque Giudice, l'astreinte francese prevede, quindi, che nel momento in cui si pronuncia una condanna, quindi siamo nella cognizione, qualunque Giudice possa, questo come norma generale, possa emanare una astreinte, possa quindi dire "condanna altresì il debitore tizio al pagamento di euro tot per il primo inadempimento, di euro diverso, generalmente maggiore per il secondo"; oppure: "di euro tot per ogni giorno di ritardo per i primi 10 giorni, di un maggior numero per i secondi 10 giorni", e così via. I francesi molto pragmaticamente individuano due fasi, una fase di liquidazione preceduta da una fase di irrogazione. Lo dicono spesso gli interpreti, cioè dapprima il Giudice, come dire, tuona, dice: "tu debitore se non pagherai subirai queste enormi conseguenze". E' una minaccia, ma non è una minaccia ancora concreta, il debitore generalmente, sembrerà strano, ma con questa minaccia si induce a adempiere. Vi ricordo, mentre prima era una forma di pressione per adempiere agli obblighi di fare o di non fare, adesso è per tutti i tipi di condanna, tranne poche eccezioni che vedremo. Se poi il debitore veramente non adempie, il creditore di questa condanna si rivolge a quello che potremmo avvicinare al nostro Ufficiale giudiziario, "huissier de justice", usciere di giustizia da noi sembrerebbe, che so, una specie di ausiliario, e invece è un professionista molto potente, perché ha lo stesso titolo degli Avvocati e dei notai, maitre, e è investito dal creditore al fine di fare qualunque cosa lecita, naturalmente, ma ce ne sono tante, in suo potere per conseguire il soddisfacimento del credito. Quindi con la constatazione dell'Ufficiale giudiziario, chiamiamolo così, ma per grosse linee, sulla base della constatazione dell'Ufficiale giudiziario si avrà poi la liquidazione, fatta questa volta dal Giudice dell'esecuzione, per questo diventa attuale il Giudice dell'esecuzione, che quantifica la sanzione privata, chiamiamola così, accessoria, e sulla cui base, e sulla base di questa quantificazione, si ha un nuovo titolo esecutivo di pagamento. E' anche importante stabilire e ricordarci che affianco alla competenza di qualunque Giudice, quindi della Corte d'Appello, in Francia non c'è la Cassazione con decisione nel merito, ma se ci fosse bisognerebbe quindi estendergliela, perfino i Giudici non togati, come "Prudom" per quanto riguarda la Giustizia del Lavoro, e così via, qualunque Giudice ha una competenza quindi generale per le proprie pronunce, in più c'è una competenza speciale del Giudice dell'esecuzione. L'astreinte è importante perché il concetto ci consentirà probabilmente di agganciarci in quello che voleva il nostro legislatore, l'astreinte non è un risarcimento del danno, ne prescinde quasi

totalmente, se non ai fini di una determinazione. Non è cioè una clausola penale, non è cioè una determinazione anticipata del danno derivante dall'inadempimento; dicono i francesi che è una alternativa ulteriore rispetto all'esecuzione, quando è possibile, e rispetto ai "dommage enterré", cioè al risarcimento del danno. Presupposto dell'astreinte francese è che si possa eseguire il titolo, e qui incominciamo a vedere qualche differenza con l'astreinte casereccia, nostrana. Perché l'astreinte deve essere un mezzo ulteriore, accessorio, sussidiario di pressione, affinché il debitore adempia spontaneamente. Io più che spontaneamente parlerei di volontariamente, perché tanto spontaneo.. non vedrei un debitore costretto a sanzioni progressive che corrono il rischio di diventare astronomiche, anche se poi potrebbero non essere liquidate tale. Quindi astreinte diversa dall'esecuzione, ma che presuppone la possibilità di eseguire. Tanto è vero che nei pochissimi casi in cui i francesi non eseguono, che sono prestazioni personalissime, figuratevi che, sia pure nel secolo scorso, non fu negata l'astreinte nemmeno a una ballerina di streeptease che aveva un contratto con il famoso Moulin Rouge. Non era quindi esentata, nonostante la personalità artistica, fu detto all'epoca, della prestazione, non fu esentata dall'esecuzione, e né fu esentata dall'astreinte. Da noi vedremo che per esempio si presuppone un obbligo di fare infungibile, e noi sappiamo che l'obbligo di fare infungibile, per definizione del nostro ordinamento, non è suscettibile a esecuzione coattiva. Nel nostro ordinamento mettiamo insieme.. poi questi contratti, insomma, sono eseguiti in modo diverso, come sappiamo dalla cronaca. Accanto agli obblighi di fare infungibili, che sono inesequibili, in Italia abbiamo messo gli obblighi di non fare, che sono tutt'altro che inesequibili, anzi sono i più facili tendenzialmente da eseguire, come chi ha esperienza, o chi avrà esperienza di 612 sa benissimo quando si tratta di opere materiali. In più la differenza dal risarcimento del danno impedisce che si possa prenderla a base della pena. La pena, la sanzione privata coercitoria, scusate, è un nome che mi è venuto qualche mese fa, ci insisterò, qualcun altro aveva proposto compulsoria, ma mi dava più l'idea della malattia mentale, coercitoria al limite ci possiamo ragionare; il Giudice francese è sovrano, l'aggettivo che usa la Giurisprudenza è souverain, sovrano, alla pari di qualunque organo dotato della massima potestà giurisdizionale, legislativa. Non ha obbligo di motivazione, provvede anche d'ufficio, altra notazione; provvede soprattutto in materia di lavoro; provvede a prescindere non solo dal risarcimento del danno, ma anche dalla gravità dell'inadempimento. Solo una condotta delle parti nelle fasi dell'esecuzione può mitigare, può indurre il Giudice dell'esecuzione in fase di liquidazione, può indurre a una concreta determinazione molto limitata. In Francia non c'è possibilità, se non con l'appello ordinario, non c'è possibilità di appellare, di impugnare, i provvedimenti in materia di astreinte, anche se vengono ammessi gli appelli separati sul punto, non è possibile il ricorso per Cassazione. Si ha, cioè, una enorme, inconcepibile fiducia nell'organo giudicante, il quale la ripaga con una estrema misura nella pronuncia dei provvedimenti. Provvedimenti che non per questo non sono anche formidabili come entità concretamente irrogata, ma che quasi sempre colgono nel segno di indurre il debitore ad spontaneamente, volontariamente, adempiere, e che comunque quando nel caso concreto raggiungessero dei risultati aberranti rispetto a un comune sentire

condiviso, anche qui un'altra particolarità francese, possono essere con semplice provvedimento del Giudice delle esecuzioni soppresse. Allora, perché dicono che l'astreinte non deriva dalla jurisdiction, ma dall'imperium, dal potere del Giudice di far sì che le sue pronunce siano effettive. Se questi sono i presupposti concettuali e ordinamentali, dovremo fare un po' i conti con la trapiantabilità, con la trasponibilità di questo istituto in un contesto culturale e giuridico piuttosto diverso, qual è il nostro. Per concludere sulla panoramica per quanto riguarda il diritto francese, e per quanto riguarda, appunto, la prima delle differenze che sicuramente sulle quali Luciana Barreca ritornerà, c'è quindi una duplicità di fasi; ma è duplicità di fasi, cioè la comminatoria, l'irrogazione, la pronuncia solenne di questo astreinte, e la concreta liquidazione, non comportano, come in altri ordinamenti ciascuno 4 o 5 gradi di giurisdizione, no, il tempo per l'esecuzione dell'astreinte vale dai 4 agli 8 mesi; tenete presente che una volta liquidata l'astreinte dà luogo a un titolo esecutivo di pagamento. Altre peculiarità che vanno tenute presenti e che la iniquità della prestazione, alla quale il nostro legislatore si è ispirato aprendo una falla nella diga, con risultati imprevedibili, è rimessa alla valutazione attenta del caso concreto, ma in ogni caso nessuno dubita che il debitore per definizione debba adempiere, che soltanto fatti riconducibili all'abuso del diritto da parte del creditore, o a difficoltà imprevedibili da parte del debitore possano mandarlo esente. Anche per situazioni personali, vi ho detto il caso della ballerina di streaptease del Moulin Rouge magari è piuttosto datato, ma se la cosa vi può far piacere, anche qui siamo alla fine dell'800, era per far cessare a una signora un rapporto di concubinato notorio. Erano condanne ritenute coercibili, io non oso immaginare che cosa sarebbe successo con una forza pubblica. Perché sostanzialmente l'ordinamento francese sconosceva, non aveva, soprattutto nel 1800 e nei primi del '900, non aveva mezzi equivalenti al nostro 612 in tutto e per tutto, cioè non si poteva costringere qualcuno a fare qualcosa, per cui lo si minacciava di questa esecuzione pecuniaria, che però aveva i suoi risultati, e sembra che anche adesso li abbia. Sul punto non voglio dilungarmi, anche perché l'elenco dei casi in cui sono state comminate è lunghissimo; certamente la progressività della sanzione è un elemento di forza, cioè lo stesso Giudice che pronuncia l'astreinte determina la progressività, 100 euro per il primo giorno, 150 per il secondo, 200 per i terzi dieci giorni, e così via. Tendenzialmente non è neanche così complicato e può prevedere addirittura dei meccanismi di progressione aritmetica o geometrica. Anche qui è da dire che, e questo ci potrà essere utile perché so che Luciana Barreca affronterà il problema, non viene considerato un capo autonomo di domanda, perché è un accessorio della condanna. A differenza degli esempi, e solo qui, come dire, a cerniera con quanto ci dirà adesso Luciana Barreca, mi dilungo per evidenziare così una differenza, non c'è in nella previsione francese, quindi, nessuna altra remora. Solo nel '90 o nel '91 è stata disciplinata per legge; prima, fino a quel momento, era tutta dal punto di vista una elaborazione assolutamente pretoria. Per quanto riguarda, quindi, la domanda, l'accessorietà, comporta che non ci sia.. dunque, in Francia non esiste tendenzialmente alcun sistema di preclusioni, semplicemente, banalizzo e mi scuso con tutti quelli che ne fanno più di me presenti in aula, e comunque con l'accademia presente, ma banalizzo per

cercare di trasmettere un'idea, in Francia non esiste un sistema di preclusioni semplicemente perché a nessuno verrebbe in mente, dopo precisate le conclusioni in tempi ragionevolissimi, e dopo aver scambiato con la controparte, senza bisogno di norme processuali, perché lo ritengono derivante dal proprio codice deontologico, dopo essersi scambiati le conclusioni, a nessuno verrebbe in mente di riaprire il tema del dibattito. Lì gli ordini professionali, ma anche i Magistrati, sono estremamente severi nel controllare la deontologia. Non c'è preclusione. Per questo si ritiene che la condanna definitiva o meno, provvisoria o meno, in Francia non c'è però tendenzialmente, è un po' come da noi prima della riforma del '90, la sentenza di primo grado deve essere munita della clausola, salvi i casi eccezionali. La domanda di astreinte è insita, è immanente nel sistema. Le parti sanno che se il Giudice lo ritiene giusto, tendenzialmente nessuno contesta l'irrogazione in sé, il Giudice potrà comunque, anche d'ufficio, irrogare una condanna a una astreinte, il che significa che una richiesta di condanna a una astreinte non si cumula, per dirlo in termini italiani, non si cumula con i petita, non è domanda in senso stretto, non ha ciò a oggetto la determinazione di un bene della vita che le parti controvertono; ma essendo un accessorio della condanna, in Francia quanto meno, credo di poter dire anche in Italia, può essere, come una volta lo era la clausola di provvisione di esecuzione, pronunciata, qualunque Giudice pronunci una sentenza, in Francia di condanna, da noi una condanna a un fare infungibile o a un non fare, senza che questo sbilanci la competenza. La cosa importante, e qui mi fermo, che l'esperibilità, soprattutto in materia di diritto di famiglia, in Francia, potrebbe aprire orizzonti veramente nuovi e inesplorati nel diritto italiano, dove l'esecuzione dei provvedimenti in materia di famiglia, è chiaro, limitati ai non fare, o ai fare infungibili, ma quante condotte del genitore affidatario del minore, per esempio, possono ricondursi al fare infungibile, piuttosto che con i salti mortali al 612 o al 336 del Codice Civile, e così via. Potrebbe avere un campo di applicazioni soprattutto sui nuovi diritti, quelli meno suscettibili di esecuzione forzata, in senso tradizionale. E' con questo auspicio che passo la parola a Luciana per l'illustrazione dell'astreinte in diritto italiano.

