

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI MERITO

INDICE

1. Limiti di ammissibilità del reclamo
2. Prosecuzione del giudizio di merito dopo la sospensione ed integrità del contraddittorio (nel vigore della vecchia disciplina dell'art. 616 c.p.c.)
3. Eccezioni opponibili dal terzo datore d'ipoteca
4. Legittimità costituzionale della disciplina sulla conversione
5. Ricusazione e sospensione dell'esecuzione
6. Eccezione di estinzione
7. Sospensione dell'esecuzione e prosecuzione del giudizio di merito
8. Fallimento del terzo datore di ipoteca
9. Ambito applicativo dell'articolo 187 disp. att. c.p.c.

1. Limiti di ammissibilità del reclamo

Tribunale Roma, 22.2.2008 – Giudice estensore Dott.ssa Battagliese

La norma ex art. 620 c.p.c., espressamente dettata in materia di esecuzione di beni mobili, deve ritenersi analogicamente applicabile anche per l'esecuzione di beni immobili. Con riguardo alla preclusione per proporre l'azione, la tardività, anche secondo il dato letterale della norma succitata, deve essere valutata non con riferimento al momento dell'emissione dell'ordinanza di vendita, ma al momento in cui si sia già avuta l'aggiudicazione, vale a dire, fino a quando il diritto reale del terzo opponente non venga in conflitto con quello già acquistato dall'aggiudicatario e non intralci o ritardi l'espropriazione forzata come mezzo di soddisfazione coattiva del credito avente fondamento pubblicistico.

... “deve essere premesso che le conclusioni rassegnate dall’opponente all’udienza di precisazione delle conclusioni e ribadite nella memoria conclusiva, oltre ad essere tardive, poiché non è stata fatta istanza ai sensi dell’art. 183 c.p.c., sono in ogni caso inammissibili in questa sede giudiziale. Invero, materia del giudizio di opposizione di terzo è l’accertamento della legittimità del pignoramento in rapporto al suo oggetto, a fronte della pretesa vantata dal soggetto che si assume titolare di un diritto reale sul bene.

Per quanto concerne, dunque, le questioni relative al diritto di servitù, così come dedotte al solo fine di individuare la corretta consistenza del bene, viene semplicemente in applicazione l’art. 2915 c.c., per quanto

concerne i soggetti dell'esecuzione, e le regole generali civilistiche in materia di diritti reali, per quanto concerne il rapporto tra i titolari dei diritti cogenti.

E' certo che l'opposizione di terzo non può mai costituire lo strumento processuale per ottenere tutela in via principale del diritto reale, trasformando il naturale oggetto del giudizio che ci occupa, come sopra precisato, in giudizio di accertamento positivo o negativo di azioni rivendicatorie (giurisprudenza consolidata di legittimità e di merito).

Tanto premesso, deve essere altresì chiarito che non è fondata la eccepita inammissibilità dell'opposizione di terzo, ai sensi dell'art. 620 c.p.c., per essere già intervenuta ordinanza di vendita.

Ritiene questo giudicante che la norma processuale citata determina la sostituzione del diritto reale con il diritto di credito sulla somma ricavata dalla vendita in favore del terzo proprietario. Tuttavia, tale norma, peraltro espressamente dettata in materia di esecuzione di beni mobili ed estesa dalla giurisprudenza di legittimità anche all'espropriazione di crediti, sebbene deve ritenersi analogicamente applicabile anche per la esecuzione su beni immobili, con riguardo alla preclusione per proporre l'azione, tuttavia deve essere interpretata in misura del tutto diversa da come vorrebbe l'argomentazione di parte opposta.

Invero, la norma testualmente prevede l'ipotesi in cui l'opposizione sia stata "proposta dopo la vendita"; ne consegue che, anche secondo il dato letterale, la tardività deve essere valutata con riferimento alla circostanza che, al momento in cui l'opposizione sia proposta, si sia già avuta l'aggiudicazione.

Arretrare la barriera preclusiva ad un momento anteriore a quanto emerge già dal tenore letterale della norma, dunque al momento dell'emissione dell'ordinanza di vendita, non trova rispondenza alla ratio della disposizione in esame né del sistema della procedura esecutiva, in rapporto alle posizioni giuridiche ivi tutelate.

La posizione giuridica del terzo opponente può, dunque, essere esaminata fino a quando non vi sia già stata la vendita, vale a dire, fino a

quando il diritto reale del terzo opponente, per un verso, non venga in conflitto con quello già acquistato dall'aggiudicatario, per altro verso, non intralci o ritardi l'espropriazione forzata come mezzo di soddisfazione coattiva del credito avente fondamento pubblicistico.

Pertanto, nella fattispecie, il ricorso, essendo depositato in data anteriore alla vendita, deve ritenersi ammissibile.

Ciò posto, la domanda è fondata per quanto di ragione e, pertanto, in tali limiti deve essere accolta. Infatti, per quanto già più sopra illustrato, limitato il thema decidendum alla legittimità del pignoramento sul bene contestato dall'opponente, deve essere dichiarata l'inefficacia dello stesso pignoramento nella parte in cui colpisce il terreno individuato, nel corso dell'esecuzione, come lotto n. 4.

Infatti, è certo che sul bene in questione è intervenuta divisione tra l'esecutato e l'odierno opponente, in data anteriore al pignoramento.

La circostanza oltre ad essere documentata in atti è pure ammessa e riconosciuta dallo stesso creditore pignorante e tuttavia non è chiaro quale sia l'esatta consistenza del bene residuo in proprietà al debitore per effetto della divisione.

Al riguardo deve essere rilevato che nel presente giudizio di cognizione emerge la circostanza che è sufficiente al giudice per accertare l'illegittimità del pignoramento sul bene contestato, atteso che è pacifico, ed emerge negli atti depositati, che per effetto della divisione la consistenza del bene caduto in divisione non corrisponde con la descrizione fatta nell'atto di pignoramento.

Per quanto riguarda, poi, la individuazione esatta delle particelle al fine della corretta descrizione

4nell'ordinanza di vendita, si tratta di materia in cui sussiste la competenza funzionale del Giudice dell'Esecuzione anche in ordine alla decisione da adottare, che sia la rettifica del pignoramento ovvero la mera riduzione dello stesso con liberazione del bene appartenente al terzo e successiva vendita di quanto appartenente all'esecutato.

Tali attività presumono un accertamento tecnico ad opera di un consulente d'ufficio, accertamento che, però, è propedeutico agli atti esecutivi e che, pertanto, dovrà essere disposto dal G.E. Deve, dunque, concludersi nel senso indicato.

L'esito della controversia, unitamente alla estrinsecazione difensiva di entrambe le parti, giustifica la compensazione delle spese processuali.”

Nota del compilatore:

La sentenza *de quo* affronta il problema, dibattuto, del termine finale entro il quale il terzo, proponendo opposizione ex art. 619 c.p.c., può ottenere l'inefficacia del pignoramento successivo al suo acquisto e pertanto la liberazione del bene di sua proprietà.

Nella sentenza si individua il termine processuale dettato dall'art. 620 c.p.c. con il momento dell'avvenuta aggiudicazione, poiché in tale momento entra in conflitto il diritto reale del terzo con quello dell'aggiudicatario, mentre in un momento anteriore il terzo è e rimane proprietario del bene.

L'orientamento prevalente, in dottrina, è nel senso che la suddetta previsione debba essere interpretata in combinato disposto con l'articolo 620 c.p.c. che definisce tardiva la opposizione proposta “*dopo la vendita*” e che la opposizione regolata dall'articolo 619 c.p.c. possa essere introdotta anche dopo la autorizzazione della vendita purchè prima che la vendita o la assegnazione siano avvenute.

Questo termine finale non sancisce, però, una decadenza ma segna il momento oltre il quale l'unico rimedio esperibile resta la opposizione di terzo tardiva di cui all'articolo 620 c.p.c. c

La opposizione tardiva può invece essere proposta sino alla conclusione della fase distributiva ed alla definizione del processo esecutivo.

La norma ex art 620 c.p.c. prevede, tuttavia, che se il terzo propone opposizione dopo la vendita, ha solo diritto al ricavato della medesima, ma perde la proprietà del bene.

2. Prosecuzione del giudizio di merito dopo la sospensione ed integrità del contraddittorio (nel vigore della vecchia disciplina dell'art. 616 c.p.c.)

Tribunale Roma, 24.01.2008 Giudice Estensore Dott.ssa Battagliese

L'estinzione del giudizio per inattività delle parti può essere dichiarata solo se eccepita dalla parte interessata prima di ogni altra sua difesa, come espressamente prevede l'art. 307, quarto comma c.p.c.

In difetto di tale tempestiva eccezione l'estinzione non può essere dichiarata neanche quando si verifichi la mancata ottemperanza all'ordine del giudice di integrare il contraddittorio in ipotesi di litisconsorzio necessario; né, in tal caso, nell'impossibilità di dar luogo alla dichiarazione di estinzione del processo, deve comunque dichiararsi l'improseguibilità del medesimo, poiché, quanto meno riguardo alle azioni non costitutive, **la sentenza emessa a contraddittorio non integro non può ritenersi inutiliter data** (vale a dire totalmente priva di effetti anche per i soggetti partecipanti al giudizio) **dato che secondo il diritto positivo il vizio in esame non è enumerato tra quelli che non sopravvivono alla formazione del giudicato** (artt. 161, secondo comma; 327, secondo comma, 362, secondo comma c.p.c.)

“...all’esito dell’esame degli atti di causa e della procedura esecutiva, l’opposizione risulta infondata e, pertanto, deve essere rigettata.

Preliminarmente deve essere disattesa l’eccezione di improseguibilità dell’opposizione, rassegnata da Corona nella comparsa conclusiva sul presupposto della non eseguita notifica all’esecutata per effetto dell’avvenuta notificazione ad un soggetto omonimo.

Tuttavia, le ragioni non sono nemmeno quelle dedotte dal San Paolo nella memoria di replica, poiché non si rinviene nella fattispecie il presupposto dell’ordine illegittimamente dato per il riconoscimento che l’integrazione del contraddittorio non era necessario.

Infatti, nel caso in esame era stata disposto l’ordine di rinnovazione della notificazione nei confronti del debitore esecutato che è litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione, tanto più nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi, qual è il presente giudizio.

Orbene, deve essere chiarito che nella presente vicenda processuale ricorrono due distinte problematiche, erroneamente sovrapposte dalle parti.

La prima ha per oggetto e conseguenze della mancata notifica nei confronti di una parte necessaria

del giudizio, nel termine perentorio indicato dal giudice; la seconda riguarda il distinto e successivo adempimento dell’ordine di rinnovazione della notificazione dell’atto introduttivo. :

Ebbene, con riferimento alla prima ipotesi v’è da rilevare che nella causa in esame non ricorre l’ipotesi in cui non risulti rispettato il termine concesso dal giudice per la notifica del ricorso e del pedissequo provvedimento di fissazione dell’udienza per la comparizione delle parti, in guisa che, ricorrendo tale ipotesi, non poteva nemmeno essere concesso un nuovo termine per il rinnovo della notifica stessa, realizzandosi una concessione di proroga del termine perentorio precedentemente fissato, proroga espressamente vietata dall’art. 153 c.p.c. (Cass. 1981 n. 292; Cass. 1984 n. 4472; Cass. 1986 n. 5787; Cass. 1999 n. 13188; Cass. 2005 n. 2899).

