**Questioni emerse nel corso del seminario su ordine di liberazione e conversione tenutosi a Milano in data 8 aprile 2019**

Senza alcuna pretesa di completezza ho provato a sintetizzare le principali questioni emerse nel corso del seminario, durante l’esposizione e il successivo ricco dibattito.

Alberto Crivelli

**La nomina anticipata del custode giudiziario**

A proposito della nomina del custode essa avviene ancora sulla base del disposto di cui all’art.559 cpc, pertanto 1) su richiesta del creditore, e in tal caso vi sono due regole 1a) sentire il debitore; 1b) la nomina è comunque discrezionale; 2) quando l’immobile non sia occupato dal debitore; 3) in via sostitutiva, laddove il precedente custode o il debitore-custode vìolino gli obblighi su di essi incombenti; 4) quando si pronuncia l’ordinanza di vendita. Nelle ipotesi sub 2) e 3) la nomina è obbligatoria, cioè non è assoggettata a una scelta discrezionale del giudice; nel caso n.4) invece vi si può non precedere, ma solo per l’ipotesi in cui si ritenga che la sostituzione non abbia utilità.

In effetti l’art.559, 1° co., cpc precisa che all’atto del pignoramento il debitore diviene custode *ex lege*, per cui egli rimane tale di norma fino all’emanazione dell’ordinanza di vendita, salvo non ricorrano alcune delle ipotesi sopra rassegnate. Essendo egli custode, è logico che sia soggetto al potere di sostituzione ove egli violi gli obblighi gravanti sullo stesso (ipotesi sub 3 di cui sopra).

Tra obblighi tanto per il custode quanto per il debitore, in base al combinato disposto degli artt.560, 1° co. e 593, cpc, vi è quello di rendere il conto.

La relativa violazione costituisce quindi presupposto per la nomina del (nuovo) custode anche prima dell’ordinanza di vendita, ed in particolare in sede di fissazione dell’udienza di cui all’art.569 cpc.

Sempre circa l’obbligo del rendiconto, va detto che la norma mentre appunto disciplina l’ipotesi del bene non custodito, in quanto libero, non si preoccupa di quella in cui il bene sia locato. Pertanto anche in questo caso il debitore resta custode. Qui però da un lato è verosimile che tempestivamente il creditore formuli istanza di nomina del custode, visto che ben difficilmente il debitore verserà alla procedura spontaneamente i canoni; dall’altro la violazione dell’obbligo di rendiconto sarà scontata e per altro verso rilevantissima anche in uno spazio temporale ristretto.

Due precisazioni ancora sul contenuto dell’obbligo di rendiconto

1. L’obbligo di rendiconto, in base all’art.593 cpc, si sostanzia nel deposito del relativo atto in cancelleria ogni trimestre, unitamente alle rendite riscosse.
2. Come detto l’art.559 cpc fa riferimento all’occupazione del bene da parte del debitore. Si tratta di un concetto ben più esteso di quello cui allude il successivo art.560 cpc, nel senso che qui l’occupazione riguarda qualsiasi tipo di bene: può trattarsi della casa d’abitazione (appunto come nel 560 cpc), ma anche dell’orto coltivato, della cantinola colle masserizie, dell’autorimessa, del laboratorio, del negozio, della seconda casa. In tutti questi casi non scatta automaticamente la necessità di nominare un custode.

L’attuale testo dell’art.560 cpc configura una nuova disciplina anzitutto rispetto ai presupposti di **perdita della detenzione** del bene immobile da parte del debitore.

Ma tanto ora come prima, essi **non sono necessariamente connessi con la permanenza della qualità custodiale in capo al debitore**.

Anche prima, nominato ad es. il custode con il decreto che fissa l’udienza, o su istanza del creditore, non veniva automaticamente emesso l’ordine di liberazione, sicché convivevano custode e debitore detentore.

Sotto tal profilo quindi le cose non sono cambiate, benché gli obblighi custodiali ove il bene sia abitato dal debitore si atteggino diversamente.

Infatti gli **obblighi propri del custode** sono quelli previsti dall’art.65 cpc , cioè la conservazione e l’amministrazione. In caso prosecuzione dell’abitazione dell’immobile da parte del debitore gli obblighi di **conservazione** gravano invece sull’*habitator*, e quindi sul debitore, ma questo sia prima che dopo la modifica.

Oggi il nuovo art.560 cpc peraltro specifica l’obbligo del debitore (e dei famigliari conviventi) di tutelare e mantenere in buono stato di conservazione il bene.