DOTT.SSA LUCIANA BARRECA

Parto immediatamente con l'interpretazione della norma, intanto con la lettera della norma, al fine di individuare più nel dettaglio l'ambito di applicazione. Ne ha già detto Franco De Stefano, la nuova misura, la misura coercitiva, si applica, così la chiamo io, poi vedremo di individuare una denominazione convenzionale, alle ipotesi, diciamo all'attuazione, all'esecuzione, e vedremo come, degli obblighi di fare infungibile, o di non fare. Quindi il nuovo istituto si colloca sistematicamente nel Titolo IV, che è destinato all'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare, ma vengono certamente eccettuati, diciamo così, gli obblighi di fare fungibile. E' inutile qui stare a ripetere che cosa si intende per fungibile e infungibile, la differenza tra l'esecuzione forzata degli obblighi di fare per espropriazione, ci torneremo magari per le conseguenze applicative specifiche. Certamente, quindi, l'istituto non si applica agli obblighi di consegna o di rilascio, e alle obbligazioni pecuniarie, quindi peraltro

per le quali abbiamo altri titoli del Codice del processo esecutivo, altre modalità di svolgimento del processo esecutivo. Oltre a queste esclusioni che trovano una esplicita previsione già nella rubrica e nel testo della norma, nonché nelle ragioni che già emergono dalla relazione di Franco De Stefano, della sua introduzione nel nostro ordinamento, vale a dire il fatto che gli obblighi di fare infungibile sono da sempre ritenuti insuscettibili di esecuzione forzata, a differenza invece degli obblighi di non fare o di patti che per alcuni aspetti sono suscettibili a esecuzione forzata, diciamo, a parte questa esclusione ce n'è un'altra che trovate nell'ultimo inciso del primo comma del 614 bis, cioè le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato, e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409. Questa esclusione, a differenza invece delle altre due, non trova una giustificazione tecnico – giuridica, è evidente che è una scelta di politica legislativa, forse di dubbia legittimità costituzionale, volta a escludere, come dire, l'astreinte, o la coercizione, con riferimento a quella che è una delle principali forse obbligazioni di fare infungibile che vengono imposte al datore di lavoro, vale a dire la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Questa obbligazione, anche se contenuta in un comando giudiziale, continuerà a non essere, diciamo così, eseguibile né per via diretta, né per via indiretta, salvo eventualmente il risarcimento del danno, che come vedremo è cosa diversa dalla nostra misura coercitiva. Detto ciò, e quindi delimitato così il campo di applicazione, possiamo dire che a questo punto abbiamo certamente una misura coercitiva a carattere generale, con riferimento a queste due categorie di obblighi. E questo ci consente quindi di distinguerla da qualche timido precedente dell'ordinamento italiano, in particolare vi segnalo l'art. 140, comma settimo, del Codice del Consumo, che è veramente l'immediato antecedente, diciamo così, introdotto in Italia sempre perché vi era una direttiva a tutela del consumatore, comunitaria, che imponeva di prevedere delle sanzioni per il caso di inadempimento, o di ritardo da parte del professionista, sono parecchie le differenze, però temo che non abbiamo il tempo ovviamente di affrontarle in questa sede, le due principali che vi segnalo sono: l'astreinte del consumatore, il 140 comma settimo, può essere imposta anche d'ufficio, e che beneficiarie della misura però non sono le associazioni che hanno agito in giudizio, ma è l'Erario. Questo pone dei problemi abbastanza seri in fase esecutiva, e anche di opposizione all'esecuzione, perché le somme devono essere versate all'Erario per essere riassegnate con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze a un apposito fondo per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori. Al 2009 questo fondo, ovviamente, non esiste, anche perché nessuna di queste condanne, quando è stata pronunciata, è stata poi portata a esecuzione. Questo è un dato che risulta appunto da una richiesta formale al Ministero. Altre due astreinte, praticamente anche queste di dubbia, diciamo così, attuazione fino a oggi, sono le inibitorie di diritto industriale e quelle del diritto d'autore. Franco De Stefano ha fatto riferimento agli obblighi in materia di famiglia, vi segnalo il 709 ter comma secondo, numero 4, che prevede però una sanzione amministrativa, quindi un pagamento alla Cassa delle ammende nel caso di genitore inadempiente, diciamo così, nelle ipotesi previste dallo stesso 709 ter. Quindi

diciamo che finalmente invece il nostro ordinamento ha, salvo quelle eccezioni espresse e un'altra di cui vi diremo, una misura a carattere generale. Che cos'è l'ha già detto Franco De Stefano, è certamente una pena privata, cioè una sanzione pecuniaria civile, che prescinde, salvo che per un piccolo aspetto che riguarda la misura, e poi ci torneremo, dal risarcimento del danno. Cioè non ha nulla a che vedere col fatto che è il creditore, attore, che abbia ottenuto, era vedremo in che termini, la condanna da parte del Giudice, dimostri, provi, alleggi, deduca un eventuale danno che possa derivare dall'inadempimento del suo debitore. Siamo d'accordo, direi, sul fatto che si tratti di una misura a carattere accessorio e dipendente dalla condanna principale. Lo desumiamo dall'inizio del primo comma, con il provvedimento di condanna il Giudice fissa la somma di denaro dovuta dall'obbligato. Quindi ci vuole in realtà la condanna all'obbligo di fare infungibile, o di non fare, contiene due capi: la condanna, la prestazione chiamiamola principale è se c'è, ora lo vedremo nei presupposti, la richiesta della parte, e se ci sono poi tutti gli altri presupposti, la condanna al pagamento di una somma di denaro. Il carattere accessorio e dipendente della sanzione avrà ovviamente delle sue conseguenze, che ora vedremo, di tipo proprio applicativo. La prima questione ve l'ha accennata Franco De Stefano, che pongo all'attenzione, io mi scuso, la novità dell'argomento ci ha costretti a una specie di relazione frontale, piuttosto che a una.. come siamo abituati a San Servolo a un dibattito diciamo tra pubblico e relatori, però vi pongo proprio delle questioni sulle quali invece direi che ancora qualche dubbio c'è e si porrà, vale a dire quello se la domanda dell'interessato, la richiesta di cui dice sempre il primo comma del 614 bis, sia una vera e propria domanda, cioè se subisce le preclusioni assertive tipiche del processo di cognizione. Perché, e qui anche la differenza già evidenziata da Franco De Stefano, la condanna nel nostro ordinamento all'astreinte, alla coercizione, alla misura coercitiva può essere data soltanto da un Giudice della cognizione, quindi dal Giudice che pronuncia in sede cognitiva. A questo punto evidentemente si applicheranno le norme del giudizio di cognizione, ci chiediamo, questa è la prima questione che vi pongo, se la relativa domanda deve essere posta dall'attore nei termini di preclusione del 183, a questo punto direi con l'atto di citazione, ovvero se possa essere proposta in qualunque altro momento del processo, compresa l'udienza di precisazione delle conclusioni, e ancora, ove si ritenga che non sia un capo autonomo di domanda, ma una sorta di accessorio, diciamo così, che serve a dare effettività alla condanna, alla prestazione principale, se possa essere proposta per la prima volta in appello e addirittura in Cassazione nell'ipotesi in cui provveda nel merito ai sensi del 384. Quindi questo è il primo problema, diciamo. Dopodiché vi ho già detto che il presupposto è la richiesta. Questa richiesta deve essere però deliberata dal Giudice, sia nell'an che nel quantum. Il presupposto fondamentale dell'an è che si tratti di una prestazione di fare infungibile o di non fare, e questa sta nel sistema. Ce n'è un altro che è previsto dalla norma, dice che il Giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa la somma di denaro. Salvo che ciò sia manifestamente iniquo sta a significare quindi che vi è una sorta di discrezionalità del Giudice della cognizione nel concedere o non concedere la misura. Quindi a differenza di quello che si diceva per l'ordinamento francese, non dico che

ci debba essere un obbligo di motivazione in caso di accoglimento, può essere minimo, certamente l'obbligo di motivazione c'è quando la misura viene rigettata perché è ritenuta dal Giudice manifestamente iniqua. Altra questione che vi pongo, potrebbe essere oggetto di dibattito, è che cosa significa manifestamente iniquo. Possiamo andare per esclusione, certamente non è manifestamente iniquo imporre una misura di questo tipo quando la prestazione sia anche strettamente personale, anzi quello è il presupposto dell'obbligazione infungibile, in genere l'obbligazione è strettamente personale, anche per esempio in materia di famiglia, ma le prestazioni, si diceva prima, della ballerina, piuttosto che di altro tipo. Quindi certamente non si può avere riguardo a questo aspetto. La cosa che io sottolineo è il manifestamente, cioè non bisogna, a mio avviso, stare a effettuare un bilanciamento certoso tra gli interessi del creditore a ottenere l'adempimento e l'interesse del debitore o l'esigenza del debitore di procrastinarlo o non adempiere, deve apparire manifestamente iniquo. Quindi ci deve essere, diciamo così, un sacrificio per il debitore che finisce per aggravare notevolmente la sua posizione rispetto alla durata o alla gravità del suo inadempimento. Il provvedimento di rigetto, quindi, siamo passati al provvedimento, può essere pronunciato ove non sussistano quei presupposti, cioè quando siamo fuori dall'ambito di applicazione, o quando la misura appaia al Giudice manifestamente iniqua. Ovviamente lo vedremo dopo, questo provvedimento è suscettibile di appello. Vedremo anche che portata ha il giudicato sul provvedimento di rigetto. Ci dobbiamo soffermare un po' di più sul provvedimento di accoglimento. Che cos'è? E' una pronuncia di condanna; condanna, dice la norma, al pagamento di una somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Questo provvedimento di condanna, quindi che è la condanna al pagamento di una somma di denaro che per noi Giudici dell'esecuzione significa che poi il titolo verrà portato a esecuzione nelle forme dell'espropriazione, questa condanna deve essere contenuta a sua volta in un provvedimento di condanna del Giudice della cognizione. Per la sentenza di condanna non c'è nessun dubbio, il problema è per l'ordinanza. Perché qualcuno, per esempio avevo letto le prime cose che ha mandato Franco De Stefano in lista, ha detto che l'ordinanza di condanna non potrebbe contenere la condanna all'astreinte. Io non sono del tutto d'accordo, se non altro..

DOTT. FRANCO DE STEFANO

Ho cambiato idea, infatti.

DOTT. SSA LUCIANA BARRECA

Hai cambiato idea? Con riferimento al giudizio sommario. Perché, l'abbiamo visto poco fa facendone quei cenni durante la prima parte dei nostri lavori, il giudizio sommario si conclude con una ordinanza che quando è di accoglimento, attenzione, questa è una trappola che c'è nelle norme del sommario che vi segnalo, soltanto quando è di accoglimento è idonea al giudicato. Quindi una ordinanza che oltre a

essere, lo dice il 702 ter, provvisoriamente esecutiva a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca e per la trascrizione, è destinata a passare in giudicato se non appellata nel termine di 30 giorni. Questo è previsto dal 702 quater. Attenzione che nel sommario il giudicato si forma soltanto sulla ordinanza di accoglimento. E questo determina, secondo me, quando l'ordinanza accoglie una domanda di condanna a un obbligo di non fare, o di fare infungibile, possa contenere l'astreinte. Le altre ordinanze non ci pongono problemi, perché il 186 bis, ter e quater non si possono applicare all'obbligazione di fare o di non fare. Idem del decreto ingiuntivo, per cui io direi che da questo punto di vista quanto alla tutela sommaria siamo coperti. Problema della tutela cautelare, i provvedimenti cautelari o possessori. Sappiamo tutti che i provvedimenti cautelari o possessori non sono.. direi che anche su questo ci sono sentenze recentissime, e siamo anche d'accordo, mi pare, anche da qualche dibattito che c'è stato sulla lista è emerso questo, non sono suscettibili di esecuzione; esecuzione vera e propria, ma soltanto di attuazione ai sensi dell'art. 669 duodecies. A me pare, però, e questo comunque lo pongo anche qui al dibattito per la parte in cui noi siamo Giudici della cognizione, quando lo siamo, che una ordinanza cautelare, certamente quando è pronunciata ai sensi dell'art. 700, potrebbe contenere un'astreinte, cioè potrebbe un'astreinte all'italiana, per intenderci, cioè la condanna al pagamento di una somma di denaro se non si dà spontanea attuazione al comando contenuto nell'ordinanza cautelare, che è atipica, diciamo così, nel 700 definizione. Qualche dubbio in più per la verità ce l'avrei per i provvedimenti possessori enunciatori, però si tratta di dubbi forse più, così, di scuola, perché in genere questo tipo di provvedimenti contengono obblighi di fare fungibili, tranquillamente attuabili ai sensi del 669 duodecies, quindi se del caso ci torniamo. Vi segnalo soltanto che il 691 prevede espressamente una sanzione per la contravvenzione all'obbligo di non fare, consentendo la rimissione in pristino a spese dell'obbligato, del contravventore. Quindi c'era già in realtà una misura di coercizione diciamo diretta e indiretta nel 691 rispetto al provvedimento enunciatorio. Vi dicevo che queste questioni nascono dal fatto che il 614 bis non dice "con la sentenza di condanna", dice "col provvedimento di condanna il Giudice può imporre una misura coercitiva"; e quindi ci si è chiesti se possa essere contenuta nei verbali di conciliazione. Vi devo dire che su questo, anche qui ve lo pongo come questione, perché qualche commentatore ha affermato che il verbale di.. attenzione che qui non siamo nel campo della sentenza della Corte Costituzionale sull'attuazione degli obblighi di fare o di non fare, per qui parliamo della condanna al pagamento di una somma di denaro. Quindi dobbiamo vedere, il verbale di conciliazione certamente può contenere, può essere titolo esecutivo per il pagamento di somme di denaro; bisogna vedere se può essere anche titolo esecutivo e può contenere, diciamo così, una previsione di pagamento di somma di denaro per l'inadempimento di un obbligo di non fare in esso contemplato. Secondo qualche autore potrebbe il Giudice, quando predispose il verbale di conciliazione ai sensi del 185, imporre questa misura. A me non pare che così costruito, però, vi ripeto, sono in dubbio, l'istituto sia intanto compatibile con la lettera della Legge che parla di provvedimento di condanna, e non di verbale di conciliazione, e poi con lo stesso verbale di conciliazione col ruolo che l'organo giudicante ha assegnato. Altro