Invece, nella fattispecie il ricorso era stato notificato tempestivamente non solo alle parti costituite ma anche alla stessa debitrice esecutata, in data 3.6.2005, quindi nel pieno rispetto del termine concesso per la notifica con il provvedimento di fissazione dell'udienza, fino al 15.6.2005, sebbene la relata dell'ufficiale giudiziario sia risultata negativa.

Per tale ragione era correttamente disposto il rinnovo della notifica alla prima udienza di comparizione.

All'udienza successiva, tenuta il 22.3.2006, le parti opposte reiteravano le eccezioni di tardività per le stesse ragioni già disattese dal giudice che aveva disposto la rinnovazione.

In realtà, ed ora giunge la seconda delle problematiche sopra accennate, a quel punto trovava applicazione l'art. 307 c.p.c., dovendo, se del caso essere eccepita l'estinzione del giudizio e prima di ogni altra difesa.

Invero, per l'ipotesi, successivamente dedotta lì nella memoria conclusiva, dell'omessa notifica all'esecutata, trova puntuale applicazione l'art. 307, 3° c.p.c., a mente del quale il processo si estingue quando, oltre alle diverse ipotesi ivi contemplate, non viene rinnovata la notificazione a cura della parte che vi è tenuta, nel termine perentorio assegnato dalla legge o dal giudice (termine che nel caso in esame il giudice ha il potere di indicare, come ha indicato, in base al combinato disposto della citata norma con l'art. 102 c.p.c., trattandosi di notifica nei confronti di litisconsorte necessario).

Tuttavia, l'eccezione non può essere accolta, e ciò per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo poiché detta eccezione, sebbene non richiede formule sacramentali, rientrando, la qualificazione giuridica dell'eccezione proposta nel potere-dovere del giudice che la inquadra in ragione del suo contenuto reale con riferimento allo scopo dell'atto, in guisa che pur se ricondotta sotto il profilo dell'improseguibilità al giudicante non era impedito valutarne il reale significato processuale (Cass. 1995 n. 6286);

si diceva, sebbene tutto quanto chiarito, essa tuttavia si rivela tardiva con riferimento al verificarsi dell'evento dedotto.

Invero, in atti del giudizio era depositato, in data 13.3.2006, la lettera inviata dall'omonima i 1, in guisa che l'eccezione, prima di ogni altra difesa, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 307 c.p.c., doveva essere riferita quanto meno all'udienza di precisazione delle conclusioni, del 10.5.2007, in cui, invece, è stata riproposta l'eccezione preliminare con il solo riferimento alla ritardata notifica nel termine perentorio inizialmente concesso.

In secondo luogo poiché in ogni caso non si rinviene nemmeno l'ipotesi di inottemperanza all'ordine di rinnovazione della notificazione della domanda, atteso che risulta prodotta l'opposizione con tutte le notifiche tentate ai diversi indirizzi per il reperimento della debitrice esecutata, sino all'ultima, eseguita all'omonima, in data 20.2.2006.

Orbene, la detta ultima notificazione è risultata, per la parte onerata, legittimamente eseguita, posta la relata con esito positivo (appena evidenziando che, in ogni caso, non risulta provata la dedotta notifica al domicilio eletto).

La circostanza, poi, della successiva dichiarazioni ad opera della sedicente omonima, non può comportare gli effetti dell'estinzione, trattandosi di causa di forza maggiore che darebbe in ogni caso luogo all'applicazione dell'art. 184 bis c.p.c.

In definitiva, non essendo stata richiesta la rimessione in termini a mente della citata norma e non potendosi dichiarare l'estinzione, per le ragioni sopra illustrate, il giudicante passa ad esaminare il merito, precisando che ciò è reso possibile, ma è anche dovuto e chiarito dalla seguente massima

“Poiché l'estinzione del giudizio per inattività delle parti può essere dichiarata solo se eccepita dalla parte interessata prima di ogni altra sua difesa come espressamente prevede l'art. 307, quarto comma c.p. c. in difetto di tale tempestiva eccezione l'estinzione non può essere dichiarata neanche quando si verifichi la mancata ottemperanza all'ordine del

giudice di integrare il contraddittorio in ipotesi di litisconsorzio necessario; né in tal caso, nell'impossibilità di dar luogo alla dichiarazione di estinzione del processo, deve comunque dichiararsi l'improseguibilità del medesimo, poiché guanto meno riguardo alle azioni non costitutive, la sentenza emessa a contraddittorio non integro non può ritenersi inutiliter data (vale a dire totalmente priva di effetti anche per i soggetti partecipanti al giudizio) dato che secondo il diritto positivo il vizio in esame non è enumerato tra quelli che non sopravvivono alla formazione del giudicato (art. 161. secondo comma. 327, secondo comma: 362. secondo comma c.p.c.).

Esposto tutto quanto sopra, nel merito, come già sopra indicato, l'opposizione non può essere accolta.

In considerazione della peculiarità della fattispecie in esame, opportuno altresì svolgere una breve ricostruzione dei fatti processuali anche relativamente all'esecuzione.

— si aggiudicava il bene, nell'ambito della vendita eseguita dal Notaio delegato, in data 3.5.2001.

Successivamente, in data 15.6.2001 il debitore esecutato presentava istanza di sospensione all'esito della quale, il G.E., con provvedimento del 30.10.2001, disponeva la sospensione dell'esecuzione sul presupposto della intrasferibilità ed incommerciabilità del bene, rilevabile in ogni caso anche d'ufficio, per effetto del sequestro probatorio, del 10.4.95, che costituisce un vincolo sul bene stesso di assoluta indisponibilità materiale e giuridica sino al provvedimento finale, di confisca ovvero di restituzione all'avente diritto o, ancora, di conversione in sequestro conservativo, ex art. 262, 2° Co. c.p.c.

In data 27.11.2003 - presentava istanza di emissione del decreto di trasferimento ed il G.E. disponeva la convocazione del Notaio per conoscere le ragioni della mancata predisposizione del detto provvedimento.

All'udienza del 19.5.2004 compariva il Notaio delegato, il quale dichiarava che il decreto di trasferimento, già predisposto, non era stato

adottato dal G.E. per effetto dell'esistenza di un sequestro penale sul bene aggiudicato.

In data 28.6.2004 era nuovamente presentata istanza per l'emissione del decreto di trasferimento, senza tuttavia dedurre alcun fatto nuovo e giustificativo della eventuale rimozione dell'impedimento già giudizialmente riscontrato, tanto che, successivamente, in data 9.11.2004, la stessa aggiudicataria, sul presupposto della persistenza del vincolo di indisponibilità, dovuto al noto sequestro penale, chiedeva la restituzione delle somme tutte versate.

In calce all'istanza, al fine di provvedere in conformità, il G.E. fissava l'udienza del 29.4.2005, in cui risultava, invece, firmato il decreto di trasferimento e lo stesso G.E., attesa l'esistenza del provvedimento di sospensione dell'esecuzione sin dal 2001, atteso il riconoscimento pacifico delle parti presenti in ordine alla persistenza del sequestro penale, revocava il decreto di trasferimento, erroneamente firmato in data 19.11.2004, vale a dire nelle more tra il deposito dell'istanza di svincolo delle somme all'aggiudicatario e l'udienza fissata per tale incombenza.

Avverso il provvedimento di revoca suddetto, ilproponeva la presente opposizione, in cui si costituiva il..... deducendo anche, per la prima volta, che con sentenza N. 10268/2003 era stata disposta la conversione del sequestro penale in sequestro conservativo, con la conseguenza che era venuto meno il vincolo riconosciuto nell'ordinanza di sospensione del 30.10.2001.

Invece, tale deduzione avrebbe potuto e dovuto costituire la ragione per riassumere la procedura sospesa e chiedere la revoca del provvedimento di sospensione.

Ebbene, ciò che nel merito deve essere precisato è l'assorbente dato secondo cui la sospensione dell'esecuzione, disposta in base ad un provvedimento che non risulti revocato, impedisce l'adozione di qualsivoglia atto esecutivo, tanto più di un provvedimento addirittura

definitorio della medesima procedura sospesa qual è il decreto di trasferimento della proprietà del bene pignorato.

Infatti, secondo la prescrizione dell'art. 626 c.p.c. "quando il processo è sospeso, nessun atto esecutivo può essere compiuto, salvo diversa disposizione del giudice dell'esecuzione".

Orbene, la salvezza del potere dispositivo del giudice non ha ad oggetto, il compimento dell'atto esecutivo incidente sui diritti e le posizioni giuridiche dei soggetti del procedimento, bensì il compimento di quegli atti per i quali si ravvisi la necessità o l'opportunità di salvaguardia del bene pignorato e tendano, dunque, alla mera conservazione o amministrazione dei beni pignorati (v. ad es. Cass. 1954 n. 2318 e Cass. 1962 n. 3179).

Ritiene questo giudice che l'adozione di un atto esecutivo, sotto il profilo del contenuto tipico del provvedimento incidente sull'esecuzione, come il decreto di trasferimento, durante una fase in cui l'esecuzione è sospesa ed in ogni caso versi in uno stato di quiescenza, per non essere stata richiesta né disposta la revoca del provvedimento sospensivo; la detta adozione, di un siffatto provvedimento, risulta viziata da nullità assoluta ed insanabile per essere stata violata una norma cogente, di carattere pubblicistico, qual è la norma processuale, pertanto rilevabile anche d'ufficio (ed è appena opportuno rilevare, pur senza addentrarsi nella individuazione delle categorie giuridiche relative elaborate dalla giurisprudenza di legittimità, che la nullità insanabile risulta talora assimilabile, e assimilata da detta giurisprudenza, alla categoria della inesistenza giuridica sotto la duplice valenza del connotato della insanabilità del vizio che affligge l'atto e dell'inidoneità al raggiungimento dello scopo, attesa la inconciliabilità con lo schema tipico predisposto e contemplato nella norma di carattere pubblico).

Sono, invece, infondate le ulteriori deduzioni circa l'invalidità del provvedimento di sospensione per effetto della mancata iscrizione a ruolo e circa la preclusione al potere di revoca secondo l'art. 2929 c.c.

Sotto il primo profilo, infatti, v'è da rilevare che non è pertinente il richiamo agli artt. 307 e 310 c.p.c., poiché le dette norme regolano l'ipotesi di inattività nell'ambito di un giudizio di cognizione, giudizio che nell'ipotesi della mancata iscrizione a ruolo si estingue per la mancata riassunzione nel termine indicato nel primo comma dell'art. 307 c.p.c.; invece nel caso, come in quello in esame, si tratta di un giudizio successivo al provvedimento del giudice dell'esecuzione che non può in nessun modo rientrare tra "gli atti compiuti" nell'ambito del processo estinto ai sensi dell'art. 310 c.p.e., trattandosi di atto proprio di un giudice diverso da quello che avrebbe compiuto l'accertamento nel giudizio di merito estinto e, soprattutto, trattandosi di atto proprio della procedura esecutiva, dunque di un procedimento separato e distinto da quello nei cui confronti opererebbe l'estinzione.