Non solo, ma consente anche al debitore di **locare** l’immobile (seppure deve intendersi parzialmente: il potere di riscuotere direttamente i fitti è previsto per il debitore dall’art.593 cpc, ma solo finché non sia nominato un custode e a condizione che frattanto egli, come visto sopra, ottemperi al proprio dovere di rendiconto) e quindi sotto tal profilo anche di amministrarlo.

In ipotesi di detenzione da parte del debitore dunque, come del resto anteriormente, compito del custode sarà dunque essenzialmente quello di **vigilare** sul debitore e sull’efficacia della sua opera manutentiva e di tutela del bene.

Inoltre il **custode dovrà rendere il conto**. Non è parso che l’art.560, 1° co., cpc con il nuovo testo sia cambiato, cioè ancor oggi con la nomina del custode l’obbligo di rendiconto rimane in capo al **solo custode**. Questi certamente riscuoterà i canoni delle locazioni autorizzate dal g.e. anche se il contratto sia stato stipulato su istanza del debitore (ci si riferisce sempre al caso del debitore *habitator*). Trattasi in tal caso di locazione parziale, e la norma non sottrae affatto in generale il potere di locare in capo al custode, ma semplicemente la relativa portata è nel senso che quando il bene è abitato dal debitore, il legislatore, nell’intento di favorirlo e non imporgli una restrizione dell’uso stabilita unilateralmente dal custode, ammette che la scelta di locare parte del bene (individuando quindi quella che non gli serve a fini abitativi) spetti a lui.

In tutti gli altri casi (beni non occupati da lui, o non più a seguito di o.d.l.) sarà sempre il custode a locare su autorizzazione del ge.

Tutto questo accadrà, dal giorno della nomina fino a quello della pronuncia dell’ordinanza, indipendentemente dalla tipologia del bene (sia o non sia l’abitazione cioè).

La norma però concede la permanenza del debitore nel bene fino ad un momento stabilito (l’emissione del decreto di trasferimento) purché il debitore o i suoi famigliari conviventi non abbiano violato gli obblighi incombenti sul debitore stesso. Esplicitamente fra essi vengono indicati quelli di manutenzione e tutela. Si tratta di **obblighi strumentali al non deperimento del bene**, che certo non possono essere estesi al pagamento delle spese condominiali o al pagamento delle imposte o ancora al mancato rendimento del conto (neppur dovuto come sopra detto).

La maggioranza dei presenti ha dunque ritenuto che tali oneri non incidono concretamente sul prezzo di aggiudicazione e quindi non si vede come possa il mancato pagamento giustificare l’ordine di rilascio.

Si è osservato che tali adempimenti non vengono ovviamente neanche posti in essere dal custode quando il bene è libero o liberato, anche se è vero che essi si pongono come corrispettivo del godimento.

Soltanto se il mancato pagamento – in relazione alle maggioranze o ad altri accidenti – incida concretamente sulla mancata effettuazione delle opere di manutenzione delle opere sulle parti comuni, potrà considerarsi l’applicabilità della disposizione.

Peraltro alcuni intervenuti, soprattutto provenienti dal Tribunale di Napoli, ritengono che il mancato pagamento delle spese, traducendosi in un’omissione degli obblighi di manutenzione, costituisce presupposto per l’emissione dell’ordine di liberazione ai sensi dell’art.560 cpc come novellato.

Neppure si è ritenuto da parte dei presenti che si possa ragionare in questo modo: l’art.560 cpc stabilisce che in caso di violazione dei doveri si emetta l’ordine di liberazione; finché è custode, il debitore ha il dovere del rendiconto; se quindi viola tale dovere va emesso l’ordine di liberazione. Si è piuttosto ritenuto che la conseguenza propria della violazione dell’obbligo di rendiconto, come quella per le violazioni che non compromettono la manutenzione del bene, sia costituita dalla sostituzione del custode, cioè dalla nomina di un custode terzo in luogo del debitore, che così perde l’amministrazione del bene.

E’ certo vero invece che l’emissione dell’ordine di liberazione è doveroso (non discrezionale) allorché si verifichino le specifiche violazioni indicate all’art.560 *(id est* difetto di manutenzione e tutela; altri obblighi incidenti sull’integrità del bene; ostacolo alle visite).