probabilmente sarebbe se fossero le parti, però anche qui ve lo pongo in termini dubitativi, a inserire, d'accordo tra loro nel verbale di conciliazione, la previsione che all'inadempimento di una determinata obbligazione contenuta nel verbale, o di un obbligo di non fare, possa conseguire una sanzione, che ora vedremo, una somma di denaro che è determinata secondo i criteri del 614 bis. A questo punto allora non c'è più differenza tra il verbale di conciliazione giudiziale e quello stragiudiziale. Mi spiego meglio: il verbale di conciliazione stragiudiziale in certe ipotesi è titolo esecutivo, per esempio lo è nell'ipotesi del 696 bis, conciliazione davanti al consulente tecnico preventivo, diciamo; lo è nell'ipotesi dell'art. 40 del decreto legislativo numero 5 del 2003, soltanto che in questo caso il verbale di conciliazione non viene, come dire, redatto, fatto dal Giudice, ma il Giudice svolge soltanto un ruolo di omologazione, di exaequatur, cioè attribuisce a questo verbale l'efficacia di titolo esecutivo. E' evidente che nello svolgimento di questa attività il Giudice non potrà imporre nessun astreinte, cioè nessun tipo di sanzione. Però mi sentirei di dire che anche in questo caso potrebbe tranquillamente ratificare, omologare, diciamo così, un verbale di conciliazione stragiudiziale che contenga una previsione di questo tipo. Lo lascio anche qui al dibattito, tra l'altro sul 696 bis potrebbe essere anche qui un'ipotesi di scuola, perché in genere si tratta di obblighi di fare tutt'al più fungibili. Veniamo invece alla fase che Franco De Stefano ha definito di liquidazione. Abbiamo visto che in Francia l'astreinte incontra due momenti: il momento dell'emissione, o della minaccia, e quindi il momento della determinazione. Vi segnalo che così era nella prima versione delle norme a tutela del consumatore. Invece nella seconda versione dell'attuale 140 comma settimo e nel 614 bis, è lo stesso Giudice della cognizione che nel momento in cui accoglie la domanda di misura coercitiva ne determina l'ammontare. Come determina questo ammontare? Ce lo dico l'art. 614 bis secondo comma: determina l'ammontare della somma di cui al primo comma, tenuto conto di una serie di indici, il valore della controversia. Quindi è evidente che più alto sarà il valore, si deve ritenere più alta sarà la pena. La natura della prestazione, dice sempre il secondo comma, diciamo che in linea di massima possiamo distinguere prestazioni a carattere patrimoniale e prestazioni a carattere non patrimoniale. Si potrebbe ritenere che quando la prestazione è piuttosto personale, inerente la persona del debitore in maniera pregnante, la sanzione possa essere proporzionalmente inferiore. E poi, e qui torna il dato che vi accennavo all'inizio, il danno quantificato prevedibile. Attenzione, l'esistenza del danno non esclude né limita la sanzione, semplicemente è un criterio di riferimento per determinarne l'ammontare. Cioè diciamo che tra i due valori ci deve essere un rapporto ragionevole. E' evidente che, non so, se il danno è di 100, la sanzione non potrà essere di 200, per intenderci. E' ragionevole pensare che la sanzione possa essere in misura, non lo so, percentuale rispetto al danno, comunque un rapporto, diciamo così, ragionevole. Inoltre si deve tenere conto nella.. attenzione, questa è una attività che va fatta dal Giudice, e non è necessario che la parte, qui diciamo anche per gli Avvocati, formuli una domanda e quantificandola. Potrà quantificare, ma potrà anche dire "ogni altra somma che si ritenga di giustizia, che si ritenga..", etc., etc.. Dicevo, l'ultimo criterio a cui fare riferimento e ogni altra circostanza utile, per esempio la

misura della sanzione potrebbe essere ipotizzata come più bassa laddove si pensi a una sorta di ostacolo del creditore nel favorire l'adempimento da parte del debitore. Attenzione, non cause ostative all'adempimento, perché cause ostative all'adempimento rilevano in sede di opposizione all'esecuzione. Il tempo è poco, quindi passo immediatamente.. vi segnalo che, come accennava Franco De Stefano, era quantificazione può essere anche una quantificazione progressiva, cioè dice il primo comma che la sanzione, la somma va determinata per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Quindi ci può essere un'ipotesi di violazione una tantum, sanzionata con una misura una tantum, ovvero il ritardo crescente o il ripetersi delle violazioni sanzionate progressivamente. La cosa che poi rileva, invece, che è importante per noi come Giudici dell'esecuzione, e qui veniamo veramente al momento direi di rilevanza dell'istituto a fini esecutivi, è il seguente: intanto che il Giudice dell'esecuzione sia il più preciso possibile nella cognizione della determinazione dei criteri di calcolo di liquidazione di questa sanzione, perché altrimenti vedremo che questo potrebbe essere un validissimo motivo di opposizione, quando il precetto non calcola esattamente la sanzione a seconda dei criteri dettati dal Giudice della cognizione col provvedimento di condanna. Ma diciamo che l'altra questione è se il Giudice della cognizione debba fissare un termine oltre il quale, per esempio quando la condanna è progressiva, questa non cresca più. In realtà questo potrebbe prestarsi a delle speculazioni, nel senso che il debitore dice: va beh, ho raggiunto il massimo della persona possibile, ora posso tranquillamente non adempiere, sicché questo dato.. mentre ai fini dell'esecuzione è importante sottolineare che, come vi dicevo, il procedimento è quello dell'espropriazione forzata, quindi il creditore, a fronte dell'inadempimento del suo debitore, deve fare un precetto, nel precetto deve indicare i criteri di calcolo della sanzione. Ci sono due questioni che vi sottopongo così all'attenzione: una, se per portare a esecuzione questa sanzione è necessario che la sentenza contenente la condanna sia passata in giudicato. La risposta potrebbe essere negativa se si ritenesse inapplicabile il 282 alla condanna agli obblighi di fare infungibili; però direi che la logica del sistema è tale che la misura coercitiva può essere portata a esecuzione in caso di mancato adempimento spontaneo non appena, diciamo così, sia scaduto il termine per l'adempimento, non appena ci sia stata la violazione dell'obbligo di non fare, anche se la sentenza che contiene, e lo vedremo dopo, la condanna, è stata appellata, a meno che non ci sia stata una inibitoria in appello. Quindi io direi che il precetto va fatto nel momento in cui scatta l'inadempimento. Attenzione, però, che se la condanna è per esempio progressiva, il creditore potrà notificare distinti precetti, ma ciascuno dovrà fare riferimento al periodo di tempo preso in considerazione. Mi spiego meglio: se il Giudice del merito ha detto 100 euro per ogni mese di ritardo, non potrà il creditore, prima della scadenza del mese, notificare un precetto per una somma proporzionalmente ridotta; quanto meno dovrà aspettare la scadenza del periodo o il compimento della violazione contemplati nel titolo. Questo ve lo dico perché noi potremmo essere i Giudici della esecuzione per espropriazione forzata, e della relativa opposizione. Perché, e così chiudo con gli ultimi 5 minuti che mi sono stati assegnati, vediamo

quali sono i rimedi. I rimedi sono: in fase esecutiva certamente l'opposizione all'esecuzione. Però occorre intendersi anche qui, perché i motivi di opposizione si possono riferire sia alla prestazione principale, che alla sanzione pecuniaria. Cioè abbiamo detto che la nostra condanna contiene due capi, quindi l'opposizione potrebbe essere riferita, per esempio, al fatto che la prestazione principale sia stata adempiuta, quindi non ci sia nessun ritardo, o nessun inadempimento, ovvero che non sussista la violazione lamentata da chi porta ad esecuzione, diciamo così, la condanna. Evidentemente, però, non potranno essere fatti valere con l'opposizione all'esecuzione, questa è una cosa scontata, i motivi di merito, diciamo così, i motivi di impugnazione avverso la condanna in quanto tale. L'opposizione, però, si può rivolgere anche avverso il diritto del creditore di pretendere l'esecuzione della pena, per esempio dicendo anche qui che la pena è stata pagata, ovvero opponendo in compensazione un proprio credito, sempre fatti successivi alla formazione del giudicato, oppure non deducibili come motivi di appello. Un motivo che certamente ci affliggerà sarà quello dei criteri di calcolo della sanzione, soprattutto quando i nostri colleghi del merito non saranno precisi nel determinarli nel dispositivo nella motivazione della sentenza che contiene l'astreinte. L'ultima cosa e chiudo, c'era il giudicato, scusate, questo lo devo dire, l'appello è abbastanza semplice perché io ritengo, anche se devo dire che ci sono stati commenti in senso contrario, che la riforma del capo di condanna principale determina il venir meno anche della sanzione; così come l'accoglimento della domanda di condanna in appello comporta l'accoglimento della domanda di sanzione, sempre con quella premessa che abbiamo fatto prima, cioè a seconda che sia o non sia preclusa, è necessario che la parte l'abbia già chiesta in primo grado, ovvero potrebbe richiederla anche in appello. Vorrei sollevare la vostra attenzione soltanto su una cosa, sul giudicato di condanna o di rigetto. Mi spiego meglio: sul capo di condanna alla pena privata si identifica certamente il giudicato, così come su tutti i capi di sentenza se non appellata, oppure una volta percorsi i rimedi. Quindi la condanna alla prestazione principale, la non manifesta iniquità, la non appartenenza della controversia a una delle ipotesi escluse. Il problema si pone sulla portata del giudicato riguardo alla natura infungibile del facere. Mi spiego, la questione è la seguente: il Giudice del merito giudica il facere infungibile e dà la condanna, ovvero lo giudica fungibile e nega la condanna. Potrebbe il creditore, nel caso in cui la condanna all'astreinte è stata data comunque, agire ai sensi del 612 dicendo poi al Giudice dell'esecuzione "No, in realtà io avevo chiesto la condanna all'astreinte, però si tratta di un obbligo di fare fungibile eseguibile". In questo caso il Giudice dell'esecuzione è vincolato dalla condanna data dal Giudice della cognizione, ovvero conserva i suoi poteri di delibazione ai sensi del 612? La stessa cosa vale per il rigetto: formatosi un giudicato di rigetto, quindi ritenuto il fare fungibile, potrebbe a questo punto il Giudice dell'esecuzione dire "no, mi dispiace, il mio collega si è sbagliato, io lo ritengo infungibile, quindi non ti do il 612", per cui né 612 e né astreinte. Cioè, vale a dire, i rapporti tra la statuizione in sede di merito sull'astreinte e la delibazione del Giudice dell'esecuzione di 612, come si regolano? Il concorso fra le esecuzioni come si regola? Questo è il punto veramente critico, perché su questo si sono già formate due contrapposte opinioni dei

primi commentatori. Io sono dell'idea, però questo poi l'accenno, ma lo lascio se c'è tempo al dibattito, che il giudicato di condanna evidentemente comporta che la pena pecuniaria diventa eseguibile, quindi anche se per esempio il Giudice della cognizione l'ha data per un obbligo di consegna, o di rilascio, o di un fare fungibilissimo, si è formato un giudicato, quindi è eseguibile la condanna al pagamento della pena. Tuttavia questo non vincola, a mio parere, il Giudice dell'esecuzione, nel senso che il Giudice dell'esecuzione potrebbe reputare quel fare per cui è stata data la condanna fungibile, e concedere anche l'esecuzione diretta ai sensi del 612. D'altronde il concorso tra le due esecuzioni, e qui veramente chiudo, diretta e indiretta, si può avere per gli obblighi di non fare, perché per gli obblighi di non fare si può avere sia l'astreinte del 614 bis, sia quando si tratta di obblighi di non fare fungibili, perché l'infungibilità della norma è riferita solo alle obbligazioni di fare, a mio avviso si può avere anche un'esecuzione diretta dell'obbligo di non fare. Scusatemi, ma la novità stimola le sollecitazioni.

MODERATORE

Da parte mia due sole considerazioni, diciamo come primo intervento nel dibattito. Mi sembrava molto importante il discorso relativo alla ordinanza cautelare e alla possibilità di applicare il 614 bis alle ordinanze cautelari perché..

DOTT. SSA LUCIANA BARRECA

No, non in via diretta, in via analogica.

MODERATORE

Sì, perché capita molto spesso che il contenuto delle ordinanze cautelari è proprio un contenuto che attiene a obblighi di fare infungibili o obblighi di non fare. A me sembrerebbe, per la verità, che nel momento in cui nel sistema è stato introdotto un principio come quello portato dall'art. 614 bis, in considerazione del contenuto atipico del provvedimento cautelare, niente impedisce al Giudice del cautelare di emettere un provvedimento che inibisce dei comportamenti di fare, o meglio prevede degli obblighi di non fare o degli obblighi di fare infungibili, che contemporaneamente contenga una sanzione per la violazione della sua stessa previsione. Quindi credo che sotto questo punto di vista l'art. 700.. La parola al dottor Abete, Giudice del Tribunale di Napoli.

DOTT. ABETE

Mi pare di poter intendere il 614 bis, nella parte in cui prevede che il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo, un passaggio normativo che avrà una fortissima ricaduta sul terreno della proprietà industriale, perché provvedimenti del genere sono espressamente previsti nel decreto legislativo 30 del 2005 sulla proprietà

industriale. Tuttavia quei provvedimenti non avevano efficacia di titolo esecutivo. Conseguentemente colui che aveva subito la contraffazione della privativa industriale si vedeva costretto a richiedere un decreto ingiuntivo per le somme che costituivano appunto il rafforzamento dell'inibitoria. Questa norma, nella parte in cui prevede che costituisce titolo esecutivo, avrà una fortissima ricaduta sul terreno della proprietà industriale perché eviterà quel successivo passaggio di cognizione, e in parte qua consentirà immediatamente il passaggio all'esecuzione.

DOTT. SSA LUCIANA BARRECA

Sì, sì, questa è la grande novità, cioè non ci vuole un nuovo passaggio davanti al Giudice, questo io non l'ho detto ma è scontato.

MODERATORE

Questo però in un'ipotesi in cui siamo formalmente fuori dal 614 bis.

DOTT. SSA LUCIANA BARRECA

Sì, ma in tutte le ipotesi del.. cioè questo va detto, perché la costruzione, alcuni riferimenti anche a ordinamenti stranieri possono far pensare, anche in una prima lettura si era detto, che si dovesse tornare davanti al Giudice per farsi dare un qualche imprimatur, exaequatur, o qualcosa.. invece in realtà è già contenuta nel titolo, nella sentenza.