Per la stessa ragione non può trovare applicazione analogica nemmeno l'invocata norma di cui all'art. 669 novies c.p.c., che regola la sorte del provvedimento cautelare cui non faccia seguito il procedimento di merito, non iniziato nel termine perentorio di cui all'art. 669 octies c.p.c. Oltre tutto, la stessa applicazione analogica giustificerebbe proprio l'operato del Giudice dell'Esecuzione che ha revocato il decreto di trasferimento sul presupposto, non solo della persistenza della causa della sospensione, ma anche per effetto della constatazione che il decreto era stato erroneamente emesso nella procedura esecutiva sospesa.

Invero, il secondo comma del citato art. 669 novies prevede espressamente che sia lo stesso giudice, su ricorso della parte interessata, a dichiarare l'inefficacia del provvedimento, con un meccanismo, dunque, tutt'altro che automatico, come vorrebbe asserire l'opponente.

Pertanto, la regolamentazione in via analogica della sorte del provvedimento sospensivo della procedura esecutiva, in assenza di una apposita disposizione legislativa al riguardo, consentirebbe di affermare che la procedura esecutiva residua in uno stato di quiescenza fino a quando, per un verso, non sia dichiarata l'inefficacia dello stesso

provvedimento di sospensione, su ricorso dell'interessato, secondo l'applicazione analogica dell'art. 669 novies c.p.c.; ovvero, per altro verso, non sopraggiunga l'estinzione proprio della stessa procedura esecutiva, ai sensi del combinato disposto dell'art. 297 c.p.c. e dell'art. 307 c.p.c., per il caso di mancata riassunzione nel termine dalla cessazione della causa di sospensione.

Ne conseguirebbe, nel caso in esame, che l'esecuzione si sarebbe estinta sei mesi dopo la conversione del sequestro penale in sequestro conservativo.

La correttezza della operata ricostruzione emerge altresì da una valutazione ex post, alla luce della riforma del rito di cui alla legge 80/2005, e successive modificazioni, che nell'art. 624 c.p.c. disciplina l'ipotesi della mancata instaurazione del giudizio di merito a seguito della sospensione dell'esecuzione, contemplando proprio il meccanismo dell'estinzione del pignoramento ed estendendo la medesima soluzione anche alle ipotesi di sospensione disposte nell'ambito delle opposizioni agli atti esecutivi, ai sensi dell'art. 618 c.p.c.

Sotto il secondo profilo della deduzione dell'opponente, con riguardo all'art. 2929 c.c. è sufficiente rilevare che, conformemente a quanto pure affermato dalla Suprema Corte (Cass. 1999 n. 92127 e Cass. 2001 n. 1258), non può operare la preclusione delle nullità in favore dell'aggiudicatario in presenza di vizi che inficino la fase della vendita stessa o i relativi atti preparatori; in questo alveo valutativo, l'aggiudicazione era viziata per effetto della ricorrenza di una causa di improseguibilità dell'esecuzione e che è stata riscontrata dal G.E. proprio con il provvedimento che, per tale ragione, ha disposto la sospensione, con la conseguenza che sulla base del detto presupposto il decreto di trasferimento doveva essere revocato.

Solo un'ultima osservazione sul provvedimento di sospensione emesso in fase esecutiva s'impone per completezza, considerando che il sequestro penale che sia disposto pur in data successiva al pignoramento determina in ogni caso la sospensione dell'esecuzione trovando

prevalenza la superiore esigenza, rispetto all'interesse privato della soddisfazione delle ragioni creditorie, dell'accertamento della verità dei fatti sussumibili in una fattispecie di reato (argomenta da Cass. SSUU 2004 n. 29951).

Diversa, invece, la questione, dedotta per la prima volta con il ricorso introduttivo del presente giudizio, della conversione del sequestro penale in sequestro conservativo, come sopra esposto.

Invero, il verificarsi di tale circostanza, che questo giudicante ha potuto confermare dall'esame dell'acquisito fascicolo dell'esecuzione, determina l'ipotesi del fatto nuovo sopraggiunto che può giustificare la revoca della sospensione dell'esecuzione, con la conseguenza di restituire la procedura esecutiva alla fase in cui si era cristallizzata l'aggiudicazione definitiva.

Sotto tale profilo provvede contestualmente il G.E. con separata ordinanza per la fissazione dell'udienza deputata all'adozione degli opportuni provvedimenti.

Per tutto quanto esposto l'opposizione deve essere rigettata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

Nota del compilatore:

La sentenza affronta il problema della sorte del giudizio di opposizione nel caso di tardiva riassunzione non tempestivamente dedotta.

Nel giudizio de quo le parti avevano eccepito la tardività delle notifiche e chiesto l'applicazione dell'art. 307 c.p.c.

La sentenza non accoglie queste eccezioni poiché l'estinzione non è stata eccepita prima di ogni altra difesa, e poiché la notifica è stata rinnovata ritualmente secondo l'ordine impartito dal Giudice.

La sentenza, nell'impossibilità di dar luogo all'estinzione del processo, consacra un principio di perseguibilità del medesimo, anche se il contraddittorio non è integro.

Tale principio consegue al fatto che la sentenza emessa a contraddittorio non integro non può ritenersi *inutiliter data*, priva di effetti, dato che secondo il diritto positivo il vizio in esame non è enumerato tra quelli che non sopravvivono alla formazione del giudicato (artt. 161, secondo comma, 327, secondo comma, 362, secondo comma c.p.c.).

3. Eccezioni opponibili dal terzo datore d'ipoteca

Tribunale Roma, 28.2.2008 – Giudice estensore Dott.ssa Battagliese

La tutela ordinamentale per il soggetto che non ha potuto essere parte del giudizio di cognizione, attesa la terzietà della posizione giuridica, quale terzo datore d'ipoteca, **contempera la possibilità di poter opporre al creditore tutte le eccezioni non opposte dal debitore e quelle che gli spetterebbero dopo la sentenza**, come ai sensi del combinato disposto dell'art. 2870 e 2859 c.c.. Tale mezzo di tutela speciale è esperibile anche contro un titolo divenuto definitivo ed anche in fase esecutiva.

“...l'opposizione è infondata e va respinta.

Laquale terza datrice d'ipoteca ha proposto opposizione all'esecuzione immobiliare, sostenendo che le somme pretese dalla Banca creditrice non erano dovute ed assumendo di essersi opposta al decreto ingiuntivo ne 176/01 del Tribunale di Avezzano reso nei confronti della debitrice principale.

L'assunto è palesemente infondato, poiché Lo ha proposto opposizione al decreto ingiuntivo citato solo in qualità di legale rappresentante LIII. — , parti nel procedimento monitorio in qualità di fideiussori, e non in proprio, dunque ne è rimasta estranea nella sua qualità di terza datrice d'ipoteca.

Tuttavia la tutela ordinamentale per il soggetto che non ha potuto essere parte del giudizio di cognizione, attala terzietà della posizione giuridica, appunto quale terzo datore di ipoteca, contempera la possibilità di poter opporre al creditore tutte le eccezioni non opposte dal debitore e quelle che gli spetterebbero dopo la sentenza e ciò secondo il combinato disposto dell'art. 2870 cod. civ. e 2859 cod. civ..

Secondo la univoca dottrina, tale mezzo di tutela speciale é esperibile anche contro un titolo divenuto definitivo ed anche in fase esecutiva

La Banca agisce in executivis nei confronti del terzo datore di ipoteca ex art. 602 c.p.c. e pertanto, in presenza di un titolo valido ed efficace e considerato che la - avrebbe potuto opporre al creditore procedente tutte le eccezioni che non aveva sollevato la sede di opposizione al decreto ingiuntivo, in assenza della dimostrazione della novità di tali eccezioni, onere che incombeva alla ricorrente, le è preclusa l'azione ex art. 2870 cod.civ. e 2859 cod.civ. e la proposta opposizione è destituita di fondamento.

Per tali motivi le doglianze circa il quantum non sono accoglibili, mentre se mai vi fosse un problema di quantificazione degli interessi, questo andrà sollevato in fase di distribuzione. Quanto, infine, alla sentenza del Tribunale di Avezzano n.in atti, si osserva che essa ha revocato il D.I., parzialmente accogliendo la domanda, tuttavia limitando solo il quantum e non statuendo sulla validità del rapporto giuridico sottostante, e comunque nei soli confronti della..... e non della debitrice principale, di talchè ciò non influisce sulla posizione della quale terza datrice eseguita.

Per completezza, va di contro evidenziato che il decreto opposto è divenuto definitivo nei confronti della....., stante la estinzione del giudizio per mancata riassunzione nei termini di legge, come dimostrato dalla certificazione del Tribunale civile di Avezzano datata 10 maggio 2005, prodotta dalla resistente.

Per tutti questi motivi l'opposizione va rigettata e le spese di lite poste a carico dell'opponente”

Nota del compilatore:

La sentenza in questione decide in tema di eccezioni opponibili dal terzo datore d'ipoteca

La norma ex art. 2870 c.c. prevede la possibilità che il terzo datore d'ipoteca, che non ha potuto essere parte del giudizio di cognizione, attesa la terzietà della sua posizione giuridica, possa opporre al creditore tutte le eccezioni ex art 2859 c.c., ossia le eccezioni non opposte dal debitore e quelle che gli spetterebbero dopo la sentenza.

La sentenza estende questo favor al terzo datore d'ipoteca anche nel caso in cui il titolo è divenuto definitivo ed anche in fase esecutiva.

4. Legittimità costituzionale della disciplina sulla conversione

Tribunale Roma, 3.5.2007 Giudice estensore Dott.ssa Battagliese

E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 495 c.p.c. e 2, comma 3 sexies, D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito, con modificazioni, nella L. 14 maggio 2005 n. 80, come sostituito dall'art. 1, comma 6, della L. 28 dicembre 2005 n. 263 e successivamente modificato dall'art. 39 quater del D.L. 30 dicembre 2005 n. 273, convertito, con modificazioni, nella L. 23 febbraio 2006 n. 51, per violazione degli articoli 3 e 4 Cost. e dei principi costituzionali impliciti della ragionevolezza delle statuizioni legislative e dell'affidamento del soggetto processuale all'azione secondo la legge processuale vigente, **nella parte in cui le censurate disposizioni non fanno salvo il diritto del debitore a fare affidamento sulla posizione giuridica processualmente acquisita secondo cui egli poteva presentare domanda di conversione del**

pignoramento, e così recuperare l'immobile, fino al giorno dell'udienza in cui si teneva la vendita.

“...Nella fattispecie viene in considerazione la legittimità costituzionale della disposizione contenuta nell'art. 495 c.p.c., come novellata, in rapporto alle disposizioni dettate in regime transitorio, precisamente nell'art. 2, comma 3, lett e), n. 6.1) DL. n. 35 del 2005, convertito in legge n. 80 del 2005, che sostituisce le parole “in qualsiasi momento anteriore alla vendita” con le parole “prima che sia disposta la vendita o l'assegnazione a norma degli articoli 530, 552 e 569 c.p.c.”, e nell'art. 2, comma 3 sexies, dello stesso provvedimento, come sostituito dall'art. 1 comma 6 della legge n. 263 del 2005, ulteriormente modificato ai sensi dell'art. 39 quater D.L. n. 273 del 2005, convertito, con modificazioni, nella legge n. 51 del 2006, in cui è prescritto “questa disposizione entra in vigore il 10 marzo 2006 e si applica anche alle procedure pendenti a tale data di entrata in vigore. Quando tuttavia è già stata ordinata la vendita, la stessa ha luogo con l'osservanza delle norme precedentemente in vigore. L'intervento dei creditori non muniti di titolo esecutivo conserva efficacia se avvenuto prima del 10 marzo 2006”.