Al postutto si è ritenuto che gli obblighi rilevanti ai fini dell’emissione dell’ordine sono quelli che presuppongono nel debitore la qualità di abitatore e di parte processuale. E’ vero che la norma si riferisce in genere agli “obblighi che la legge pone a suo carico”, ma si tratta sempre di obblighi che ragionevolmente devono incidere sul bene e sono riconducibili non a quelle violazioni che, se presenti, giustificano appunto una mera sostituzione del custode, ma su obblighi che invece incidono sul bene e gli esiti delle vendite. Si pensi così all’obbligo di far accedere il perito, consentire di visitare il bene al custode al fine di operare la sua vigilanza, non danneggiare il bene, *et similia*.

Infine non vi è stato alcuno che abbia sostenuto il fatto che fin dall’inizio dell’esecuzione si possa o si debba operare la liberazione di beni non occupati nel senso suddetto (cioè non abitati dal debitore e dalla sua famiglia).

In effetti l’art.559 cpc stabilisce che il debitore resta custode finché non sia emessa l’ordinanza di vendita, a meno che il bene sia libero (attenzione libero, non semplicemente non abitato). Ciò significa che un bene non abitato, ma occupato comunque dal debitore (il suo negozio, la sua cantina, il suo garage, la sua seconda casa, ecc., vedi *retro*) è sottoposto *ex lege* alla sua custodia fino all’ordinanza di vendita. Pertanto l’art.560 cpc non può disporre che il giudice ordini la liberazione di un bene che l’art.559 cpc affida alla custodia del debitore, salvo appunto non ricorra un’altra ipotesi, appunto la violazione di un obbligo ben più pregnante di quello del rendiconto (la cui violazione si ripete, giustificherà, sempre a tenore dell’art.559, cpc la semplice sostituzione del debitore nella custodia).

L’emissione dell’ordine a quel punto (o comunque in caso di violazioni indicate specificamente dall’art.560 cpc, per il caso di bene abitato) sarà vincolata, non richiede né l’istanza di parte né consente una valutazione da parte del giudice, se non appunto l’incidenza della violazione con la manutenzione e la preservazione o la possibilità di tempestivamente vendere il bene.

In definitiva se l’immobile non è ad uso abitativo, la nomina del custode avverrà dunque secondo le vecchie regole, e l’ordine di liberazione anch’esso sarà emesso al solito con l’ordinanza di vendita, perché nessuna norma impone qui un’anticipazione dell’ordine stesso. L’ordine cioè se può essere emesso anche dopo la nomina del custode (nelle ipotesi della sua nomina anticipata a mente dell’art.559 cpc) non occorre sia emesso necessariamente contestualmente alla nomina stessa.

Si fa peraltro presente che non tutti gli uffici usano emettere l’ordine di liberazione contestualmente al conferimento della delega: i Tribunali di Torino, Alessandria e Trapani usano emetterlo solo al momento dell’aggiudicazione; mentre Siracusa, Catania, Ragusa e Caltagirone addirittura lo emettono al momento dell’emissione del decreto di cui all’art.569 cpc

Si riporta l’opinione piuttosto diffusa che un’istanza del debitore, soprattutto senza l’opposizione del creditore e previa una valutazione del giudice, potrebbe come ora giustificare una mancata emissione dell’ordine di liberazione fino all’aggiudicazione.

L’unica regola quindi imposta dalla nuova disposizione consiste nel divieto di ordinare la liberazione per la casa del debitore fino al momento che s’è indicato.

**Nozione di abitazione**. Come tale deve indubbiamente intendersi quella abitata concretamente dal debitore. La maggioranza ritiene che si debba far capo alle risultanze anagrafiche per evitare incertezze, mancando del resto al g.e. poteri di accertamento oltre ai casi specificamente previsti. Una verifica più approfondita potrebbe essere effettuata in sede oppositiva.

Problematico l’aspetto della destinazione catastale ed urbanistica del bene. Se si tratta di un immobile formalmente inabitabile, la maggioranza ha ritenuto che il giudice non possa avallare un uso abusivo e quindi non vi sia ostacolo all’emissione dell’ordine di liberazione.

**▪ Il ruolo del custode giudiziario**

Ove il bene sia sottratto al debitore a seguito di ordine di liberazione (vuoi perché non si tratta di bene costituente abitazione e viene pronunciata l’ordinanza di vendita, vuoi perché il debitore abbia violato gli obblighi su di lui gravanti indicati dall’art.560 cpc) il ruolo del custode è quello solito, stabilito dall’art.65 cpc. (conservare, cioè mantenere integra la cosa pignorata anche dal punto di vista economico, ed amministrare, insomma farla fruttare se possibile, similmente al contenuto all’abrogato 5° co. dell’art.560 cpc), oltre ai compiti specificamente indicati dall’art.560 cpc (tra cui non trascurabile eseguire in caso sia emesso l’ordine di liberazione, se direttamente o qual titolo esecutivo vedremo *infra*). Tra l’altro, ben potrà il custode locare l’immobile, e riscuotere i fitti di contratti in corso e opponibili; agire giudizialmente per lo sfratto di inquilini morosi, ovvero agire con azioni possessorie avverso molestie o spoglio