MODERATORE

Quindi direi che sotto questo punto di vista l'art. 700, il cautelare trova un forte impulso dal punto di vista dell'esecutività in questa previsione normativa che formalmente non riguarderebbe direttamente questa norma. La seconda cosa su cui invece ho un dubbio, mi sembrava di aver capito dal discorso di Franco De Stefano, che nel sistema francese la condanna, diciamo la sanzione seguiva i criteri di esecutività della pronuncia principale, ha parlato di accessorietà; quindi il sistema italiano sotto questo punto di vista, nell'interpretazione che ha dato Luciana, è un sistema che si differenzia fortemente da quello francese.

DOTT. FRANCO DE STEFANO

Sì, in Francia la condanna è accessoria e segue le sorti della condanna principale in tutto e per tutto, il giudicato che venisse meno sulla principale, anche in mancanza, questo non l'ho detto, di impugnazione specifica del capo della condanna accessoria verrebbe meno. Cioè non ci sarebbe bisogno, sostanzialmente, è talmente dipendente, interdipendente, che ne seguirebbe comunque le sorti.

DOTT. SSA LUCIANA BARRECA

Ma questo probabilmente può succedere anche da noi, io direi che succede anche da noi, anche se vi segnalo per esempio Claudio Consolo non sembra di questa idea su un articolo sul Corriere Giuridico, però a me pare che anche se non c'è l'appello sul punto, cadendo la principale, cade anche.. no, no, di quello ne parliamo dopo, lascialo da parte un attimo, nel 2009 c'è una complicazione che non è affrontabile.. no, no, però alla fine fa riferimento al fatto che potrebbe accedere..

MODERATORE

Scusa, però il problema è che gli altri non sanno di cosa stai parlando.

DOTT. SSA LUCIANA BARRECA

Lo dico subito, che resti in piedi la condanna alla pena pecuniaria cadendo la condanna principale; questo direi che è da escludere anche nel nostro sistema. Soltanto che il nostro sistema non può essere modellato come quello francese, come giustamente dicevi, perché in quello francese il presupposto è che anche la condanna principale sia eseguibile coattivamente, normalmente, di norma. Da noi il presupposto è il contrario, cioè è dato per scontato almeno per l'obbligo di fare infungibile, non per il non fare, come abbiamo visto.

MODERATORE

Benissimo. Queste sono le questioni che.. C'era Abete che voleva aggiungere qualcosa. Prego, Carmelo Barbieri

DOTT. CARMELO BARBIERI

Io volevo porre due o tre dubbi, diciamo, ai relatori. La prima cosa era il fatto se praticamente ritenete possibile, alla luce di quello che diceva Franco sull'ordinamento francese, che in realtà anche gli obblighi di non fare debbano essere infungibili, cioè se ritenete sostanzialmente che l'idea sottesa a questa norma fosse quella di non rendere concorrente.. di rendere, diciamo, questa pena privata l'unico strumento per un'esecuzione in realtà non possibile, e quindi si potesse interpretare diciamo la rubrica della norma dicendo che quella infungibilità sia da riferire anche agli obblighi di non fare, che forse renderebbe il sistema più coerente, perché altrimenti ci troveremmo di fronte al fatto di non poter spiegare il perché il non fare anche fungibile, e il fare soltanto infungibile. Sul discorso del cautelare, mi ponevo il problema di questo tipo: quindi avremo un cautelare eseguibile in modo binario, sostanzialmente, cioè ci sarebbe un provvedimento che andrebbe eseguito nelle forme dell'attuazione e nelle forme dell'espropriazione, quindi dell'espropriazione ordinaria. L'ultima cosa che ci chiedevamo era sulla manifesta iniquità, se col 615 si

potessero, io penserei di no, però far valere manifeste iniquità sopravvenute rispetto quindi, sostanzialmente, una sopravvenienza rispetto al giudicato. Direi di no proprio per quello che diceva al Franco, cioè rispetto al sistema francese..

DOTT.SSA LUCIANA BARRECA

No, ma rispetto al sistema italiano, perché se devo guardare il sistema francese..

DOTT. CARMELO BARBIERI

No, nel senso che non è rivedibile la liquidazione.

MODERATORE

Il professor Capponi voleva dire qualcosa?

PROF. BRUNO CAPPONI

No.

MODERATORE

C'era Mario Montanaro del Tribunale di Terni.

DOTT. MONTANARO

Sull'ultima cosa che ha detto Luciana sui rapporti con il 612, che credo che sia un problema che forse non si può porre, nel senso che o il Giudice che ha emesso il provvedimento con l'astreinte, chiamiamola così anche in italiano, ha ritenuto che si tratta di un fare infungibile, e allora in quel caso un accertamento presupposto c'è stato, cioè che il fare fosse infungibile, e a quel punto il creditore non potrà utilizzare il 612, non si potrà. Il Giudice dell'esecuzione non può fare un accertamento, perché il Giudice dell'esecuzione in quel caso gli è precluso l'accertamento, perché c'è stato nella sede di cognizione l'accertamento. In secondo luogo, oppure c'è stata una richiesta di parte di astreinte, il Giudice l'ha dichiarata inammissibile, perché ha ritenuto che quel fare non fosse infungibile. Allora in quel caso, parimenti, il creditore potrà invece rivolgersi al Giudice dell'esecuzione ai sensi del 612; il Giudice dell'esecuzione siccome c'è stato un accertamento in sede di cognizione dovrà dare i provvedimenti per l'esecuzione. Secondo me questa è la ricostruzione, anche perché sennò moltiplichiamo le cause..

DOTT. SSA LUCIANA BARRECA

Questa è un'altra tesi.

DOTT. MONTANARO

...moltiplichiamo, creiamo casino alle parti, che forse non era lo scopo del legislatore, ma era un po' di semplificarci la vita, di accedere più semplicemente all'esecuzione, o di evitarla addirittura. In secondo luogo mi sembra una situazione più coerente con quella che è la natura del processo di esecuzione, quindi in fase di cognizione, in che limiti si pongono, etc., etc., e anche con la necessità di temperare un accertamento presupposto che nel caso di specie se si presuppone, e sono d'accordo con quello che hai detto tu, che ci deve essere una pronuncia espressa se c'è una richiesta di parte di un provvedimento del genere, cioè il Giudice dovrà motivare, perché lo dà e perché non lo dà, allora in quel caso l'accertamento c'è, non credo che si possa creare il contrasto che tu rappresenti. Questa è la mia opinione dopo quello che hai detto tu, e senza una approfondita riflessione. Grazie.

MODERATORE

Di Gastone del Tribunale di Torino.

DOTT. DI GASTONE

Io volevo riflettere su questo punto, cioè dice la norma "è titolo esecutivo". E' sempre titolo esecutivo? E' sempre possibile eseguire soltanto col provvedimento di astreinte? Proviamo a fare due esempi. Esemplicando una formulazione potrebbe essere: per ogni giorno di ritardo ti condanno a pagare x. Allora qui non c'è nessun dubbio che possa essere eseguibile, perché è sufficiente una operazione matematica. Però potrebbe anche essere che stiamo ragionando di una situazione diversa, per esempio una negatoria servitutis in cui c'è una inibitoria, o una confessoria servitutis, c'è una inibitoria, per ogni atto di molestia alla servitù di passaggio darai mille euro. Allora diciamo che nell'arco di tempo il nostro condannato fa sette atti di inadempimento, di inosservanza, sono violazioni, e io mi chiedo che cosa faremo di queste sette violazioni. Prima ipotesi: il creditore dichiara, afferma nel precetto che vi sono state sette violazioni, e quindi precetta la somma di 7 mila euro, dopodiché ogni successiva controversia in materia di opposizione all'esecuzione, con l'avvertenza che non ci può essere una inversione dell'onere della prova, quindi deve essere il creditore a provare. Seconda ipotesi, è vero che è titolo esecutivo, però è anche vero che il 474 non è stato cambiato, e quindi l'esecuzione è possibile solo se c'è un credito che oltre a essere liquido e ineleggibile, è anche certo. Qui il punto è proprio la mancanza di certezza, perché c'è una sede di fatti successivi a cui è condizionata quella condanna, e bisognerebbe ripensare a quella giurisprudenza in materia di sentenza condizionata come titolo esecutivo. Questo, secondo me, è il punto in cui penso ci possa essere nella pratica un po' di varietà di casi. Seconda osservazione, a proposito della riflessione, ci può essere un verbale di conciliazione che contiene l'astreinte, ma se ragioniamo dell'astreinte, vedremo che è una penale per

inadempimento per ritardo che non pregiudica la liquidazione del maggior danno. Allora senz'altro il 474 riguarda le obbligazioni contenute in atto pubblico, scrittura privata autenticata, a maggior ragione un verbale di conciliazione giudiziale o stragiudiziale che sia, purché abbia quella veste. Quindi mi sembra che l'autonomia privata possa prevedere la pena privata. Quello che non poteva farlo fino all'altro ieri era il Giudice.

MODERATORE

Ci sono altri interventi? Il dottor Fanticini del Tribunale di Reggio Emilia.

DOTT. FANTICINI

Sempre sotto il profilo sistematico mi ricollego a quello che diceva Enrico, l'autonomia privata non può prevedere la pena privata. Ricordo una vecchia sentenza che diceva che il regolamento condominiale non può prevedere la sanzione dell'amministratore in misura superiore alle cento lire previste..

Un altro problema: sulla commisurazione e sulla quantificazione che fa il Giudice, che non è legata solamente all'elemento pregiudizio, cioè al dolo prevedibile; non rischiamo e il problema potrebbe essere di politica legislativa, ma si riverbera anche su di noi in un futuro, di introdurre quello che la Corte di Giustizia ci ha detto che non può esserci in Europa continentale, cioè i danni preventivi. E' un problema che può arrivare anche a noi perché il problema del dolo preventivo potrebbe portare anche alla disapplicazione di norme anche interne, se è ritenuto che questo sia in contrasto con principi comunitari.

MODERATORE:

Non mi pare che ci siano altri interventi. Qualche brevissima considerazione da parte di Franco De Stefano.

DOTT. FRANCO DE STEFANO:

Sì, proprio al volo. Temo che se l'italiano, come lingua intendo, abbia un senso: attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare significa che infungibile è riferito a fare, magari voleva dire qualche altra cosa, ma con questo legislatore ogni volta..

DOTT.SSA LUCIANA BARRECA:

Il padre di questa norma si deve scoprire oppure..

DOTT. FRANCO DE STEFANO:

Qui forse si sa, ma comunque voglio dire che ogni volta che dice una cosa non la sa dire siamo inguaiati, anche perché poi, a stretto rigore, come criterio ermeneutico, obblighi di fare infungibile o di non fare è nella “rubrica”, quindi se proprio vogliamo scatenare la fantasia dei nostri interpreti nel provvedimento di condanna.. Poi, al volo, cautelare: certamente, sono d’accordo con la possibilità di strutturare un cautelare, proprio perché atipico, con una previsione simile all’astreinte, soprattutto se sia a istanza di parte, lì addirittura mi potrei porre il problema della non necessità della domanda di parte anche nel cautelare ordinario, ma questo lo lascio ai Giudici di primo grado.

La manifesta iniquità è un presupposto del capo di quella condanna. Per principio generale nell’opposizione all’esecuzione non si possono rimettere in discussione i fatti presupposti nella condanna. Si potrebbe provare la manifesta iniquità sopravvenuta, ma non credo che l’iniquità abbia un asilo nel nostro ordinamento, tranne quando è specificamente indicata. Anch’io sarei per la teoria del giudicato implicito sul 612, nel senso cioè se passa in giudicato come presupposto perché il Giudice l’ha affrontato da Giudice dell’esecuzione vi vedrei in difficoltà a dire: “No, non me ne importa niente, io lo rivaluto”, anche perché il titolo esecutivo vincola il Giudice dell’esecuzione su quanto ha espressamente o implicitamente stabilito.

DOTT.SSA LUCIANA BARRECA:

Secondo me non può essere messo in discussione nel caso di condanna, perché è un presupposto della condanna ed è una cosa diversa rispetto al rigetto, perché, mi spiego, è il presupposto della condanna e questo è vero, la pena pecuniaria non la puoi più rimettere in discussione, però comunque sono le due tesi contrapposte.

DOTT. FRANCO DE STEFANO:

Mettiamo che ci sia una questione, cioè il creditore chiede al Giudice l’emissione della coercitoria, la controparte contesta, il Giudice motiva, passa in giudicato, il rigetto anche in questo caso lo vedrei vincolante per il Giudice dell’esecuzione.

DOTT.SSA LUCIANA BARRECA:

No, è il rigetto della pena pecuniaria, non è il rigetto dell’eseguibilità rispetto a non eseguibilità.

DOTT. FRANCO DE STEFANO:

Ma sul presupposto dell’eseguibilità.

DOTT.SSA LUCIANA BARRECA:

Ma il giudicato non si forma sui presupposti.

DOTT. FRANCO DE STEFANO:

Ultimamente la Cassazione in materia di giudicato implicito vedi per esempio il tema di giurisdizione..

DOTT.SSA LUCIANA BARRECA:

Sì, ma non in questo.. ora aprire un dibattito sul giudicato alle 7 di sera, però stiamo attenti perché non si forma sul presupposto, sulla condanna sì, ma sul rigetto no.