Giudizio di rilevanza

Ritiene questo giudice che sia rilevante la questione di costituzionalità al fine del decidere.

Invero, l'opponente con il primo ricorso, depositato in data 16.5.2006, chiedeva che fosse dichiarata nullo il verbale di vendita redatto dal Notaio delegato in data 12.5.2006, alle ore 15.30, con conseguente revoca dell'aggiudicazione, poiché lo stesso giorno del 12.5.2006 il debitore aveva depositato istanza di conversione con versamento della somma richiesta ai sensi dell'art. 495 c.p.c.; con successivo ricorso, depositato in data 18.5.2006, l'opponente impugnava il provvedimento del giudice dell'esecuzione del 12.5.2006, e depositato dalla Cancelleria il 15.5.2006, che aveva dichiarato inammissibile l'istanza di conversione sopra detta, inammissibilità che era così motivata “...rilevato che, per effetto delle chiare disposizioni di attuazione, la nuova formulazione

dell'art. 495 c.p.c. si applica anche alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore della riforma".

Orbene, il tenore letterale dettato nel regime transitorio "questa disposizione entra in vigore il 10 marzo 2006 e si applica anche alle procedure esecutive pendenti a tale data di entrata in vigore" non lascia dubbi interpretativi sulla scelta retroattiva operata dal legislatore della riforma, tant'è che è fatta salva l'applicazione secondo le norme precedentemente in vigore solo per la fase relativa alla vendita, laddove già sia stata emanata la relativa ordinanza; è così, infatti, che testualmente ha dichiarato il legislatore "...Quando tuttavia è già stata ordinata la vendita, la stessa ha luogo con l'osservanza delle norme precedentemente in vigore".

La chiara espressione "la stessa", contenuta nella disposizione appena riferita, non può che rivolgersi alla fase della sola vendita, vale a dire allo svolgimento di ognuna delle attività che conducono alla definizione del procedimento di vendita che avviene con l'emissione del decreto di trasferimento, con preclusione dell'applicazione della disciplina previgente ad ogni diversa attività processuale delle procedure pendenti. Invero, la limitazione dell'ultrattività della vecchia normativa per la sola fase della vendita emerge tanto più quanto maggiormente è evidente la struttura della procedura esecutiva

Tanto deve essere affermato in linea con l'indirizzo della Corte di Cassazione, elaborato con riguardo alle nullità insanabili, secondo cui il processo esecutivo è strutturato non come una sequenza di atti preordinati ad un unico provvedimento finale, come il processo ordinario di cognizione, ma come una serie autonoma di atti ordinati a successivi e distinti provvedimenti; con la conseguenza che le nullità verificatesi in una

determinata fase del procedimento possono riflettersi sulla validità degli atti della fase successiva che da essi dipendono solo se fatte valere entro la conclusione della fase in cui si sono prodotte ma sempre nel termine decadenziale dalla conoscenza legale dell'atto conclusivo della relativa

fase, salvo che la situazione invalidante si rifletta nell'intero processo impedendo che questo pervenga al risultato che ne costituisce lo scopo, nel qual caso è rilevabile in ogni tempo: (v. Cass. 1999 ti. 4584 e Cass. Sez. Un. 1995n. 11178).

Dunque, rimane salva l'applicazione della vecchia disciplina, quando sia già stata disposta la vendita, solo per la relativa fase della vendita stessa e così, a titolo esemplificativo, per le vendite già fissate al momento dell'entrata in vigore della riforma, l'offerta dopo l'incanto deve essere di almeno un sesto superiore al prezzo di aggiudicazione e non secondo la nuova disciplina, di cui all'art 584 c.p.c., secondo cui l'offerta successiva all'aggiudicazione deve essere superiore di almeno un quinto; o ancora, l'offerente può ritirarsi dalla gara senza perdere la cauzione, come invece previsto nell'ultimo comma del nuovo citato articolo; ed ancora, non è necessaria l'adesione dell'offerente in caso di richiesta di rinvio da parte del creditore munito di titolo esecutivo, come richiesto, invece, nell'art. 161 bis att. c.p.c.

Risulta, dunque, confermata l'applicazione retroattiva, per effetto del chiaro disposto transitorio, della nuova disciplina a tutte le procedure per le quali non sia stata emessa l'ordinanza di vendita ovvero, anche quando stata emessa l'ordinanza di vendita, per tutte le fasi anteriori alla vendita. Ne consegue l'arretramento della barriera preclusiva per la proposizione dell'istanza di conversione fino al momento anteriore all'emissione dell'ordinanza di vendita.

Per effetto del regime transitorio dettato dal legislatore della riforma, deriva che ogni volta che l'istanza di conversione venga proposta dal debitore esecutato in una procedura in cui la vendita sia già stata disposta, l'istanza medesima deve essere dichiarata inammissibile e ciò anche se l'immobile non sia stato venduto a causa delle vicende processuali concrete, quali, tra le ipotesi maggiormente ricorrenti, l'istanza di rinvio da parte del creditore procedente; il rinvio disposto ai sensi dell'art. 631 c.p.c. per mancata comparizione del creditore munito di titolo esecutivo; l'asta andata deserta per mancanza di offerte.

Pertanto, emergono nel presente giudizio i profili di rilevanza della questione, atteso che l'applicazione dell'art. 495 c.p.c. anche alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore della riforma, per effetto dell'art. 2, comma 3 sexles, DL. 14 marzo 2005 n. 35, convertito, con modificazioni, nella L. 14 maggio 2005 n. 80, come sostituito dall'art. 1, comma 6, della L. 28 dicembre 2005 n. 263 e successivamente modificato dall'art. 39 quater del D.L. 30 dicembre 2005 n. 273, convertito, con modificazioni, nella L. 23 febbraio 2006 n. 51, viola il diritto del debitore a fare affidamento sulle posizioni giuridiche processuali acquisite secondo cui egli poteva presentare domanda di conversione del pignoramento. e così recuperare l'immobile, fino al giorno dell'udienza in cui si teneva la vendita.

Infatti, secondo il vecchio art. 495 c.p.c. il debitore può chiedere la conversione "in qualsiasi momento anteriore alla vendita", dove per vendita si era inteso, anche sulla scorta dell'orientamento della Corte di legittimità, l'udienza di vendita e non il provvedimento che lo disponeva, tanto che in giurisprudenza si trattava solo di risolvere il dubbio se il diritto alla conversione fosse da intendersi esercitabile anche successivamente all'aggiudicazione provvisoria, nei dieci giorni successivi e necessari per il consolidamento dell'aggiudicazione definitiva, per effetto della mancata presentazione di offerta in aumento di sesto, o se si dovesse arretrare il detto diritto alla soglia dell'aggiudicazione anche provvisoria. Sul punto si erano pronunciate anche le Sezioni Unite, con sentenza del 27 ottobre 1995 . li 178, che si allineavano sostanzialmente alle precedenti pronunce in cui si era chiaramente affermato che l'istanza di conversione doveva ritenersi possibile anche dopo l'aggiudicazione provvisoria, in ragione del fatto che "la funzione della conversione sarebbe quella di assicurare, in maniera più sicura, attraverso la trasformazione del bene in denaro, la realizzazione dei diritti dei creditori, con la conseguenza che quando questo risultato è conseguito, non può trovare spazio la tutela di situazioni soggettive a favore di terzi rispetto al processo esecutivo, in

quanto si tratta di situazioni secondarie che emergono solo quando quelle principali sono esaurite” (Cass. 23 luglio 1993 ti. 8236 e, nello stesso senso, già Cass. 18 gennaio 1983 n. 413).

La interpretazione letterale come già finora illustrata non lascia dubbi interpretativi sulla portata preclusiva della già emessa ordinanza di vendita rispetto all’istanza di conversione, ma anche un’interpretazione sistematica conferma la volontà del legislatore nei termini adottati dal giudice del provvedimento impugnato, dichiarativo dell’inammissibilità della conversione.

Infatti il regime transitorio dettato con le norme già citate fa espressamente salvi gli interventi dei creditori non muniti di titolo esecutivo che siano stati svolti nell’esecuzione prima del 1° marzo del 2006, con ciò confermando che tutto ciò che non è stato espressamente derogato dalla scelta del legislatore, rientra nel principio della diretta ed immediata applicazione del nuovo regime processuale per ogni atto, fase ed attività anche delle procedure pendenti alla data di entrata in vigore della nuova disciplina.

La questione è dunque rilevante ai fini del decidere la presente fattispecie.

2) giudizio di non manifesta infondatezza

Posta l’interpretazione della norma transitoria come sopra motivato, nei termini di rilevanza della questione, la censura di illegittimità costituzionale appare altresì non manifestamente infondata.

Invero deve essere sottoposto a scrutinio di costituzionalità l’art. 495 c.p.c. anche alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore della riforma, per effetto dell’art. 2, comma 3 sexies, DL. 14 marzo 2005 n. 35, convertito, con modificazioni, nella L. 14 maggio 2005 n. 80, come sostituito dall’art. 1, comma 6, della L. 28 dicembre 2005 n. 263 e successivamente modificato dall’art. 39 quater del D.L. 30 dicembre 2005 n. 273, convertito, con modificazioni, nella L. 23 febbraio 2006 n. 51, nella parte in cui non è previsto, dopo aver disposto “Quando tuttavia è già stata ordinata la vendita, la stessa ha luogo con I

‘osservanza delle norme precedentemente in vigore’’, che l’osservanza delle norme precedenti deve estendersi anche con riferimento all’affidamento delle posizioni giuridiche processuali acquisite dal debitore esecutato che poteva presentare domanda di conversione del pignoramento. e così salvare il suo bene, fino al giorno della vendita, o secondo la definizione che l’Eccellentissima Consulta riterrà più conforme al diritto. E’ chiaro che il cambiamento della legge processuale nel corso del giudizio (Id est, nel caso di specie, nel corso della procedura esecutiva) pone un problema di conservazione (degli effetti sia processuali che extraprocessuali) degli atti compiuti ma pone anche un problema di unità e coerenza interna della complessiva disciplina dell’applicazione, in tempi diversi, delle norme abrogate e di quelle successivamente introdotte. Infatti, la mera applicazione nelle procedure pendenti della disciplina nuova, potrebbe risultare in conflitto con posizioni legittimamente acquisite dalle parti in virtù del vecchio regime, così dando luogo a problemi di legittimità costituzionale con riferimento agli articoli 3 e 24, in particolare, della Costituzione.