Allorché invece il debitore permanga nella detenzione del bene, il custode avrà i compiti che già prima aveva in siffatta situazione: vigilanza, che si sostanzierà in **periodici accessi** al bene, finalizzati alla verifica delle condizioni di manutenzione del compendio; redazione del **calendario per accesso** con gli interessati all’offerta (a proposito dei quali **è vero che l’espressa menzione di cui al 560 cpc è stata eliminata, ma il 4° co**. presuppone tale compito in capo al custode, quando afferma che il debitore deve “consentire” che l’immobile sia visitato, accordandosi col custode); verbalizzazione delle attività; riscossione dei canoni in caso di autorizzata locazione parziale. Il custode però non avrà compiti di conservazione (anzi non li ha mai avuto in tal frangente).

Il dubbio è se in presenza del debitore nell’immobile **il custode possa “gestire” e amministrare**. La risposta è stata positiva, ma **compatibilmente con la permanenza del debitore**, e quindi la gestione sarà limitata alla riscossione dei fitti della locazione parziale, ed azioni volte ad ottenere la disponibilità del bene non potranno esserne esercitate (mentre esse lo potranno in caso di bene libero o liberato)

**Ordine di liberazione come atto endoesecutivo o come titolo esecutivo.**  Secondo vecchie prassi virtuose, trattandosi di attività (la sua attuazione) che non esula dall’espropriazione immobiliare e che al contempo ha un’efficacia esecutiva intrinseca, ma non ha un avente diritto fuori dal processo, o anche tra le parti del processo, l’ordine di liberazione costituisce un atto endoesecutivo, quindi che viene eseguito dal custode, sotto la vigilanza del giudice dell’esecuzione immobiliare in corso.

La prospettiva dipende dalla struttura dell’attuale processo esecutivo, che permette all’ufficio di incidere sul debitore senza provvedimenti di rilevanza esterna al processo (una prospettiva ben differente rispetto al cpc del 1865, che invece per questi snodi: vendita, trasferimento, distribuzione) richiedeva una sentenza, quindi un atto che era esecutivo, ma solo grazie alla sua efficacia esterna al processo esecutivo, non ufficioso ed interno.

E’ parso allora a parte degli intervenuti che questo significa che ordine di liberazione in tal senso è solo quello per beni occupati diversi da quelli costituenti abitazione, ovvero per beni costituenti abitazione ma ove il debitore abbia violato i doveri di cui all’art.560 cpc. Viceversa, allorché il bene sia stato trasferito, ipotesi richiamata dall’art.560, 8° co., il rilascio ivi citato altro non è se non l’usuale ingiunzione contenuta nel decreto di trasferimento, la quale costituisce indubbiamente un titolo esecutivo, vede come avente diritto l’aggiudicatario, e va attuata nelle forme di cui agli artt. 605 segg, escludendo che ciò possa fare il custode, come era autorizzato invece in base alla previgente normativa.

Si noti in proposito che il miglior argomento per ritenere l’o.d.l. atto autoesecutivo è l’assenza di un soggetto avente diritto, che qui invece c’è, e inoltre l’art.586 cpc prevede come detto l’ingiunzione, per cui non c’è ragione di duplicare l’ordine, né esiste più una disposizione che legittimi il custode a porre in esecuzione il rilascio dopo l’emissione del decreto di trasferimento; la precedente disposizione, espressamente abrogata, aveva evidente carattere derogatorio rispetto al soggetto avente diritto, che è l’aggiudicatario a questo punto, anzi il nuovo proprietario, il quale agirà *in executivis* ai sensi degli artt.605 segg., cpc.

D’altronde i compiti del custode si arrestano alla fase liquidativa dell’espropriazione, fase che con l’emissione dell’ordine di liberazione è ormai definitivamente chiusa.

Tutti hanno comunque convenuto che tale soluzione scoraggerà molto l’accesso alle aste pubbliche i potenziali acquirenti. Da parte di alcuni si è ad esempio suggerito di stipulare dei protocolli con gli ordini competenti al fine di facilitare l’accesso degli aggiudicatari ad una rapida ed economica liberazione dei beni.