DOTT. FRANCO DE STEFANO:

Sulla prova dei presupposti Enrico Astuni tocca il punto cruciale, se noi ritenessimo necessario rivolgersi di nuovo al Giudice per la prova dei presupposti cancelliamo il 614 e non ne parliamo più. E' vero, il problema c'è, perché non sarebbe neanche un titolo condizionato in quanto l'evento futuro è addirittura incerto, non si può dare per scontato un inadempimento. Tuttavia alla stessa stregua in cui il creditore può completare il precetto con il riferimento a fatti a esso estranei, purché si premuri quanto meno di poterli documentare, questo va da sé, ma per una futura contestazione, altrimenti svuoteremmo di significato, ma il problema c'è. Penso per esempio al mutuo condizionato, che comunque viene rilasciato con formula esecutiva e viene azionato adducendosi da parte del creditore l'avvenuta erogazione.. poi, proprio perché pena privata è diversa anche dal danno punitivo, a mio sommo avviso, è qualche cosa di diverso. Teniamo presente che oltretutto la Corte di Giustizia non è mai stata investita della legittimità delle astreintes sotto questo profilo, anche perché è una sanzione, neanche le famose cento lire rimaste tali per le violazioni condominiali, è una pena privata che il Giudice struttura in relazione al caso concreto. Sarei d'accordo per l'impossibilità delle parti di stabilire una pena, un conto è la penale, cioè la quantificazione del risarcimenti, l'astreinte, la coercitoria non è un risarcimento, cioè tu, a parte il risarcimento, oltre al risarcimento, mi devi dare anche questa sanzione, perché è un obbligo di fare, etc.

DOTT.SSA LUCIANA BARRECA:

Cioè la possono stabilire o no secondo te?

DOTT. FRANCO DE STEFANO:

Secondo me non rientra..

DOTT.SSA LUCIANA BARRECA:

No, nel verbale di conciliazione no.

DOTT. FRANCO DE STEFANO:

Avrei delle perplessità.

DOTT.SSA LUCIANA BARRECA:

Secondo me sì, direi.

MODERATORE:

Purtroppo siamo arrivati al tempo massimo per questa sessione, anche perché a proposito di sanzioni punitive c'è la Terza Sessione, quella relativa alle vendite on line. Prima però di parlare delle vendite on line volevo dire questo: nel programma del convegno si era fatto riferimento alla possibilità di prevedere due sessioni speciali, una relativa alle esecuzioni mobiliari e un'altra relativa alla organizzazione degli uffici e sostanzialmente dedicata ai Magistrati di nuova nomina o ai Magistrati che hanno preso le funzioni di Giudice dell'esecuzione recentemente. Credo che è importante sapere quanti colleghi, quanti custodi sono interessati all'uno e all'altro tipo di sessione. A questo proposito pregherei gli interessati, a partire da domani, di segnalare il proprio interessamento. Da domattina quanti sono interessati alla assolutamente sulle mobiliari domani sera e quanti sono interessati alla sessione sull'organizzazione delle esecuzioni immobiliari domenica mattina, questo per evitare di fare una sessione in tre essenzialmente. Chi è interessato alle esecuzioni mobiliari? Ce n'è abbastanza. Quindi alle 15 ci sarà domani una sessione dedicata alle esecuzioni mobiliari. Poi mi interessava sapere chi era interessato alla sessione sulla organizzazione delle procedure esecutive immobiliari, anche qui sono tantissimi, quindi perfetto. Questa, come nel programma, verrà fatta domenica mattina.

L'ultimo tema da affrontare è la questione relativa alle vendite on line. In precedenza ho commesso un errore, nel senso che il tema dell'idea delle vendite on line, sviluppato in questi giorni dal Tribunale di Milano è un tema di cui ci parlerà Roberto Fontana nei prossimi minuti. Dopo di che ci sarà un esempio di come si possono svolgere delle vendite immobiliari on line e a questo proposito ci sarà una presentazione da parte della società Gara Telematica It. Do la parola a Roberto Fontana.

DOTT. ROBERTO FONTANA:

Brevissimo inquadramento. L'esperienza di questi anni ci ha dimostrato che talvolta le innovazioni nascono da mutamenti legislativi, altre volte invece crescono nella prassi, talvolta anche potrebbe essere questo il caso stimolato dalle nuove tecnologie e spesso poi il legislatore viene a recepire dei modelli che soprattutto nascono come modelli gestionali nella prassi, con tutte le difficoltà che comporta il costruire queste

esperienze senza una cornice normativa, quindi con tutti gli sforzi di adattamento, ma abbiamo visto che in molti casi questo si è verificato e io sono convinto che questo sarà uno dei casi ed è un salto di qualità notevole perché in questi anni si è verificato sicuramente un incontro tra il processo, diciamo la tecnologia informatica.

Per quanto riguarda specificamente il processo esecutivo soprattutto questo lo si è visto nel campo della pubblicità. Prima era un'esperienza virtuosa, poi è diventato un dato normativo che la pubblicità, quindi il dialogo, la comunicazione col mercato si fa essenzialmente attraverso internet.

Ora c'è una evoluzione ulteriore di questo processo: da una parte abbiamo il binario del processo civile, telematico, che è un capitolo che non tocco, ma è un discorso di carattere più generale e non specifico del processo esecutivo e dall'altra si sta affacciando - che invece attiene specificamente al processo esecutivo ma anche a quello fallimentare - l'idea di usare internet non come strumento di comunicazione inerente le vendite, ma direttamente come strumento attraverso cui realizzare le vendite. Quindi l'idea della gara telematica. E' da un po' di tempo che ci si arrovela con questa idea perché è evidente il salto di qualità enorme sia in termini di apertura di potenzialità di mercato, ma anche in termini di trasparenza.

Per quanto riguarda l'apertura del mercato questo lo si vede anche in un contesto locale, perché l'idea di doversi per forza recare in un luogo in un giorno determinato per fare la gara è già di per sé limitante, ma tenete presente che l'apertura vuol dire una apertura su scala nazionale o anche internazionale. Per certe tipologie di beni l'idea che uno possa stare negli Stati Uniti e fare un'offerta senza dovere venire apposta in Italia e poi si reca in Italia o manda chi ritiene nel momento in cui si è aggiudicato il bene, vi rendete conto quali sono li scenari che apre.

Allora, in questa prospettiva ci si interroga, facendo l'operazione che si è fatta in altri casi, se quel quadro normativo esistente si riesce a costruire questa operazione o bisogna aspettare l'intervento del legislatore. Allora io sono convinto che il quadro normativo attuale consente la sperimentazione in quel settore. E' un pochettino più difficile sull'immobiliare, ma si può anche lì, sicuramente è molto più facile nell'ambito delle mobiliari e nell'ambito del fallimentare. Nell'ambito del fallimentare la riforma addirittura prendendo la velocità della procedura competitiva consente di plasmarla in qualunque modo. Nell'ambito delle mobiliari la soluzione che si sta delineando è quella dello sfruttare la vendita mediante commissionario però prevedendo che il commissionario individui il concorrente con la procedura competitiva e la procedura competitiva però deve svolgersi attraverso la gara telematica. Nel caso dell'esperimento milanese che è avvenuto all'interno della fallimentare l'operazione si è fatta così: visto che dopo il ritocco della legge fallimentare di un anno fa si è ritornati alla possibilità di vendere attraverso il Giudice, il curatore nel programma di liquidazione ha detto che vendeva il Giudice, nelle forme del Codice di Procedura Civile; trattandosi di beni mobili, il Giudice ha scelto la forma mediante commissionario, quindi in qualche modo è una fictio, mi rendo conto, perché poi ha individuato come commissionario l'Istituto Vendite Giudiziarie, il quale, su indicazione della Sezione Fallimentare, aveva commissionato la realizzazione di un programma informatico per la gara telematica modello eBay e è

l'operazione che si è fatta, perché si era anche provato a vedere, rivolgiamoci direttamente agli operatori che svolgono questa attività, ma il tipo di commissioni che venivano richieste erano incompatibili con la procedura fallimentare.

Allora, si è fatto questo primo esperimento sul fronte in questo fallimentare, ma in generale potrebbe coprire tutte le esecuzioni, anche mobiliari, e si è prevista una tipologia di gara, che sicuramente è la più adatta per i beni mobili, così già individuamo i due modelli. La tipologia di gara non è quella della gara contestuale, cioè io alla tale ora indico la gara e c'è un sistema di rilanci. Ma si stabilisce che il tale giorno parte la gara, c'è un arco temporale, in questo caso di 15 giorni, ma potrebbe essere 7, in cui dura la gara. Nell'ambito di questi 7 giorni o 15 giorni in questo caso, chiunque può fare l'offerta e, ogni volta che perviene una offerta maggiore, automaticamente è superata quella precedente. Quella che risulterà l'offerta più alta alla chiusura della gara quello sarà l'aggiudicatario. E' evidente con questo meccanismo le offerte tenderanno concentrarsi alla fine e tutto lo spazio gara precedente è formalmente una gara, ma è un tempo a disposizione di chiunque per pensare e valutare e via dicendo, perché la gara vera si svolgerà alla fine.

Come avviene, con questo sistema che si è delineato per la mobiliare, l'offerta? L'offerta la si fa direttamente da casa o dall'ufficio, da qualunque parte, la cauzione la si fa mediante carta di credito come regola generale, quindi il meccanismo è quello del blocco della carta, il normale blocco della carta di credito. Si è fatta una convenzione con una banca e l'operazione è di un secondo, viene bloccata subito, c'è la verifica in automatico, bloccata la carta di credito, a quel punto c'è l'offerta. Quella cauzione rimane bloccata fino a che non arriva una offerta maggiore. Quando arriva l'offerta maggiore è sufficiente che il soggetto che ha fatto la prima offerta dia "la voglio immediatamente sbloccare" e automaticamente il sistema gliela sblocca e quindi lui recupera la disponibilità della carta di credito oppure non è interessato perché vuole tenersi lo spazio per fare un ulteriore rilancio, allora a quel punto non la sblocca neanche, la tiene bloccata per fare un ulteriore rilancio. Questo quindi è un modello di gara che si sviluppa su un arco temporale significativo ed è quello che si sta sperimentando adesso a Milano per la vendita di immobili.

Vi dico solo, lì ovviamente ha giocato molto il fatto che il Corriere della Sera ci ha fatto questo articolo francamente di una pagina intera, perché lì è fallita la concessionaria milanese, la Chrysler, è stato messo in vendita un primo blocco di 50 autovetture, poi altre e via dicendo e subito si sono registrati nelle prime ore, ma registrati, perché l'accesso credo che sia stato di centinaia di migliaia di persone per pura curiosità, perché poi c'è stato il servizio televisivo e via dicendo, ma quelli che si sono presi la briga di registrarsi come partecipanti alla gara, il che non vuole dire che hanno fatto l'offerta, dopo poche ore erano già ottomila.

Ora voi vedete una normale vendita di autovetture, ottomila potenziali partecipanti. Do per scontato che in questo caso i due terzi faranno i curiosi, però vi rendete conto di quali sono le potenzialità. Quindi in questo caso questa operazione è stata fatta con il supporto organizzativo dell'Istituto Vendite Giudiziarie, perché era questo il tramite, perché l'altra ipotesi è che il Ministero di Giustizia si faccia carico direttamente nell'ambito del processo civile telematico elaborare programmi di

questo tipo, ma io sono piuttosto scettico poi sui tempi, perché abbiamo visto quali sono i tempi a fare altre cose molto più semplici e credo che invece la strada da perseguire sia questa: il soggetto esterno per conto del Tribunale.

L'altro modello di gara cui stiamo pensando e la società che ha operato questo modello - il Tribunale di Lecce sta pensando di sperimentarla a breve nell'ambito immobiliare - invece sarebbe una gara più vicina a quella tradizionale, cioè il tal giorno alla tale ora si esaminano le offerte. Si apre la gara e la gara dura col meccanismo di rilanci di un minuto, tre minuti, normale. In questo caso questa tipologia di gara, che secondo me non va tanto bene per le mobiliari comunque, perché le mobiliari c'è una quantità tale di beni che diventa ingestibile l'idea di tante gare fatte così, il modello che si sta pensando per l'immobiliare invece è un modello misto, cioè può venire la persona in aula e fa il rilancio in aula e c'è qualcuno in aula - poi vedremo qual è il problema normativa, e qui poi verrà spiegato il sistema in questa illustrazione - che può far fare il rilancio direttamente in aula e c'è chi invece sta a casa sua o in ufficio, via dicendo, e fa i rilanci. A volte ovviamente c'è un'offerta, che è fatta a questo punto a mezzo bonifico bancario perché è evidente che se vogliamo consentire alle persone di non venire per fare la gara, è chiaro che utilizzano il bonifico bancario per fare il deposito della cauzione, l'offerta, sfruttando quell'opportunità alternativa introdotta. Quindi la gara si dovrebbe svolgere così: chi è interessato fa il bonifico con la cauzione, in questo modo comunicando il numero di cro verrebbe poi abilitato a partecipare, qui i dettagli tecnici vi verranno spiegati. Viene aperta la gara, chi è interessato alla gara e può essere presente in aula vengono fatti i rilanci, chi sta a casa fa i rilanci da casa, la certezza c'è perché lui ha comunicato il numero di cro e coincide con l'offerta e via dicendo e a quel punto chi è aggiudicatario. La differenza qual è? Che se viene venduto all'isola di Vulcano dal Tribunale di Messina o di Patti una villetta io non devo recarmi là, me ne sto a Milano, faccio il bonifico mediante cauzione e partecipo alla gara in tempo reale. Questo è un modello completamente diverso rispetto a quello che prima ho illustrato per le mobiliari, per le immobiliari. Allora questa tipologia sicuramente il quadro normativo attuale non la consentirebbe per la vendita con incanto. Questo è evidente, perché per la vendita con incanto c'è un'espressa disciplina legislativa delle modalità della vendita. Ma nella vendita senza incanto secondo me è già possibile farlo perché la norma dice che il Giudice dispone la gara. Secondo me dalla norma non si desume che per forza gli offerenti devono essere.. il Giudice procede all'apertura, all'esame delle offerte. Qui non c'è nessuna esperienza ancora sul campo, stiamo ragionando faticosamente per vedere se si riescono a superare le perplessità, però sarebbe nostra intenzione sperimentare a breve, nei prossimi mesi, anche questa soluzione con riferimento all'immobiliare. Quello che vi viene illustrato ora è un modello che è stato elaborato da un operatore di Lecce e che dovrebbe essere sperimentato al Tribunale di Lecce. A me pare molto interessante, perché questo tipo di esperienza da una parte può sollecitare il legislatore a introdurre una apertura alla gara telematica e devo dire che il legislatore nel 2005/2006 ci aveva pensato, ma poi si è fermato e via dicendo. Quindi può rappresentare una spinta. Nell'altro non escludo che ci possa essere un effetto di generalizzazione anche prima dell'intervento normativo del

legislatore sulla base di queste prime esperienze e la circolazione di idee che si realizza in seminari come questi o eventualmente, se la cosa funziona, in seminari ad hoc su questo tema. Direi quindi di vedere l'illustrazione di questo.