Il legislatore della riforma ha dettato un regime transitorio in cui ha distinto le fasi soggette ad ultrattività della disciplina abrogata (la fase della vendita, quando è già stata ordinata la vendita e l’intervento del creditore non munito di titolo esecutivo se svolto prima dell’entrata in vigore della novella) e quelle soggette a retroattività della disciplina di nuova introduzione (tutte le altre fasi della procedura diverse dalla vendita).

La scelta legislativa non ha tenuto conto dell’esigenza di certezza che si pone per il cittadino non solo con riferimento al contenuto di una legge ma anche riguardo alla legge processuale, dovendo conoscere nella dinamica dei suoi diritti processuali quali principi sono applicabili a tutela delle sue aspettative. Il cittadino ha cioè il diritto alla ragionevole aspettativa che la corretta applicazione della norma, che ha consacrato una determinata modalità di difesa processuale non verrà riconsiderata

a posteriori, a causa del cambiamento della legge che regola quell'atto e quella attività processuale.

Orbene, se la regola dell'efficacia irretroattiva della legge, dettata nell'art. 1 delle disposizioni preliminari del codice civile, non è regola intangibile per il legislatore che può dettare apposita normativa transitoria in ragione delle sue insindacabili scelte politiche, tuttavia lo stesso legislatore dovrà pur sempre operare tra i vari atti processuali un rapporto tale da consentire il rispetto dell'unità, della coerenza interna del sistema processuale nel rispetto dei diritti costituzionali di azione e di difesa. Certo il legislatore deve individuare soluzioni operative e pratiche che realizzano il passaggio da un sistema processuale all'altro pur sempre sulla base di regole di esperienza, ragionevolezza ed opportunità con connotati politici ed insindacabili e tuttavia il legislatore, nell'individuare soluzioni di diritto transitorio, è tenuto ad uniformarsi ai fondamentali principi costituzionali sulla tutela dei diritti.

La Consulta si è già pronunciata al riguardo, statuendo che l'irretroattività della legge rappresenta uno dei principi fondamentali cui il legislatore ordinario deve attenersi, salva l'esistenza di una effettiva ragione giustificatrice e sempre nel rispetto della certezza dei rapporti giuridici.

Il principio la Corte lo ha affermato anche in materia processuale "il principio dell'immediata applicazione della sopravvenuta legge processuale si applica dove manchi... una disciplina transitoria, soltanto agli atti processuali successivi all'entrata in vigore della legge stessa: questa non retroagisce, invece, su quelli anteriormente compiuti, i quali sono regolati, secondo il fondamentale principio tempus regit actum dalla legge sotto il CUI imperio sono stati posti in essere" (sent 4 aprile 1990 a 155, ma anche sent. 29 marzo 1991 n. 136).

Ha dichiarato la Corte che il legislatore può, facendo uso di discrezionalità temperata da ragionevolezza (valutazione comparativa degli interessi sostanziali e della posizione processuale delle parti) disporre nel senso tanto della retroattività delle nuove disposizioni (sent.

1 luglio 1986 n. 199), quanto nel senso della ultrattività di quelle abrogate (sent. 29 marzo 1991 n. 136) ma con il limite dell'osservanza dei principi costituzionali sul diritto di difesa, dovendo assicurarsi la tutela delle ragionevoli aspettative dei litiganti, nel passaggio da una normativa più permissiva ad altra più rigorosa.

Infatti un'interpretazione di detto principio lo ha reso la Corte nella sentenza, interpretativa di rigetto, del 26 gennaio 1988 n. 82, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 437, 2° comma, c.p.c. nel testo introdotto dalla legge 1973 n. 533 motivando che 'le preclusioni in appello, ripristinate con la legge n. 533 del 1973, hanno la loro coerente ed insopprimibile ragion d'essere nella nuova Struttura conferita al processo di primo grado da tale legge, con l'applicazione dei principi di oralità ed immediatezza: sarebbe, pertanto, contrario al sistema processuale, globalmente considerato, imporle a quanti abbiano partecipato al giudizio di primo grado secondo il rito determinato dalla legge previgente. In altre parole lo jus novarum consentito dall'art. 345 c.p. e. vecchio testo va considerato, nel caso in cui il processo di primo grado si sia svolto secondo il rito abrogato, come un effetto già prodotto dalla sentenza conclusiva di detto procedimento, con la conseguenza che esso risulta utilizzabile dalle parti nell'udienza di discussione fissata davanti al giudice di appello a norma dell'art. 435, 1° comma, c.p.c.'"

In sostanza la ratio della decisione è nell'affermazione che l'atto del processo non solo non potrà essere posto in discussione dalla legge sopravvenuta ma potrà condizionare l'applicazione futura della legge stessa ogni volta che non venga rispettato il principio della coerenza interna, dell'unità del singolo procedimento, e con esso i diritti di difesa costituzionalmente garantiti.

Sulla base di tali posizioni del giudice delle leggi ne deriva che se il legislatore può adottare un regime transitorio derogativo, egli è sempre vincolato al rispetto delle regole di unità, continuità e coerenza interna del procedimento, quali diretti precipitati delle garanzie costituzionali.

Invero, il diritto di difesa costituzionalmente garantito risulterebbe violato tutte le volte in cui la parte ha impostato la propria strategia difensiva, delle posizioni giuridicamente tutelate, alla luce della legge processuale vigente al momento del compimento di un determinato atto o, come nel caso de quo, addirittura in riferimento ad una intera fase processuale.

Nella procedura esecutiva, infatti, il debitore sapeva di poter contare sul diritto di ottenere la conversione del pignoramento fino al giorno dell'asta e addirittura, per effetto della giurisprudenza di legittimità più sopra richiamata, dopo l'aggiudicazione provvisoria.

Dunque la difesa atteggiata sulla disciplina vigente non può essere danneggiata dal cambiamento delle regole tecniche de processo che diano luogo, per tal via, all'inibizione di poteri e di difficoltà processuali che il cittadino-parte processuale aveva acquisito nel vigore della legge abrogata.

In questo senso sono state molte le pronunce della Consulta sul principio di derivazione costituzionale della tutela dell'affidamento del soggetto processuale (sent. N. 111 del 1998).

Analogamente si è espressa la Corte Costituzionale in materia di intervento legislativo di interpretazione autentica ed ha affermato che la stessa incontra dei limiti, tra i quali “i principi generali di ragionevolezza e di uguaglianza, quello della tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico e quello del rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario” ed ha precisato che la tutela dell'affidamento “deve valere anche in materia processuale, dove si traduce nell'esigenza che le parti conoscano il momento in cui sorgono oneri con effetto loro pregiudizievoli, nonché nel legittimo affidamento delle parti stesse nello svolgimento del giudizio secondo le regole vigenti al compimento degli atti processuali”.

Al principio di affidamento si ispirano le sentenze 4 novembre 1999 n. 416; 16 aprile 1998 n. 111.

Dunque il legislatore può adottare scelte particolari di regime transitorio purchè la soluzione in concreto dettata sia ragionevole e non confligga con i principi costituzionali (art. 3 e 24 cost.).

In definitiva è acquisito al vaglio di costituzionalità il fondamentale ruolo della clausola generale di ragionevolezza che deve informare il legislatore.

Nella fattispecie la Corte potrà accertare la violazione del diritto di difesa e del principio di uguaglianza non solo verificando se il legislatore abbia adottato un pari trattamento giuridico di situazioni uguali ma soprattutto se abbia saputo cogliere il rispetto del vero nucleo del principio di uguaglianza attraverso un trattamento adeguatamente differenziato di situazioni giuridiche tra loro diverse.

Il principio di ragionevolezza non potrà sfuggire dal consueto canone fondamentale di valutazione della legittimità e non potrà non consentire di individuare che nella fattispecie l'applicazione delle norme censurate non tengono conto del trattamento differenziato, rispetto ai debitori, di situazioni giuridiche diverse, quelle maturate nella ragionevole aspettativa di tutela secondo il vecchio regime e quella non ancora acquisita alla tutela del debitore di procedure per le quali mai ancora è stata disposta la vendita

L'assenza di razionalità legislativa che appare emergere nel regime transitorio non può non tramutarsi in una vera e propria discriminazione.

La Corte ha avuto modo di esplicitare le proprie decisioni sul principio di ragionevolezza delle statuizioni volte a giustificare la disparità di trattamento fra i cittadini (sent. N. 104 del 1968; sera N. 200 del 1972; sent N. 10 del 1980 e n. 15 e 177 del 1983).

Per tutto quanto sopra motivato, la questione non risulta manifestamente infondata emergendo il fumus boni juris sulla fondatezza della questione per violazione degli articoli 3 e 24 della Costituzione e dei principi costituzionali impliciti di affidamento e di ragionevolezza, come sopra illustrati”

Nota del compilatore:

L'ordinanza, ponendosi in consapevole contrasto con l'orientamento adottato da altri giudici del Tribunale di Roma, rimette alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale della nuova disciplina della conversione del pignoramento che non è ammissibile dopo l'emissione dell'ordinanza di vendita o di assegnazione, ai sensi dell'art. 495 c.p.c. come modificato dalla Riforma del 2005-2006, con riferimento alle procedure in corso al 1° marzo 2006 e l'istanza sia stata presentata in sede di vendita dopo il 1° marzo 2006.

L'ordinanza in questione solleva la questione di costituzionalità dell'art. 495 c.p.c. novellato, in relazione agli artt. 3 e 4 Cost. poiché la suddetta norma “viola il diritto del debitore a fare affidamento sulle posizioni giuridiche processuali acquisite secondo cui egli poteva presentare domanda di conversione del pignoramento, e così recuperare l'immobile, fino al giorno dell'udienza in cui si teneva la vendita”.

La questione sollevata dal Tribunale di Roma non risulta ancora decisa dalla Corte Costituzionale.