Per altra parte degli intervenuti (pare minoritaria) sarebbe possibile “doppiare” il titolo esecutivo di cui all’art.586 cpc con l’emissione di un ordine di liberazione contestualmente all’emissione del decreto di trasferimento. L’obiezione non è solo quanto sopra osservato, ma ancora una volta che l’ordine di liberazione è atto strumentale alla fase liquidativa, che invece con l’emissione del decreto di trasferimento è esaurita, e del resto la vecchia disposizione che autorizzava il custode ad eseguire l’o.d.l. anche dopo la pronuncia del decreto di trasferimento, è stata espressamente abrogata (peraltro la stessa pareva presupporre che l’ordine fosse già stato emesso in precedenza, cosa che nel caso della nuova disciplina non sarebbe possibile).

Per quanto si riferisce agli strumenti di tutela, gli intervenuti hanno condiviso che il terzo possa opporsi all’o.d.l. *ex* art.617 cpc, ma sia che faccia valere un diritto di godimento relativo (es. locazione) sia che faccia valere un diritto reale, egli potrà comunque agire *ex* art.619 cpc (ciò in caso di ordine di liberazione, perché in caso di ingiunzione contenuta nel decreto di trasferimento certamente potrà farlo contro l’instaurato procedimento di rilascio ai sensi degli artt.605 segg. cpc).

**▪ I beni mobili relitti nell’immobile.**

Sembrerebbe che venuta meno la specifica disciplina, l’alternativa sia fra l’applicazione di quella di cui all’art. 609 cpc e quella delle *res derelictae*, perciò circa quest’ultima l’occupazione (ma non da parte del custode, bensì dell’aggiudicatario, almeno se la liberazione avvenga dopo il decreto di trasferimento).

Sarebbe da escludere la disciplina della *mora credendi*, perché in effetti non c’è un obbligo di restituire il bene, essendo esso volontariamente lasciato dal debitore.

Se quest’ultimo però esprime apertamente la volontà di conservarne la proprietà, va messo in mora pel suo ritiro, perché l**’occupazione** presuppone la ***derelictio,* e questa la volontarietà** dell’abbandono.

Più in generale va osservato che sia il testo abrogato dell’art.560 cpc che l’art. 609 cpc prevedono un termine in favore del debitore, fino allo scadere del quale c’è un sicuro obbligo di custodia. Scaduto lo stesso termine, si presume la volontà abdicativa. Tale sistema appare contemperare le esigenze sia dell’aggiudicatario che del debitore.

**L’applicazione dunque di tale normativa non ha trovato obiezioni tra i partecipanti**.

In altri termini, in un’ipotesi così simile alla nostra come quella preveduta dall’art.609 cpc, il principio della volontarietà dell’abbandono è basato su una presunzione che si fonda su un termine concesso al debitore, e non si vedono ragioni per allontanarsi da tale presupposto nel nostro caso, salvo ipotesi in cui la presunzione non possa fondarsi su altri elementi (tipo la natura delle cose lasciate la loro entità, il loro grande valore) che invece possono deporre in senso contrario.

Ovviamente comunque, in caso d’esecuzione dell’ingiunzione contenuta nel decreto di trasferimento, si applica direttamente l’art. 609 cpc.

**Sui riflessi della modifica relativamente alla divisione endoesecutiva**, già prima per un’opinione che ha trovato riscontro tra i presenti pareva non ammissibile che se l’immobile fosse abitato dal comproprietario, si potesse emettere l’ordine di liberazione, posto che il diritto di liberare trae la sua origine nello spossessamento derivante dal pignoramento, e il comproprietario non è soggetto passivo del pignoramento (ciò giustifica il diverso trattamento del coniuge in comunione legale); ora a maggior ragione si ritiene che le cose stiano così.

Se poi il bene è abitato dal debitore, nei suoi confronti si applicheranno i principi espressi nei confronti del debitore in generale.

**Diritto intertemporale.** Si condivide da parte di tutti che il nuovo regime trova applicazione per le esecuzioni i cui atti di pignoramento siano stati notificati successivamente al 13 febbraio 2019. Non si ritiene poi la possibilità di applicazione retroattiva, né di poter utilizzare la nuova disciplina per interpretare quella vecchia.

In particolare non si ritiene che l’individuazione della decorrenza possa costituire un’ipotesi di illegittimità costituzionale posto che il legislatore ha voluto contemperare con ciò, e facendo uso della propria discrezionalità, i valori di tutte le parti in gioco, e cioè creditori, debitori e aggiudicatari, tenendo così fermo l’anteatto regime per chi abbia proposto l’azione esecutiva o addirittura abbia deciso di proporre un’offerta avendo presente lo stesso.