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Buonasera a tutti. Sono Ilenia Antonica e sono responsabile del progetto Gara Telematica. Vorrei innanzitutto ringraziare il dottor Fontana per l'invito e il dottor Orlando per il prezioso contributo, il CESPEC e voi tutti per l'attenzione che mi auguro saprò sollecitarvi.

Erano i primi mesi del 2006 quando il dottor Orlando ci convocò per lanciarci una sfida e la sfida era appunto la realizzazione di un sistema informatico per la gestione della gara in modalità telematica. Raccogliemmo il guanto della sfida perché ci rendemmo conto che buona parte degli sforzi profusi dai Magistrati prima e dal legislatore dopo, nel recepire le cosiddette prassi virtuose veniva vanificato in alcune realtà da una circostanza molto banale, cioè la presenza fisica, la compartecipazione fisica di più soggetti nelle sale delle udienze, quindi chiaramente il rapporto tra i partecipanti, il rapporto tra il debitore e i partecipanti, il rapporto fra questi soggetti e i soggetti che in alcuni casi gravitano ovviamente nella criminalità organizzata o comunque in qualche modo tendono a avere una condotta anche penalmente rilevante ai sensi del 353 del Codice Penale, turbata libertà degli incanti. Quindi iniziamo a lavorare su questo progetto.

La funzione di gara telematica è duplice: da un lato consentire ai partecipanti di accedere alla gara in modalità telematica, semplicemente attraverso un personal computer e una connessione internet e d'altro canto consentire ai Magistrati, quindi i Giudici di accogliere queste offerte provenienti dai partecipanti on line e gestire quindi una gara in modalità telematica.

Vediamo ora quali sono i vantaggi di una gara telematica rispetto a una gara tradizionale. Sicuramente il primo aspetto lo abbiamo un po' accennato, è l'impulso alla legalità. E' sicuramente un elemento al quale ovviamente in veste di Magistrati sarete molto sensibili perché si continuano purtroppo a perpetrare nei corridoi, nelle anticamere delle sale delle udienze delle condotte criminose penalmente rilevanti, che vanno dalla minaccia, all'estorsione, alla violenza fisica, ma anche solo morale e quindi Gara Telematica offre un contributo per evitare che ciò avvenga. A questo poi si aggiunga un'altra circostanza, che in alcuni casi, almeno nella nostra realtà del sud, la partecipazione a una gara, laddove presente il debitore manifesta il suo interesse al riacquisto del bene è un fatto moralmente deprecabile tra virgolette, nel senso che non è socialmente accettato. Quindi la possibilità di partecipare via internet consente di rimuovere anche questo problema, che magari non è un problema di legalità.

Altro elemento importante è invece il superamento o contenimento del pregiudizio sociale di illegalità dell'asta. Voi Magistrati avete il merito di avere lavorato tanto nella direzione di conferire la massima trasparenza alle vendite giudiziarie, però l'idea comune è purtroppo ancora che le aste sono truccate, cioè che l'esito di una gara è in alcuni casi già deciso nelle anticamere delle sale delle udienze e quindi

diciamo che Gara Telematica in questo senso contribuisce un po' a riabilitare da questo punto di vista le aste giudiziarie e quindi riscattarle un po' da questa cattiva fama.

Altro elemento importante laddove nei tribunali non si avverta questo problema della legalità oppure del pregiudizio sociale di illegalità dell'asta, altro vantaggio invece il vantaggio economico per il partecipante, cioè in sostanza il partecipante valuta negativamente le spese della trasferta che in alcuni casi, laddove si debbano percorrere migliaia di chilometri per raggiungere il Tribunale dove si celebra l'udienza, c'è il costo del vitto, dell'alloggio e anche il fatto di dovere in qualche modo per qualche giorno abbandonare il posto di lavoro crea dei problemi. Quindi Gara Telematica offre un significativo contributo in questo senso perché amplia lo spettro dei possibili partecipanti, quindi il bacino dei possibili utenti. Quindi questo è il vantaggio economico per i partecipanti.

Come si è sviluppato – ve lo dico molto sommariamente – questo progetto e quali modelli noi abbiamo esaminato. Sicuramente un'esperienza affascinante è stata la videoudienza penale del Tribunale di Cremona. Certamente sapete che alcuni procedimenti penali a Cremona, attraverso il software Adobe Connect vengono celebrati virtualmente, nel senso che in particolare gli imputati vengono collegati, attraverso un sistema di web conference, via internet al Giudice che è titolare di quel procedimento. E' un'esperienza eccezionale però è chiaro che ci siamo posti un primo interrogativo: come gestire Gara Telematica in modalità web conference oppure attraverso una semplice gara testuale? E il risultato è questo, che in un procedimento penale forse la modalità con cui viene resa una deposizione, un interrogatorio fanno la differenza, per cui la comunicazione verbale ha la sua importanza, mentre il modo in cui si esprime un rilancio credo che lasci un po' il tempo che trova. Poi il secondo aspetto è l'incidenza dei costi, a cui ovviamente il Ministero è sensibile, i Giudici sono sensibili, nel senso che l'utilizzo di un buon software per la web conference è certamente oneroso. Quindi abbiamo pensato che doveva essere una gara in modalità testuale.

L'altra esperienza importante è il modello americano del "Government Auction". Il modello americano è uno stile eBay, quindi esattamente come quello utilizzato a Milano dal dottor Fontana, quindi c'è l'auctioneer, quindi il banditore, che mette in vendita un bene e the bidders, quindi gli offerenti, che hanno un tempo che va dagli 8 ai 15 giorni per poter fare l'offerta. L'ultimo rilancio è quello vincente. Altro modello, appunto quello milanese, sempre stile eBay. Poi una esperienza molto vicina alla nostra, con delle piccole varianti, è l'esperienza spagnola del Tribunale di Mursia, la Sub Astas Judiciales spagnola è un'asta sostanzialmente elettronica. Ci sono due soltanto elementi di differenziazione, ma non approfondiremo certamente l'argomento. E' una gara in tempo reale, quindi si incontrano i partecipanti presenti in sala e i partecipanti on line e il Giudice gestisce la gara. Tra l'altro è un modello che ha consentito al Tribunale di Mursia di guadagnarsi il Premio Bilancia di Cristallo del Consiglio d'Europa e che è stato presentato nel 2008 presso l'EIPA, lo European Institute for Public Administration come best practice, e quindi come un'ottima pratica fondamentale, ma non è stato presentato come progetto, ma come realtà e

come software in uso sostanziale presso il Tribunale di Mursia. Poi abbiamo esaminato per sommi capi il software relativo alla gestione della gara telematica per le Pubbliche Amministrazioni. Quindi sapete che in materia di e-procurement esiste un software che consente alle Pubbliche Amministrazioni, nel rispetto della normativa sulla evidenza pubblica, di individuare il miglior contraente. Però è ovvio che l'angolo visuale è diverso, nel senso che lì la Pubblica Amministrazione cerca beni e servizi, ovviamente le imprese ne fanno sostanzialmente l'offerta. Viceversa nel nostro caso il Tribunale offre un bene e il pubblico fondamentalmente deve fare l'offerta.

Per quanto riguarda le caratteristiche del nostro software rapidamente vi dirò che quindi abbiamo optato per la gara testuale, è una gara simultanea, quindi in tempo reale. E' una gara in modalità promiscua, perché il Giudice gestisce contemporaneamente i partecipanti in sala e i partecipanti on line e in questo si differenzia rispetto al modello spagnolo, nel senso che è vero che compartecipano, però in Spagna esiste un ordine cronologico, cioè prima fanno le offerte i presenziali e poi i partecipanti on line. Noi abbiamo invece voluto garantire proprio la contestualità in tutto. Il nostro sistema è un sistema in cui si tutela l'anonimato del partecipante. Abbiamo incontrato uno scoglio importante e cioè il fatto che come gestori esterni del servizio non dovevamo accedere prima dell'avvio della gara alle informazioni relative agli offerenti, per una questione di legalità, perché lo prevede il Codice, per il rispetto della pregnante e rigorosa normativa in materia di tutela della privacy e poi per una questione di opportunità, perché ci avrebbe reso forse un po' vulnerabili, nel senso aggredibili da parte di soggetti che quelle informazioni invece volevano conoscere. Quindi vi spiegherò poi, quando vi illustrerò la flow chart del software, come siamo riusciti a ottenere questo risultato. Il sistema è estremamente semplice perché l'abbiamo testato sia su esperti informatici come il Giudice Orlando, sia su persone poco inclini all'uso dello strumento informatico e quindi è un sistema estremamente semplice, fruibile e è versatile. Versatile perché noi l'abbiamo studiato su quella che è la realtà e la prassi del Tribunale di Lecce, che è una prassi un po' particolare, si differenzia probabilmente da quella delle altri tribunali, ma è versatile, nel senso che abbiamo già una release, una nuova versione, che è relativa alla modalità di versamento con assegno. Poi è sicuramente estremamente flessibile, nel senso che può essere utilizzata, oltre che dai Giudici anche dai professionisti delegati, dai curatori, da chiunque sia preposto a celebrare l'udienza di vendita. Molto rapidamente perché mi rendo conto che il tempo stringe. Quali sono le caratteristiche dell'interfaccia dell'utente: l'iscrizione, l'assegnazione di un pin d'accesso, la partecipazione tramite rilancio oppure l'inserimento di messaggi di testo, la disabilitazione o blocco addirittura, la conclusione della gara.

Per quanto riguarda invece l'interfaccia del Giudice: una maschera di caricamento dei partecipanti e questa è una novità che abbiamo inserito su indicazione e sollecitazione del dottor Fontana, di tutti i partecipanti perché poi i nominativi verranno esportati automaticamente nel verbale d'udienza, una verifica della tempestività e della congruità del versamento cauzionale, l'abilitazione e disabilitazione blocco. Molto interessante è il fatto che siamo riusciti a trovare un modo per sollecitare l'utente non

concesso, un po' pigro, smemorato, che non ricordi esattamente l'orario e il giorno dell'udienza, per cui attraverso un semplice clic il Giudice che vede, lo può vedere dalla sua consolle, che non è collegato, potrà inviargli tramite un clic, un sms, per un alert, quindi per un avviso in questo senso di connessione. Il sistema di avvisatura automatico è personalizzabile, ecco perché vi dico il software è estremamente versatile perché noi abbiamo inserito per esempio un altro messaggio di testo, che è l'eventuale rinvio dell'udienza. Per cui nel caso, per ragioni tecniche, ci dovesse essere un rinvio dell'udienza, attraverso un clic, anche in quel caso è l'inserimento della data ovviamente della nuova udienza, tutti i partecipanti on line potranno conoscere la nuova data. Quindi la consolle del Giudice, che vi illustrerò subito, il timer di scorrimento dei tre minuti, quindi abbiamo reso virtuale il sistema della vergine, per cui abbiamo lo scorrimento dei tre minuti e una colorazione differente per ogni spegnimento di candela. Lo svolgimento della gara, la conclusione della gara e l'aggiudicazione e infine, molto importante, l'esportazione automatica del contenuto della gara nel verbale d'udienza, su un file in formato word, quindi assolutamente personalizzabile da parte dei Giudici.

Per quanto riguarda la dotazione tecnica minima richiesta per il partecipante, semplicemente un personal computer con browser internet Explorer 6 o superiore, file Foxopera o Safari e un collegamento internet, possibilmente ovviamente a banda larga, ADSL oppure superiore. Questa invece è la flow chart del funzionamento del sistema.

La premessa è che appunto a Lecce la cauzione si versa tramite bonifico. Questo ci ha consentito di risolvere il problema della tutela dell'anonimato del partecipante, perché? Ovviamente il gestore del servizio è in contatto con la banca presso la quale poggia il conto corrente del Tribunale e riceve quotidianamente l'elenco dei cro, cioè dei numeri identificativi dei bonifici associati all'importo della cauzione che è stata versata. Queste sono le due informazioni che la banca ci comunica. Il partecipante on line nel momento in cui fa ovviamente la richiesta di partecipazione alla gara non dovrà inserire dati anagrafici, dovrà soltanto inserire l'alias, quindi lo pseudonimo da utilizzare in questa chat room, in questa sala virtuale dell'udienza per potersi identificare, dovrà inserire altri dati, come il numero di cellulare e l'indirizzo di posta elettronica e nel regolamento sollecitiamo i partecipanti on line a non indicare dati anagrafici, il cro e l'importo della cauzione che è stato versato.