Si riporta in calce una pronuncia del Tribunale di Roma, pubblicata su Giurisprudenza di merito, 2007 che risolve in senso contrario la questione

Trib. Roma 2 novembre 2006, Pres. est. Vigorito,

“

rilevato rispetto al merito del reclamo che sono state prospettate in dottrina diverse interpretazioni della disciplina da applicare nella fase transitoria in materia di conversione del pignoramento:

- *una prima tesi, facendo leva sul disposto dell'articolo 492 comma 3, ritiene l'inapplicabilità del nuovo termine alle procedure esecutive in corso introdotte da atti di pignoramento privi dell'avviso previsto dall'articolo 492 comma 3 cod. proc. civ.;*

- *una seconda interpretazione ritiene che la disposizione transitoria secondo la quale “ quando è già stata ordinata la vendita la stessa ha luogo con l'osservanza delle norme precedentemente in vigore” debba, quantomeno analogicamente, applicarsi anche alla conversione ritenendo che la conversione richiesta in fase di vendita debba essere regolata dalle norme precedentemente in vigore;*

- *un terzo orientamento sembra valorizzare, invece, la natura di atto preclusivo dell'ordinanza di vendita evidenziando che un atto non può provocare un effetto preclusivo se tale effetto non era previsto nel momento in cui l'atto è stato posto in essere.*

ritenuto che queste tesi non possono condividersi poiché:

- *la preclusione alla proposizione dell'istanza di conversione dopo l'emissione dell'ordinanza di vendita non è stata collegata dal legislatore alla mancata effettuazione dell'avviso di cui all'articolo 492 comma 3 c.p.c. ma è stata previsto come autonomo termine di decadenza dall'art. 495 c.p.c.;*

- *anche ove si volesse riconoscere alla mancata effettuazione dell'avviso l'effetto di viziare la procedura, tale vizio doveva essere fatto valere nel termine di venti giorni dall'emissione dell'ordinanza di vendita, ovvero, per le ordinanze emesse prima dell'1 marzo 2006 nel termine di venti giorni dall'entrata in vigore della riforma;*

- *la disciplina transitoria dispone l'applicabilità della disciplina previgente alla sola fase della vendita (“quando è già stata ordinata la vendita la stessa ha luogo con l'osservanza delle norme precedentemente in vigore”) non ad istituti di portata generale come quello della conversione (che non può, in alcun modo, essere considerato come fase del subprocedimento di vendita nè regola le modalità della vendita);*

- *il legislatore ha individuato l'ordinanza di vendita come termine ultimo per la presentazione dell'istanza di conversione non ha previsto la preclusione alla presentazione dell'istanza come effetto non previsto della emissione dell'ordinanza;*

- *non può individuarsi alcun profilo di illegittimità costituzionale nella nuova disciplina poiché il legislatore può legittimamente modificare le modalità di esercizio di una facoltà riconosciuta ad una parte senza che la successione nel tempo di due diverse discipline dello stesso istituto e della stessa situazione di fatto configuri una violazione del principio di uguaglianza;*

che si deve, dunque, preferire la tesi secondo la quale, in mancanza di una norma transitoria specifica ed esplicita di diverso tenore, deve applicarsi anche all'istituto della conversione la previsione contenuta nella norma transitoria (articolo 2 comma 3-sexies della legge n.80/2005

così come modificato dalla legge n. 263/2005) secondo la quale le nuove disposizioni, compresa quella di cui all'art. 495 c.p.c., si applicano anche alle procedure esecutive pendenti alla data di entrata in vigore; che in virtù della previsione generale contenuta nella nuova formulazione dell'articolo 495 cod. proc. civ. il giudice può ammettere la conversione richiesta con istanza depositata a partire dall'1 marzo 2006 solo sulla base della disciplina sopravvenuta e, quindi, solo nell'ipotesi in cui a tale data non sia stata emessa l'ordinanza di vendita o di delega; che in relazione alle procedure esecutive pendenti alla data dell'1.3.2006 le istanze di conversione devono, quindi, essere dichiarate inammissibili ove siano state presentate quando sia stata già autorizzata la vendita o delegata la stessa ad un professionista ovvero quando sia stata già disposta la assegnazione del bene; che, nel caso in esame, l'istanza di conversione è stata dichiarata inammissibile, ed il provvedimento impugnato ha respinto l'istanza di sospensione del provvedimento di inammissibilità; che la decisione è corretta e, pertanto, il reclamo deve essere rigettato

5. Ricusazione e sospensione dell'esecuzione

Tribunale Roma, 28.2.2008 – Giudice estensore dott. Cottone

La sola proposizione del ricorso per ricusazione non determina “ipso iure” la sospensione del procedimento e la devoluzione della questione al giudice competente a decidere della questione stessa, in quanto spetta pur sempre al giudice “a quo” una sommaria deliberazione della sua ammissibilità, all'esito della quale, ove risultino “*ictu oculi*” carenti i requisiti formali di legge per l'ammissibilità dell'istanza, il procedimento può continuare. Infatti l'evidente inammissibilità della ricusazione, pur non potendo impedire la rimessione del ricorso al giudice competente, esclude l'automatismo dell'effetto sospensivo, risultando in tal guisa contemperate le contrapposte esigenze, sottese all'istituto della ricusazione, di assicurare alle parti l'imparzialità del giudizio e di impedire, nel contempo, l'uso distorto dell'istituto suddetto. In caso di rigetto di una precedente ricusazione e di omessa notifica del detto provvedimento da parte della cancelleria ai sensi dell'art. 54, ult. co, c.p.c., non può intendersi decorso il termine per la riassunzione del procedimento, ma alla successiva udienza di verifica dello stato della procedura esecutiva, il creditore comparso può espressamente dichiarare di voler dare impulso alla procedura, in luogo della formale riassunzione. Se altresì il debitore, avvisato, non propone istanza di estinzione della procedura esecutiva, non si ravvisa alcun motivo per disporre la sospensione del processo che si atterrebbe a danno ingiusto per i creditori.

“...rilevato che secondo costante e consolidata giurisprudenza la sola proposizione del ricorso per ricusazione non determina “ipso iure” la sospensione del procedimento e la devoluzione della questione al giudice competente a decidere della questione stessa, in quanto spetta pur

sempre al giudice “a quo” una sommaria delibazione della sua ammissibilità, all’esito della quale, ove risultino “ictu oculi” carenti i requisiti formali di legge per l’ammissibilità dell’istanza, il procedimento può continuare;

che, in effetti, l’evidente inammissibilità della ricazione, pur non potendo impedire la rimessione del ricorso al giudice competente, esclude non di meno l’automatismo dell’effetto sospensivo, risultando in tal guisa contemperate le contrapposte esigenze, sottese all’istituto, di assicurare alle parti l’imparzialità del giudizio nella specifica controversia di cui trattasi e di impedire, nel contempo, l’uso distorto dell’istituto (Cassazione Sezione semplici: 5236/2006, 26089/2005, 10406/2003, 6309/2000, 5307/1998, 3400/1998, 3825/1995, 4804/1993 e 5484/1979, nonché Cassazione Sezione Unite: 5729/2002, 551/2000, 3948/1989 e 3627/1972);

- che la Corte Costituzionale, investita della questione di costituzionalità dell’art. 52, terzo comma, cod. proc. Civ. proprio con riferimento alla allegata illegittimità di detta norma nella parti in cui non consente al giudice “a quo” alcuna possibilità di delibazione, anche in presenza di manifesti vizi di rito o di merito, essendo il giudizio di inammissibilità od infondatezza riservato espressamente al giudice della ricazione, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione, evidenziando che, nonostante l’apparente rigidità della formula, la norma si presta ad una lettura diversa e riconosce al giudice della causa — obbligato in ogni caso a dare corso all’istanza di ricazione trasmettendo il relativo fascicolo al giudice competente — il potere di delibare preventivamente i presupposti formali di una valida ricazione ai fini della sospensione del giudizio, per cui un’istanza di ricazione presentata senza rispettare le condizioni ed i termini prescritti non produce la sospensione del processo, perchè non integra la fattispecie che tale sospensione impone (ordinanze 388/2002 e 115/2005);

che la stessa Corte Costituzionale, peraltro, ha recentemente riaffermato, seppur con riferimento alla diversa ipotesi della sospensione disposta ex

art.20, comma7 della Legge 23 febbraio 1999, n.44, il principio in base al quale il potere di sospendere la procedura esecutiva deve essere riconosciuto unicamente al Giudice dell'esecuzione; che con riferimento al caso di specie nessuna delle argomentazioni dedotte è ascrivibile ad alcuna delle ipotesi di cui all'art.51 cod. proc. Civ. e che, peraltro, risulta già essere stata rigettata analoga istanza di ricusazione già proposta dalla medesima parte nei confronti di questo Giudice;

OSSERVATO, quanto al merito,

- che il procedimento di ricusazione introdotto con istanza proposta dalla stessa.....in data 18.07.2005 è stato definito in senso negativo con ordinanza del 20 ottobre 2005;

- che detto provvedimento non risulta mai essere stato notificato alla..... ed al..... (creditori titolati intervenuti rispettivamente in data 17.7.2000 — 5.12.2000 e 15.9.99 — 24.10.2000), in guisa che, alla data del 29 marzo 2007, non poteva intendersi ancora decorso il termine per proporre l'istanza di riassunzione previsto dall'art.54, ultimo comma, c.p.c.

- che l'udienza del 29 marzo 2007 è stata fissata al solo fine di verificare l'andamento della procedura esecutiva e che, in quella data, la...., avuta cognizione del provvedimento di rigetto dell'istanza di ricusazione, ha espressamente dichiarato di voler dare impulso alla procedura;

che, verificata l'omessa rituale notifica dell'avviso di detta udienza alla debitrice esecutata (unica, invero, a dover proporre l'istanza di estinzione prevista dall'art.630, 2° comma, c.p.c.), la procedura è stata rinviata per l'autorizzazione alla vendita alla successiva udienza dell'8 maggio 2007;

che la convocazione di detta udienza è stata ritualmente notificata alla con atto del 27 aprile 2007;

che la vendita è stata nuovamente autorizzata solo alla successiva udienza dell' 17 ottobre 2007;

che, né all'udienza dell'8 maggio, né a quella successiva del 17 ottobre è stata formulata alcuna istanza diretta a contestare la perseguibilità o la regolarità dell'azione esecutiva;

che, quindi, non si ravvisa alcun motivo per pregiudicare ulteriormente il procedimento diretto a soddisfare le ragioni del ceto creditorio e che disporre la sospensione del processo integrerebbe sì attergerebbe a danno ingiusto per i creditori;

Non sospende la procedura esecutiva

rimette gli atti al Presidente del Tribunale per la trasmissione al Collegio per le ricusazioni significando che risulta fissata udienza per la vendita al...".

Nota del compilatore:

L'ordinanza in questione si pone il problema, in tema di ricusazione, se il giudice "a quo", obbligato in ogni caso a trasmettere il fascicolo al giudice competente per la ricusazione, ha il potere di deliberare preventivamente sulla sussistenza dei presupposti formali di un'istanza di ricusazione ai fini della sospensione del giudizio.

L'ordinanza, confermando l'orientamento assunto in casi analoghi dal Tribunale di Roma, afferma che il giudice a "quo" può evitare di sospendere il giudizio nonostante la proposizione dell'istanza di ricusazione. L'ordinanza in questione ritiene che, in caso di evidente inammissibilità dell'istanza di ricusazione, il giudice "a quo" può disporre la prosecuzione del processo, e si pone in linea con l'orientamento della consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. S.U. 5729/2002, 551/2000, 3948/1989 e 3627/1972, e dell'orientamento espresso anche dalla Corte Costituzionale 388/2002 e 115/2005).

La *ratio* della decisione attiene ad un principio di contemperamento di contrapposte esigenze delle parti, nel senso che viene assicurata l'imparzialità del giudizio e nel contempo impedito l'uso distorto dell'istituto della ricusazione (vedi Cass. S.U. sopracitate).

Pertanto è escluso l'automatismo della sospensione del giudizio.

Nel caso concreto il Giudice ha disposto la prosecuzione del processo (escludendo la sospensione), poiché da una parte il debitore, avvisato, non ha presentato istanza di estinzione della procedura esecutiva ex art. 630 2° comma c.p.c. e dall'altra il creditore ha dichiarato espressamente, oralmente, di voler proseguire la procedura, senza riassumere il processo con apposito ricorso.

6. Eccezione di estinzione

Tribunale Roma, 28 gennaio 2008, Pres. Sciascia, est. Cavaliere

L'istanza di estinzione della procedura esecutiva non può essere proposta in ogni fase processo ma **deve essere proposta nella prima difesa successiva al verificarsi del fatto estintivo** o al più tardi nell'udienza che chiude la fase processuale nella quale il fatto estintivo si è verificato.

“(…)La reclamata ha eccepito in primo luogo, l'improcedibilità del reclamo perché proposto da procuratore stornito di idoneo mandato sull'assunto che il mandato, richiamato nel presente ricorso, era stato rilasciato per il processo di opposizione all'esecuzione.

L'eccezione è infondata e, pertanto, va rigettata.

Invero, la procura richiamata, apposta a margine della comparsa di costituzione e risposta del 15.03.2007 ha conferito espressamente il potere ai procuratore di proporre il presente reclamo. . delego a rappresentarmi e difendermi nella procedura esecutiva ed in ogni ulteriore fase e grado, anche di opposizione, di reclamo..

Il reclamo, invece, è fondato e, pertanto, è accolto.

Va esaminato preliminarmente il motivo con il quale si contesta l'inammissibilità dell'eccezione di estinzione poiché tardivamente proposta.

Invero, secondo l'univoco orientamento della Corte di Cassazione sul punto, l'istanza di estinzione della procedura esecutiva non può essere proposta in ogni fase del processo ma deve essere proposta nella prima dipesa successiva al verificarsi del fatto estintivo (Cass. 16 giugno 2003, n. 9624) o al più tardi nell'udienza che chiude la fase processuale nella quale il fatto estintivo si è verificato (cfr. Cass. 16 giugno 2003, n. 962 citata, con riferimento alla vendita ma già in precedenza Cass. 20 aprile 1993 n. 4478 con riferimento alla espropriazione di crediti).

La debitrice esecutata, quindi, avrebbe potuto proporre l'eccezione con lo svolgimento del primo atto difensivo al quale era stato chiamato a partecipare dopo la sospensione e, comunque, fino alla emissione dell'ordinanza di vendita che chiudeva la fase processuale. In ogni caso ove non gli fosse stato consentito di intervenire nella procedura dopo la sospensione (a causa della omessa notifica del provvedimento di convocazione) avrebbe potuto proporre opposizione contro l'ordinanza di vendita deducendo valere l'omessa convocazione e la conseguente impossibilità di eccepire l'estinzione.

Nei caso in esame tutto ciò non è avvenuto e l'eccezione di estinzione è stata proposta solo dopo la remissione dell'ordinanza di vendita.

In particolare, dopo la sospensione del processo esecutivo disposta per l'instaurazione del giudizio di divisione, è stata presentata istanza di riassunzione in data 15.09.2004 con quale è stata fissata l'udienza prima del 17.11.2004 e successivamente del 26.01.2005. In tale udienza, dopo aver verificato la regolarità delle notifiche, è stata disposta la vendita con delega al Notaio.

Ora siccome tale udienza risulta ritualmente notificata a tutte le parti compreso alla debitrice, come dalla stessa riconosciuto nella memoria depositata in questo procedimento(v. pag. 4), l'eccezione di estinzione sollevata per la prima volta con ricorso depositato in data 18.01.2007 è stata proposta tardivamente e cioè dopo l'udienza, quella appunto del 26.01.2005. regolarmente comunicata, che costituiva il primo momento successivo all'evento estintivo cui gli interessati erano stati convocati, in cui poter svolgere la prima difesa e che è coinciso anche con la chiusura della fase.

Pertanto l'eccezione di estinzione è stata proposta tardivamente e l'ordinanza di estinzione deve essere revocata e deve essere disposta la prosecuzione della procedura espropriativa”.

Nota del compilatore:

Il provvedimento, conforme al consolidato orientamento del Tribunale di Roma, fa applicazione dei principi più volte affermati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di estinzione della procedura (Cass. 16 giugno 2003 n. 9624) e di termine ultimo per la proposizione delle eccezioni all'interno di ciascuna fase processuale (Cass. 20 aprile 1995 n. 4478).

7. Sospensione dell'esecuzione e prosecuzione del giudizio di merito

Tribunale Latina, ord. 14 gennaio 2008, Giud. Bernardo

A seguito della riforma introdotta dalla legge n. 51/06 il giudizio di merito sulla opposizione non si configura più come una fase necessaria ma meramente eventuale e rimessa alla valutazione discrezionale delle parti atteso che questa può essere introdotta non solo dall'opponente ma anche da ogni altro interessato e che **qualora sia stato adottato un provvedimento di sospensione da parte**

del GE la mancata instaurazione del giudizio di merito comporta la possibilità per l'opponente di chiedere l'estinzione del pignoramento e della relativa procedura esecutiva

“...vista l'eccezione di Improcedibilità del presente giudizio di opposizione, sollevata dalla e dal

rilevato che dalla documentazione In atti risulta che l'iscrizione al ruolo generale della presente causa è avvenuta già al momento della presentazione del ricorso in opposizione dinanzi al GE e non al momento dell'instaurazione della successiva fase contenziosa;

rilevato altresì che, al termine della fase cautelare, Il GE ha semplicemente disposto il passaggio alla fase contenziosa, rimettendo gli atti al presidente per la designazione del giudice tabellarmente competente per l'opposizione, senza assegnare alle parti il termine per la notifica dell'opposizione;

considerato che l'art 616 c.p.c., nella sua nuova formulazione, stabilisce che il giudice dell'esecuzione, terminata la fase cautelare, fissa un termine perentorio per l'introduzione del giudizio di merito, previa iscrizione a ruolo, a cura della parte interessata; e che l'art 624 c.p.c. (nuova formulazione) stabilisce che, nei casi di sospensione del processo, disposta ai sensi del primo comma e non reclamata, nonché disposta o confermata in sede di reclamo, il giudice che ha disposto la sospensione. dichiara con ordinanza non impugnabile l'estinzione del pignoramento, su istanza dell'opponente, alternativa all'instaurazione del giudizio di merito sull'opposizione,

fermo restando in tal caso il suo possibile promovimento da parte di ogni interessato;

considerato dunque che, a seguito della riforma introdotta dalla L 51/06, il giudizio di merito sull'opposizione non si configura più come fase necessaria, ma meramente eventuale e rimessa ad una valutazione discrezionale delle parti, atteso che questa può essere introdotta non solo dall'opponente, ma anche da ogni altro interessato, e che, qualora sia stato adottato un provvedimento di sospensione da parte del GE, mancata instaurazione del giudizio di merito comporta la possibilità, per

l'opponente, di chiedere l'estinzione del pignoramento e della relativa procedura esecutiva;'

ritenuto quindi che non si possano privare le parti della facoltà di scegliere se attivare o meno la, f3se contenziosa, proprio alla luce di quanto disposto dall'art. 624 c.p.c. in caso di sospensione della procedura esecutiva;,

ritenuto, pertanto, opportuno rimettere gli atti al giudice dell'esecuzione affinché, nell'osservanza del nuovo disposto dell'art. 616 c.p.c., assegni alle parti il termine perentorio per la notifica dell'opposizione, ma non per l'iscrizione della causa al ruolo, atteso che questa è già stata effettuata; . .

DISPONE la rimessione degli atti al giudice dell'esecuzione per il fine di cui in parte motiva, mandando alla Cancelleria per gli adempimenti di competenza".

Nota del compilatore:

Il Tribunale di Latina si è conformato al prevalente orientamento della giurisprudenza di merito che ritiene, nel caso di sospensione dell'esecuzione, che l'inizio del giudizio di merito da chiunque provocato preclusivo alla possibilità di richiedere l'estinzione del giudizio da parte del debitore

8. Fallimento del terzo datore di ipoteca

Tribunale Roma, ord. 11 dicembre 2006, Giud. Barreca

Pur in mancanza di una espressa menzione nell'articolo 41 t.u.l.b. deve ritenersi che **l'eccezione prevista dalla disciplina generale sul credito fondiario alla improcedibilità dell'esecuzione conseguente al fallimento del debitore si estenda anche al caso di fallimento del terzo datore di ipoteca.** Si deve ritenere, quindi, che nel caso di fallimento del terzo datore di ipoteca la procedura esecutiva promossa da un istituto di credito fondiario possa proseguire.

"...effettivamente controversa è la questione concernente l'applicabilità dell'intera normativa di favore prevista per il credito fondiario nei confronti del terzo datore di ipoteca a garanzia, appunto, di un finanziamento fondiario.

Si tratta di una questione che, peraltro, si è posta in dottrina ed in giurisprudenza già nel vigore del Tu n. 646/1905.

Un non recente arresto della Corte di Cassazione si è espresso in senso contrario all'applicazione al terzo datore di ipoteca dell'art. 20 di tale ultima normativa, pur ritenendo che il credito fosse da qualificare come fondiario anche nel caso in cui la garanzia non fosse concessa dallo stesso mutuatario, ma da un terzo (cfr. Cass. 19 maggio 1977 n. 2068).

La sentenza non appare condivisibile, intanto, con riferimento alla norma riguardo alla quale è stata pronunciata: ritiene questo giudice che il citato art. 20, in ragione della sua ratio e della funzione assegnata, più in generale, al credito fondiario, potesse trovare applicazione anche al caso di dazione di ipoteca da parte del terzo.

Il diniego di tale applicazione, qualificata come conseguente ad interpretazione analogica, è stato fondato, dal precedente giurisprudenziale su citato, sulla reputata eccezionalità dell'art. 20. che ne comporterebbe l'interpretazione "nel senso che esso opera solo nei confronti del debitore muruarario, In quanto detta nonna, creando una situazione di privilegio a favore degli istituti di credito fondiario attraverso la deroga dei principi fondamentali della trascrizione (arti. 3, 26 e 44 c.c. e 602 ss. c.p.c.), è norma eccezionale di stretta interpretazione e non può, perciò, essere applicata, in via analogica anche al terzo datore di ipoteca ed ai suoi successori a titolo universale o particolare nella proprietà dell'immobile concesso in ipoteca dal terzo datore a garanzia di un mutuo fondiario" (Cass. n. 2068/77 cit.). Questo principio potrebbe essere invocato -in ragione della ritenuta eccezionalità della normativa- anche al caso in esame, pure se la norma derogata sarebbe quella dell'art. 51 della legge fallimentare (piuttosto che quella richiamata dalla Cassazione nella diversa ipotesi portata alla sua attenzione). Effettivamente l'art. 20 contemplava soltanto il debitore iscritto tra i soggetti cui la norma si rivolgeva, mentre non menzionava affatto il terzo datore di ipoteca. E' vero però che la considerazione di quest'ultimo era estranea a tutte le previsioni in tema di credito fondiario contenute nel D.P.R. n. 646/1905. Questa mancata considerazione tuttavia non consente di escludere la legittimità della concessione di

mutui, ai sensi della ultima normativa e della successiva, di cui alla L.P.R. n.7/1976, anche nel caso in cui la garanzia fosse prestata dal terzo: ciò perché la finalità del credito fondiario esula dallo scopo legale e l'istituto si caratterizza, così come disciplinato dalle normative appena citate, per essere un tipo speciale di credito garantito dall'iscrizione di prima ipoteca. Ne consegue che con tale caratteristica e con tale finalità è del tutto compatibile la figura del terzo datore, disciplinata in via generale dalle norme del codice civile. Ciò è tanto vero che l'art. 3 del D.P.R. n. 7 del 1976, nel disciplinare il mutuo fondiario, faceva riferimento sia al mutuatario che all'eventuale datore di ipoteca», così prevedendo esplicitamente la possibilità che l'ipoteca, richiesta a garanzia del mutuo, fosse data da un terzo.