Ricevute queste informazioni, il sistema è in grado di incrociare i numeri dei cro, cioè quelli che pervengono dai partecipanti on line e quelli che invece pervengono dalla banca che ce li ha comunicati. Una volta verificato, quindi effettuato il riscontro, il sistema produce il pin di accesso, quindi il pin di accesso raggiunge il partecipante on line attraverso il cellulare e attraverso la posta elettronica. Qui si pone anche un problema di sicurezza perché, sicuramente l'avrete pensato, disponendo di queste informazioni un soggetto estraneo potrebbe accedere per conto di terzi alla gara. No, perché noi, tramite l'sms, gli diamo due informazioni su tre: la password è personale e la stabilisce un nome di fantasia che stabilisce il partecipante, poi gli serve il pin di accesso e ovviamente il numero del cro. Noi tramite il cellulare gli inviamo soltanto due di queste tre informazioni. La password è una informazione assolutamente

riservata e della cui riservatezza ovviamente il partecipante deve rispondere e quindi nessun altro potrà partecipare se fortuitamente dovesse prendere il cellulare del partecipante oppure leggere inavvertitamente il messaggio di posta elettronica. Quindi il gestore dell'asta telematica fa una verifica della regolarità dell'offerta, della congruità del bonifico, perché comunque perviene il fax dell'offerta alla Cancelleria, così si usa fare presso il Tribunale di Lecce, quindi è in grado di fare una verifica fondamentale dell'offerta. A quel punto è in grado di definitivamente abilitare, disabilitare o totalmente bloccare l'utente se non vi sono i requisiti per l'accesso alla gara. Si entra finalmente nella sala virtuale dell'udienza. Nella consolle del Giudice vengono censiti anche i partecipanti in stanza, quindi si svolge la gara, vedremo come perché faremo una simulazione in tempo reale di qualche minuto, dopo di che la gara ovviamente va avanti per rilanci e il sistema fa anche una verifica della congruità dell'offerta, cioè se l'offerta dovesse essere inferiore all'ultimo rilancio effettuato il sistema lo segnala e si procede poi all'aggiudicazione del lotto. Fatto questo, tutto lo svolgimento della gara viene trasferito automaticamente nel verbale di udienza, che ovviamente si potrà personalizzare, quindi, detto questo, vi dirò subito che qui il Giudice.. per sommi capi vi faccio vedere un pochino l'interfaccia Giudice, quindi abbiamo l'elenco delle procedure esecutive che riguardano le aste odierne, si seleziona quella di riferimento, ogni procedura può avere più lotti, quindi in questo caso per esempio questa procedura esecutiva ha due lotti, si seleziona quello di riferimento. Vi è un riepilogo del lotto, della descrizione del lotto e si entra poi nella maschera di caricamento dei partecipanti. Qui ci sono pochissime informazioni, che ovviamente il Giudice dovrà inserire un quarto d'ora, mezz'ora prima dell'asta e sono l'alias del partecipante, il nominativo a questo punto sì del partecipante perché siamo nella fase dell'avvio della gara, il riferimento del pagamento, quindi il numero di cro o appunto nella release, quindi nella versione relativa all'assegno, gli estremi dell'assegno, l'importo della cauzione e lo stato del partecipante. Quindi, detto questo, si può per esempio inserire un nuovo partecipante, vedete per esempio qui "Caio", nome e cognome, il riferimento del cro, la cauzione, il suo stato è abilitato, quindi è stato promosso a partecipare sostanzialmente alla gara. Quindi avremo qui sempre la maschera di caricamento dei partecipanti, vedrete che è stato inserito appunto "Caio" che avevamo prima censito e si passa poi alla consolle del Giudice. Nella consolle del Giudice, vedete che a sinistra noi abbiamo censito i partecipanti in stanza, Tizio e Caio. Questa non è una demo, se volete passiamo subito alla simulazione, voglio fare proprio una simulazione in tempo reale. Queste sono slide, nel senso che sono immagini dell'interfaccia. Facciamo una carrellata molto rapida per prepararvi invece proprio alla simulazione di gara che durerà un minuto. Questa è l'interfaccia, il box a sinistra accoglie i partecipanti in stanza, quelli a destra i partecipanti in rete, il box centrale quello riservato allo svolgimento della gara e all'interno avremo dei messaggi di sistema, i messaggi del Giudice, quindi potrà inserire anche dei messaggi di testo e ci sarà poi lo scorrimento delle offerte in automatico. E' chiaro che per quanto riguarda gli utenti in sala le offerte dovranno essere inserite dal Giudice o dal Cancelliere, come preferite. Quindi il box relativo al caricamento delle offerte per conto degli utenti in sala è quello in basso a sinistra.

Detto questo, qui per esempio Caio è stato selezionato per fare l'offerta di 77 mila euro, il prezzo base è di 76 mila e quindi vedrete che nel monitor centrale, cioè quello dell'udienza, verrà indicata l'offerta effettuata, il sistema calcolerà automaticamente il rilancio e poi vi è l'attivazione del timer di scorrimento dei minuti, appunto il sistema della candela vergine. Chiaramente tra le funzioni vi è anche la possibilità di stoppare il timer, cioè se il Giudice ha la necessità di comunicare qualcosa, quindi di inserire un messaggio di testo, blocca il timer, lo inserisce e poi può riprendere lo scorrimento, oppure se tutti i partecipanti si ritirano, senza attendere tre minuti, può decidere, prima della conclusione della fine dei tre minuti, può decidere di aggiudicare l'asta.

Qui sono state effettuate altre offerte, con rilancio sempre di mille euro, quindi "si è sicuri di voler aggiudicare l'asta?", sì. Si aprirà poi direttamente il verbale di udienza, con l'indicazione della descrizione del lotto, la indicazione dei partecipanti in stanza, con nome, cognome e alias, che li ha identificati nella sala virtuale delle udienze, i partecipanti in rete e tutta l'esecuzione della gara.

Per quanto riguarda invece, vi faccio vedere soltanto questa immagine relativa all'iscrizione del partecipante, qui deve semplicemente indicare lo pseudonimo, la password che conosce soltanto lui, deve ripetere la password, inserire poi l'ABI, il cro, l'importo ovviamente del bonifico eseguito, il numero di cellulare e l'indirizzo di posta elettronica. Queste sono le sole informazioni che dovrà inserire.

Qui invece per quanto riguarda l'accesso proprio alla gara da parte del partecipante, inserisce le tre informazioni che vi avevo detto, quindi numero di cro, la password e il pin, seleziona, perché potrebbe avere anche effettuato un bonifico cumulativo, quindi seleziona il lotto che va in vendita e questa invece è l'interfaccia proprio dell'udienza, cioè ciò che vede sostanzialmente il partecipante on line. Ovviamente la parte centrale è relativa a tutti i messaggi, quindi sia quelli di sistema, sia quelli del Giudice, che noi abbiamo chiamato gat, perché è il gestore dell'asta telematica, potrebbe essere un professionista delegato, e infine tutti i rilanci. Quindi a sinistra la possibilità di inserire l'offerta e a destra il messaggio per il gat. Chiaramente vi dico che il partecipante on line viene identificato con il colore verde, se connesso, grigio invece se è abilitato, ma non è connesso e quindi il Giudice gli può mandare il sollecito di connessione.

INTERVENTO FUORI MICROFONO.

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Potrebbe anche visionarla, è sufficiente fornirgli delle credenziali di accesso e quindi potrà accedere alla sala virtuale dell'udienza. Vi dirò di più, che il vantaggio per esempio dell'asta spagnola rispetto a quella italiana è che ci sono proprio gli spettatori, cioè, oltre alla possibilità che un Giudice controlli il delegato nello svolgimento della gara, ci sono proprio degli spettatori esterni, che non possono

intervenire in scrittura e che possono solo vedere, quindi per ragioni di trasparenza sicuramente quello è un modello attrezzabile.

Facciamo una simulazione di gara vedendola dal lato che forse vi interessa di più, che è il lato Giudice, durerà appena qualche minuto. Ovviamente si inseriscono le credenziali, quindi il Giudice o il professionista delegato inserisce le sue credenziali. Selezioniamo l'asta per esempio di riferimento, selezioniamo il lotto, confermiamo che il lotto è quello. Qui sono stati censiti già dei partecipanti, che sono Sempronio per quanto riguarda l'offerente on line, Tizio, Caio e Pippo che invece sono i partecipanti in sala. Se noi volessimo per esempio aggiungere un partecipante, il nominativo, abilitato, salviamo le modifiche al profilo. Quindi abbiamo censito un nuovo partecipante in stanza.

Andiamo avanti e entriamo finalmente nella sala virtuale dell'udienza, vi dirò che l'utente on line non è ancora connesso, è grigio, come vedete e ora si è connesso, quindi l'utente si è connesso. Procediamo quindi con, ad esempio, dei rilanci, il prezzo base è di 76 mila euro, offriamo 80 mila. Qui abbiamo previsto un sistema di ripetizione vocale, perché ovviamente i partecipanti in stanza non guardano il monitor, quindi come possono apprendere di quello che è il rilancio effettuato dai partecipanti on line, quindi era obbligatoria la ripetizione vocale. L'utente on line, non sono stata io, ma l'utente on line ha effettuato un rilancio di duemila euro, quindi siamo a 82 mila. Se qui proviamo a sbagliare l'offerta, nel senso fare un'offerta non congrua, a esempio di 81 mila, ci viene segnalato che l'offerta non è congrua: "Hai offerto 81 mila rilanciando meno mille e il rilancio non può essere inferiore a mille. Devi offrire almeno 83 mila".

Questo è il sistema. Ovviamente il timer di scorrimento è di 3 minuti, ha colorazione differente per ogni chiusura del minuto e poi abbiamo l'aggiudicazione dell'asta, quindi qui vediamo per aprire il verbale, questo è il verbale in formato word, quindi il riferimento ovviamente alla descrizione del lotto, i partecipanti in stanza, che il Giudice ha censito, vengono automaticamente riportati con invece le generalità in questo caso, i partecipanti in rete e tutta l'esecuzione della gara con l'aggiudicazione. Questo è il nostro software, io avrei concluso.

DOTT. ROBERTO FONTANA:

Guardando questo programma mi sono reso conto che uno poteva porsi il problema della certezza di identità dell'offerente. Benissimo. Sulla base di quella che è l'esperienza della presentazione della modalità dell'offerta alla Sezione Fallimentare di Milano almeno riterrei che sarebbe superato, perché adesso Milano alla fallimentare non si depositano più le buste, si fa la cauzione direttamente mediante bonifico su un conto intestato alla Sezione e viene trasmesso, attraverso fax, ma non viene stampato perché è un fax via internet, l'offerente deve mandare, oltre che l'offerta, deve mandare la copia dell'ordine di bonifico col numero di cro, in questo caso non c'è ancora la gara telematica però, ma deve mandare anche la copia dei documenti di identità. A questo punto, se uno manda la copia dei documenti di identità, è chiaro che lui è l'offerente, altrimenti uno se non mandasse il documento

potrebbe usare il nome dell'altro e un altro dice: "Ma io non ho fatto nessuna gara". È vero che almeno a Milano questo problema dell'identità non esisterebbe.

MODERATORE:

Vogliamo chiedere come l'hanno risolto loro? Perché io questa cosa qui non l'ho capita.

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Per quanto riguarda l'identità del partecipante noi usiamo lo stesso identico sistema, nel senso che a Lecce sarebbe superato dal fatto che la documentazione viene inviata via fax e raggiunge direttamente il Giudice. Però esiste il problema dell'identità ed è un problema risolvibile attraverso gli strumenti che l'informatica oggi ci offre, cioè il certificato digitale e la firma digitale.

DOTT. ROBERTO FONTANA:

Però siamo ancora lontani.

MODERATORE:

Noi abbiamo consentito la partecipazione potenziale dell'asta a tutti nelle stesse condizioni e non possiamo dire che firma digitale o altro oggi hanno un livello di diffusione tale da mettere tutti sullo stesso piano.

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Sì, però è ovvio che l'identità del partecipante potrebbe anche verificarsi nella fase definitiva, cioè la fase del trasferimento dell'immobile.

MODERATORE:

No, perché c'è un dato normativo sia nella vendita che nella vendita.. Allora, dati normativi sono due: l'art. 571 e il 173 quinquies, che regola l'offerta telematica prevedono come presupposto di validità dell'offerta l'identificazione dell'offerente e questo è l'unico passaggio..

INTERVENTO FUORI MICROFONO.

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Sto parlando del certificato digitale, nel senso che oggi esistono degli strumenti..

INTERVENTO FUORI MICROFONO.

DOTT. SSA ILENIA ANTONICA:

Ma il problema della sottoscrizione per noi non esiste.

MODERATORE:

Cioè manca questo passaggio. Non credo che sia irrisolvibile, però..

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Chiedo scusa, l'identità può essere oggi, credo..

INTERVENTO:

Posso dire io? Era quello che ci stavamo ponendo qua come problemi, cioè l'identificazione.. cioè l'identità tra offerente, rilanciante, aggiudicatario e acquirente col decreto di trasferimento. Non possiamo identificarlo solo a posteriori della gara in sede di aggiudicazione. Un'altra cosa che mi sono posto il problema: questo mi va benissimo per l'incanto, ma dov'è l'offerta irrevocabile di acquisto? C'è un'offerta irrevocabile di acquisto qua? Perché io non l'ho vista.

INTERVENTO:

Sì, c'è.

INTERVENTO:

Quando viene fatta?

MODERATORE:

Vediamo Massimo che dice, Massimo Orlando.

DOTT. MASSIMO ORLANDO:

L'offerta col 173 quinquies viene mandata col fax. Poi noi, per evitare che il fax circoli così, l'abbiamo fatto in un gestore che trasforma il fax, che lo si manda normalmente sottoscritto, lo trasforma in dato digitale e quindi arriva su una casella di posta solo di un Cancelliere che quindi ha la responsabilità.