Se è vero che quest'ultima norma non faceva che rendere esplicito ciò che era già implicito nella normativa del 1905 (così Cass. n. 2068/77 at), equiparando il terzo datore di ipoteca al mutuatario, sarebbe del tutto in contrasto con tale equiparazione, nonché -come detto con la finalità del mutuo fondiario distinguere i due soggetti ai fini dell'intera normativa sul credito fondiario. Queste ultime considerazioni valgono sia per la normativa previgente che per quella introdotta dal decreto legislativo n. 385/1993, che regola il mutuo di specie. Non si può certo negare che quella sul credito fondiario sia una normativa eccezionale, che riconosce dei privilegi all'istituto di credito fondiario, in deroga alle norme comuni in tema di circolazione di beni ipotecati e di esercizio dell'azione esecutiva. Tuttavia tale eccezionalità non si spiega certo in ragione del soggetto mutuatario, bensì in ragione della particolare funzione e delle particolari caratteristiche del credito fondiario quali sopra sommariamente richiamate: il privilegio non può che riferirsi all'azione esecutiva, non tanto in quanto rivolta contro il soggetto debitore originario, ma in quanto avente ad oggetto proprio quell'immobile che garantisce con ipoteca quel credito derivante da quel determinato contratto di mutuo fondiario. Avendo questo una funzione connotata da un pubblico interesse, la deroga ai principi generali in tema di azione

esecutiva si spiega e si giustifica in ragione del tale interesse, quindi in considerazione dell'operazione economica così come ab origine impostata..

Le considerazioni da ultimo svolte trovano riscontro, come anticipato, nelle previsioni di cui agli artt. 38 e seg. del D..Lgs. n. 385/1993. Queste infatti qualificano l'operazione di credito fondiario espressamente in termini di "finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado sull' immobile, quindi, non tanto in ragione della persona del debitore, quanto, come detto sopra, in ragione del tipo di garanzia offerta.

D'altronde, la mancata espressa menzione del terzo datore di ipoteca nell'art. 41, co.2° -in cui il riferimento esclusivamente al "fallimento del debitore"- non limitata a tale nonna -quasi che Il legislatore intenda escludere detto soggetto dalle conseguenze ivi disciplinate in favore dell'istituto privilegiato- ma è riscontrabile anche nelle altre norme in tema di credito fondiario dello stesso capo VL, sezione I (che mai appunto menzionano un soggetto terzo datore di ipoteca): ciò consente di ritenere che l'estensione al terzo datore di ipoteca della previsione contenuta nel citato art. 41 (così come delle altre norme sul credito fondiario) sia possibile, per quanto detto sopra, in via di Interpretazione estensiva, e non analogica.

Ne segue la legittimità della prosecuzione dell'azione esecutiva individuale da parte di Banca I I sul bene pignorato ai danni del...

Nota del compilatore:

Non risultano pubblicati precedenti né di merito né di legittimità sul punto.

Il tema di cui all'ordinanza è assai interessante in quanto riconosce la portata estensiva della norma regolatrice e degli effetti di cui all'art. 41 TUB anche al fallimento del terzo datore di ipoteca, nel senso che è dato al creditore privilegiato in virtù di mutuo fondiario, la possibilità di proseguire le azioni esecutive anche se il fallimento interessa non tanto il mutuatario, quanto il solo terzo datore di ipoteca. Detta previsione, implicitamente ma univocamente, colma da un punto di vista interpretativo e sostanziale la "lacuna" legislativa dell'art. 41 L.B, laddove, per "fallimento del debitore", deve intendersi, altresì, il fallimento del terzo datore di ipoteca, dando una lettura costituzionalmente orientata della norma.

9. Ambito applicativo dell'articolo 187 disp. att. c.p.c.

Tribunale Roma, 30 gennaio 2007, Pres. Sciascia, est. Cavaliere

L'art. 187 disp. att. c.p.c. , introdotta dall'art. 4 *nonies* n.5 della legge n.80 del 2005, è entrata in vigore al momento dell'entrata in vigore della legge stessa, poiché le disposizione che dettano la disciplina transitoria, nonché quelle che hanno prorogato in parte l'entrata in vigore della legge n. 80/2005, non hanno riguardato il citati art. 4 *nonies* n.5. Ne consegue che l'art. 187 bis disp.att. e.p.c. era già in vigore quando si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria del 4.10.2005 e che, **in ragione di quanto con esso disposto, non era più procedibile dopo tale aggiudicazione l'istanza di conversione.**

“...Il ricorrente ha proposto reclamo avverso l'ordinanza di rigetto della sospensione dell'esecuzione emessa dal Giudice dell'esecuzione all'udienza del 2.1.11.2006 nel decidere sul ricorso in opposizione agli atti esecutivi depositato in data 24.07.2006 nell'ambito della procedura esecutiva n. 91959. Con tale ricorso si chiedeva la revoca del provvedimento dell'8.05.2006 con il quale era stata dichiarata improcedibile l'istanza di conversione ai sensi dell'art. 187 bis disp.att. c.p.c..

Il reclamante ha dedotto che l'istanza di conversione era stata presentata in data 4.10.2005 prima della vendita che si sarebbe tenuta lo stesso giorno ma nel pomeriggio alle ore 15,00 davanti al Notaio delegato e che ai sensi dell'art. 495 c.p.c. vecchia formulazione aveva diritto a proporre istanza di conversione perché presentata “prima che sia disposta la vendita”.

Ha eccepito che la disposizione dell'art. 187 bis disp. att. c.p.c. non poteva ritenersi applicabile al caso in esame, in primo luogo, perché era entrata in vigore successivamente e cioè dall' 1.03.2006, inapplicabilità confortata dall'art. 11 delle preleggi; in secondo luogo, poiché non espressamente previsto dal legislatore l'applicabilità ai processi in corso ed, in terzo luogo, poiché faceva riferimento all'istanza di conversione e non ad un procedimento di conversione già attivato come quello in esame, atteso che il Giudice si era già pronunciato sull'istanza ammettendo il debitore alla conversione.

Concludeva chiedendo la revoca dell'ordinanza reclamata.

La..... , regolarmente costituita, eccepiva l'inammissibilità del reclamo per erroneità delle conclusioni, l'infondatezza dello stesso e l'improcedibilità dell'istanza di conversione assumendo che l'art. 187 bis era stato introdotto dall'art. 2, comma 4 del DL n.35/2005 che non aveva subito alcuna proroga sicché la norma era entrata in vigore dal 15.05.2005 e, quindi, applicabile al caso in esame e che il debitore non poteva dolersi di nulla avendo egli stesa depositato l'istanza di conversione prima dell'incanto e che se la sua intenzione fosse stata seria avrebbe dovuto avere l'accortezza di provvedere al deposito qualch4 giorno prima.

Orbene, il Collegio ritiene che l'eccezione di inammissibilità del ricorso avanzata da parte reclamata vada rigettata poiché, dalla richiesta di revocai, dell'ordinanza formulata nelle conclusioni, si evince la volontà espressa dal reclamante che è quella di proporre reclamo avverso ordinanza di cui si chiede la revoca e, cioè, l'ordinanza che ha rigettato l'istanza di sospensione, avverso la quale è ammissibile il reclamo. Ne consegue che anche se nel merito con il proporre il reclamo il reclamante non avesse chiesto nulla, come dedotto da controparte, oltre alla revoca, in questa sede non assume rilevanza poiché il provvedimento di rigetto o di sospensione, infatti, non ha alcuna efficacia dirimente delle questioni oggetto del giudizio di opposizione bensì si limita a stabilire solo se la procedura debba proseguire o meno e, quindi, in sede di reclamo occorre valutare se il provvedimento impugnato vada confermato o revocato, come è stato chiesto.

Nel merito, la questione che si pone non è quella di verificare la tempestività dell'istanza di conversione poiché non è in contestazione la legittimità di tale richiesta depositata nella stessa udienza di vendita e poche ore prima che l'asta avesse luogo bensì quella degli effetti dell'istanza stessa e cioè se essa comporti l'automatica dilazione di tutti gli atti esecutivi che possono precludere lo scopo della conversione.

Sul punto si è espressa la Suprema Corte a Sezioni Unite la quale ha statuito che “In tema di esecuzione per espropriazione forzata, qualora la facoltà di chiedere la conversione del pignoramento, prima della vendita del bene, venga esercitata dal debitore nella udienza stessa fissata per tale vendita, sì da non consentire per tempo l’ammissione ed il perfezionamento della conversione medesima, non si verifica una automatica sospensione dell’esecuzione o dilazione dell’atto stesso considerando che difetta una previsione in proposito e che inoltre le esigenze di continuità e speditezza della procedura non possono essere sacrificate per effetto di mere iniziative dell’esecutato, mentre l’eventuale differimento della vendita resta affidato alla valutazione del giudice dell’esecuzione alla stregua degli elementi del caso concreto”. (Cass. S.U. 19 luglio 1990, n. 7378).

Ora siccome il giorno della vendita non era stato disposta la sospensione o il differimento della stessa la vendita eseguita deve considerarsi legittima.

Successivamente, l’istanza di conversione è divenuta improcedibile per la preclusione conseguente all’esito positivo dell’asta ex art. 187 bis disp.att. c.p.c.

Sul punto il Collegio ritiene che tale disposizione si applica al caso in esame.

Tale disposizione, introdotta dall’art.4 nonies n.5 della legge n. 80 del 2005, è, infatti, entrata in vigore al momento dell’entrata in vigore della legge stessa, poiché le disposizione che dettano la disciplina transitoria, nonché quelle che hanno prorogato in parte l’entrata in vigore della legge n. 80/2005, non hanno riguardato il citati art. 4 nonies n.5. Ne consegue che l’art. 187 bis disp.att. e.p.c. era già in vigore quando si è proceduto all’aggiudicazione provvisoria del 4.10.2005 e che, in ragione di quanto con esso disposto, non era più procedibile dopo tale aggiudicazione l’istanza di conversione.

In tal senso si è espressa recentissimamente la Suprema Corte a Sezione Unite con la sentenza n. 25570 del 30 novembre 2006 la quale ha altresì

precisato che la norma in esame si applica ai procedimenti esecutivi in corso poiché “ si tratta di norma interpretativa come è reso palese da questi fattori: la necessità di comprendere un contrasto interpretativo che, come è stato messo in evidenza, si era creato tra la giurisprudenza di questa Corte e la dottrina; la volontà del legislatore di porvi mano con una interpretazione autentica, come si ricava dall’ espressione “ai fine . . . di ribadire la corretta interpretazione della normativa in materia di esecuzione forzata”, contenuta nell’introduzione dell’art.2, comma 4-novies lett.b) della legge 14 maggio 2005, n.80, di conversione del d.l. n. 35 del 2005.”

Ne consegue che il reclamo è infondato e, pertanto, va rigettato.

Nota del compilatore:

La sentenza si conforma all’orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza, di poco precedente a quella riportata, emessa in data 30 novembre 2006 al n. 25570