Il problema della individuazione, poi vediamo un po' se si reggerà, l'abbiamo concepito così: l'offerente quando manda il fax manda anche la copia del bonifico e manda anche il documento di identità. Il bonifico è individuato con un numero unico, che è il cro. Il cro viene utilizzato per l'autenticazione da parte dell'offerente, che deve essere fatta almeno 3, 4 giorni prima, per l'autenticazione a questo gestore di gara telematica. Per cui quando l'offerente inserisce il cro che è un dato che ha solo lui e al soggetto che inserisce il cro viene attribuito il pin e poi lui, l'offerente, che ha il pin inserisce la sua password, ha due dati che sono nella sua unica disponibilità e l'identificazione avviene così.

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Cioè l'identificazione non è purtroppo personale, cioè de visu.

MODERATORE:

Non è questo il problema. E' un modo per chiudere il cerchio.

DOTT. SSA ILENIA ANTONICA:

Sì, ma l'abbiamo strutturato proprio in questo modo.

MODERATORE:

Saija.

DOTT. SALVATORE SAIJA:

Altro problema: la questione: la questione relativa a eventuali contestazioni sulla regolarità dello svolgimento nella gara in caso di problemi di informatica in generale possono essere ovviamente distinti tra quelli del Giudice, sappiamo che non abbiamo esattamente delle macchine aggiornatissime dal punto di vista della tecnica e problemi anche relativi eventualmente al funzionamento del sistema dell'offerente, il quale evidentemente, scegliendo questa modalità di partecipazione alternativa, non può che subire eventuali problemi al suo sistema, per cui chi è causa del suo mal si potrebbe dire. Quali possono essere le conseguenze, sappiamo benissimo e lo sa benissimo anche lei che viene da Lecce, io vengo dalla Sicilia, da Patti, per cui molto spesso ci sono anche Fori ancora più causidici, come si suol dire, sappiamo bene che di fronte alla novità il primo problema di molta gente è quello di capire come riesco a bloccare, piuttosto che come.. cioè mettiamoci un attimo nei panni di chi può sabotare la bontà della cosa. Quali possono essere le conseguenze in termini di validità dello svolgimento della gara e come prevenirle eventualmente?

DOTT. ROBERTO FONTANA:

Posto che per la modalità della gara la vendita senza incanto non c'è un modello normativo rigido, quindi è modulabile dal Giudice. Il Giudice nel modularla inserisce una serie di previsioni e specifiche che coprono questo tipo di eventi, è il discorso che facevi tu, per cui dirà: chi offre da casa deve sapere in partenza che se per caso salta l'energia elettrica presso la sua abitazione, se non vuole correre questo rischio venga in Tribunale a farla. Cioè l'importante è che uno accetti le regole del gioco.

INTERVENTO:

Allora, immaginiamo anche, scusami Roberto, anche sulla tempestività dell'offerta, quindi sul problema per esempio del rilancio a ridosso della scadenza del termine e del tempo limite non recepita dal sistema, giunta al sistema in ritardo, è ipotizzabile blindarsi anche da questo tipo di problemi oppure resterebbe sempre nell'ambito del "a tuo rischio e pericolo"? Non so se varrebbe questo, quindi andrebbe regimentato come..

DOTT. ROBERTO FONTANA:

E' un problema di ordinanza secondo me, come scrivi l'ordinanza da una parte. Faccio un inciso perché col sistema informatico tu hai poi la memorizzazione di tutti gli eventi. Per esempio adesso nel caso milanese, che è l'altro modello di gara, abbiamo previsto che in ogni casa, chiusa la gara, per ogni gara fatta ci sarà una stampa completa di tutti gli eventi di quella gara, con tutte le offerte, i rilanci, i minuti, i secondi e via dicendo e viene trasmessa al curatore. Quindi il sistema informatico registra – questo ai fini poi della prova – dopo dice cosa è accaduto, cosa non è accaduto, perché il sistema informatico ha questo pregio qui, di tenere traccia di tutto quello che accade. Dopo di che lo spazio residuo viene coperto da ordinanze fatte bene che prevedano questo evento, dopo di che è un modo come dire a qualcuno: "Guarda che se non vuoi correre questo rischio vieni in aula. Se non ti presenti in aula forse questo tipo di rischio lo corri".

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Chiedo scusa dottore Fontana. Intanto il Magistrato dalla sua consolle vede chi è connesso e chi non è connesso e questo è un primo concetto. Secondo concetto: se io ho problemi di connessione a casa o presso l'ufficio mi reco nel più vicino internet point e mi ricollego fino al momento quanto meno di durata della gara.

MODERATORE:

In questo momento arriva Sergio Brescia, uno dei maggiori esperti italiani della materia. C'erano una serie di interventi. Volevo solo dire una cosa, credo che alle 20 inizia alla cena, noi restiamo qui, ma chi resta qui è a suo rischio e pericolo.

INTERVENTO:

Volevo porre un dubbio in merito a questa procedura di vendita mista, cioè nella fase dei rilanci mi pare di capire che, avvenuto il rilancio, il Giudice sospende la gara per digitare il rilancio a favore anche degli utenti telematici, mi pare di avere capito. Non si crea..

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Chiedo scusa, ogni offerta è tracciabile, nel senso che ha un tempo esatto, è il sistema che lo rileva e contestualmente...

INTERVENTO:

Come la rileva l'offerta della persona fisica presente?

DOTT. SSA ILENIA ANTONICA:

In stanza la digita.

MODERATORE:

Credo che la regola debba essere: nel momento in cui arrivi l'offerta effettivamente c'è un momento di sospensione, ma questo per la verità avviene anche nelle gare..

DOTT. SSA ILENIA ANTONICA:

Non c'è nulla di più di una sala delle udienze.

INTERVENTO:

Ho capito, ma mentre la conoscenza del rilancio le persone presenti in aula, in sala, nel momento in cui avviene il rilancio e così anche per quelli presenti in aula la vedono quella telematicamente, per chi è collegato telematicamente ovviamente la riceve un pochino dopo, che però questo pochino dopo non è misurabile.

MODERATORE:

E' un problema di gestione della gara da parte del Giudice. Allora, il Giudice, una volta pervenuta l'offerta dovrà attendere qualche secondo, il tempo ragionevole per pensare che la notizia – questo ce lo dirà l'operatore che tempo ragionevole..

INTERVENTO:

Sì, ma è regolare poi? Voglio dire dare i tre minuti a casa, o meglio, da chi è collegato telematicamente rispetto a chi in aula invece ha un tempo..

DOTT. ROBERTO FONTANA:

E' sempre tre minuti.

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

I tre minuti valgono anche per gli utenti in sala. Lo scorrimento del timer riguarda tutti.

MODERATORE:

Allora, facendo un esempio: se arriva un'offerta telematica sento la vocina che mi dice, io a quel punto dico che è arrivata l'offerta di Tizio e Caio per euro 80 mila, blocco momentaneamente la gara per un certo lasso di tempo, qualche secondo, 10 secondi, 15 secondi, dopo di che dirò: "Sull'offerta di euro 80 mila pervenuta da casa riparte la gara", ancora adesso si fa così.

INTERVENTO:

Sì, però nei rilanci in aula fundamentalmente chi è presente ha fisicamente la conoscenza del rilancio.

MODERATORE:

Comunque bisogna fare uguale, cioè..

INTERVENTO:

Il ricorso dei tre minuti in realtà parte per tutti nello stesso momento, ma chi è in aula ovviamente ha avuto un tempo maggiore perché lo conosce prima, è evidente che lo sa prima perché nel momento in cui viene fatta l'offerta..

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

E' una frazione di secondo.

INTERVENTO FUORI MICROFONO.

INTERVENTO:

Non è però controllabile, non è detto che sia una frazione di secondo, ci potrebbe essere anche un'interruzione.

DOTT. ROBERTO FONTANA:

Ma sì, ma anche se passa mezz'ora, se il Giudice decide di aspettare mezz'ora, se aspetta mezz'ora..

INTERVENTO:

Sì, ma chi è in aula ha il vantaggio di avere mezz'ora in più di tempo per pensare rispetto a chi è a casa. La mia domanda è: è regolare poi la procedura in questo senso? Sì.

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

E' una frazione di secondo.

DOTT. ROBERTO FONTANA:

Certo che è regolare perché uno potrebbe essere anche ubriaco e essere meno attento di un altro, allora sono fatti suoi.

MODERATORE:

Basta che pensate al tempo di trasmissione di un messaggio in fax.

DOTT. ROBERTO FONTANA:

Ciò che è importante è che l'offerente abbia a disposizione i tre minuti. Se poi tra la fine di un'offerta, cioè la nuova offerta e riapertura della gara passano 5 minuti o un quarto d'ora a mio parere è del tutto irrilevante.

MODERATORE:

Roberto lui stava dicendo un'altra cosa per la verità.

DOTT. ROBERTO FONTANA:

Se io ho a disposizione mezz'ora per fare il rilancio, io ho a disposizione due minuti per entrare in gara..

MODERATORE:

E' un'altra cosa. Sta dicendo che c'è un lasso di tempo tra il momento in cui dico "si riapre la gara" e il momento in cui quello che è a casa riceve questa notizia, è un lasso di tempo che io credo sia infinitesimale.

INTERVENTO FUORI MICROFONO.

DOTT. ROBERTO FONTANA:

Secondo me è importante che nell'ordinanza si faccia riferimento esattamente a come operano questi meccanismi, perché se io decido di fare il bonifico l'ultimo giorno, ipotesi, e il bonifico arriva in ritardo sono fatti miei, ho scelto io di farlo all'ultimo minuto. E' come, d'altro canto, se io decido di fare una raccomandata per partecipare a una gara d'appalto e le poste arrivano in ritardo. E' lo stesso problema, se io aspetto l'ultimo secondo per fare il rilancio e quello interviene quando è già chiuso è già chiusa e basta. Il momento in cui è chiusa è come se l'Amministrazione Comunale dice: tutte le offerte per partecipare a una gara devono arrivare entro il 30 gennaio. Uno decide di spedirla il 29 e non arriva in tempo fatti suoi.

INTERVENTI FUORI MICROFONO.

MODERATORE:

Ce lo diamo un ordine alla discussione? Proviamo a darci un ordine?

DOTT. ROBERTO FONTANA:

Come atteggiamento mentale però io credo che qualunque sistema, compreso quello, presenta delle criticità, allora è corretto l'atteggiamento di fare le prove di esistenza, ma esasperare le estreme criticità secondo me.. perché rischia di essere l'atteggiamento demolitorio.

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Anche perché, chiedo scusa, in Spagna già la utilizzano dal 2006, siamo in Europa.

MODERATORE:

Ha chiesto la parola (incomprensibile).

INTERVENTO:

Torno sempre sul problema della identificazione del soggetto, dell'offerente, perché è il problema penso più significativo da questo punto di vista. Bisognerebbe cercare di blindare anche questa mail che arriva in Tribunale, nel senso avere la certezza da parte del soggetto che gestisce questo dato che nessuno, anche all'interno del Tribunale, l'ha potuta aprire, perché ci sono realtà dove la regolarità è enorme, ma ci sono realtà dove ci può essere una collusione da parte di qualcuno all'interno del Tribunale.

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

A quale e-mail si riferisce?

INTERVENTO:

All'e-mail che vengono trasferiti i dati in cui ci sono gli elementi, sì, il fax, non è detto che il Cancelliere non possa..

DOTT.SSA ILENIA ANTONICA:

Il legislatore lo prevede però mi sembra.

INTERVENTO:

No, cioè la busta chiusa deve essere aperta in un momento..

MODERATORE:

Col bonifico no però.

INTERVENTO

Benissimo. Il sistema della busta chiusa è un'invenzione mia e del dottor Miele. Sono sicuramente un difensore del sistema della busta chiusa. Quando il Tribunale di Lecce ha prospettato il discorso dell'offerta mediante bonifico e fax qualche timore lo avevamo. Poi devo dire che con l'accorgimento del fax mediante Internet le cose funzionano perfettamente e faccio l'esempio di Milano: la sezione fallimentare di Milano è passata al regime esclusivo dell'offerta mediante il fax dal 2008, non si è verificato mai nessun incidente; sono due persone che hanno la password: io, perché in qualche modo sono stato investito dal settore per fare una supervisione, e un cancelliere. Le offerte arrivano sempre quando c'è la scadenza dei termini; ipotizziamo pure che qualcuno venga a sapere che c'è un'offerta..

INTERVENTO

Che c'è l'offerta non è un problema, che c'è quell'offerente può essere un problema. Cioè se io dovessi entrare in quel sistema io dico che all'interno di questo sistema ci dovrebbe essere cronologicamente il fatto che quella mail viene aperta in quel momento.

INTERVENTO

Benissimo. Abbiamo ristretto enormemente l'area dei problemi, dopodiché esistono i Magistrati corrotti, esistono le patologie, esiste un'altra risposta su un altro piano. Non possiamo pensare.. io dico semplicemente che il sistema della busta chiusa è più chiuso, ma quello che si guadagna in termini di accesso attraverso il sistema dell'offerta mediante bonifico..

INTERVENTO

Ma non metto in dubbio questo. In via propositiva questo sistema potrebbe essere implementato con il fatto che in quell'orario specifico, quindi all'apertura dell'udienza, si sa che in quel momento è stato aperto quel messaggio, è una cosa banalissima, però la segretezza proprio viene garantita.

MODERATORE

Parlavamo di una mail che si possa aprire nel momento dell'apertura dell'asta, come generalità.

INTERVENTO

Soprattutto quando ci sono i professionisti delegati è ancora più complicato il fatto. Un conto è un funzionario di Cancelleria, un conto il delegato in uno studio di un delegato. Ecco, ci vuole una schermatura, un passaggio.

INTERVENTO

Sì, ho capito.

MODERATORE

Direi che siamo arrivati a un orario per cui questa discussione possiamo rinviarla. Arrivederci e grazie a tutti!