

Non integra un danno ingiusto suscettibile di essere risarcito, tanto meno nei confronti di notaio delegato ai sensi dell'art. 591bis cod. proc. civ., la differenza tra un prezzo di aggiudicazione ottenuto in forza di provvedimento di fissazione di prezzo base che debba qualificarsi e sia poi riconosciuto illegittimo e quello, maggiore, al quale ha poi avuto luogo l'aggiudicazione all'esito di fissazione del prezzo base corretto, perché l'illegittimità del primo di tali prezzi esclude l'ingiustizia della riconduzione a legittimità dell'esborso dovuto per l'aggiudicazione e perché non ha l'aggiudicataria diritto a vedere consolidata, neppure quale termine di raffronto con il successivo esborso, alcuna conseguenza favorevole di un procedimento illegittimo quale la fissazione di un prezzo base erroneo.

La decisione sopra massimata impone qualche considerazione in merito alla **qualificazione giuridica della figura del professionista delegato alle vendite immobiliari ed alle responsabilità allo stesso addebitabili.**

La disciplina dell'esecuzione forzata, al fine di accelerare la definizione delle procedure esecutive immobiliari sin dal 1998, prevede che il giudice dell'esecuzione possa delegare lo svolgimento delle operazioni di vendita forzata a professionisti esterni.

Mentre in un primo momento la delega per la vendita di beni immobili e mobili registrati poteva essere conferita solo ai notai, la riforma delle leggi n. 80 e 263 del 2005 ha ampliato la platea dei professionisti ai quali può essere conferita la delega.

Dall'esame dell'art. 591 bis II comma c.p.c., che definisce l'ambito oggettivo della delega, emerge che lo svolgimento delle attività delegate richiede al professionista la disponibilità di una struttura organizzata al fine di garantire il migliore espletamento dell'incarico che è senz'altro impegnativo. Ma nulla il codice di rito dispone in merito alla qualificazione giuridica del delegato.

Proprio da tale lacuna derivano non poche questioni anche in riferimento alle responsabilità civile, contabile e penale del professionista delegato.

In dottrina il dibattito è vivace e sono da annoverare quattro orientamenti, via via formatisi dalla vigenza della L. n. 302/1998 sino ad oggi.

Per il primo orientamento, che risulta essere anche minoritario, il notaio delegato doveva essere qualificato alla stregua di ausiliario del giudice.

Ricordiamo che il termine ausiliario, nel codice di procedura civile, sta ad indicare un soggetto diverso dal giudice, (ma anche dal cancelliere e dall'ufficiale giudiziario), estraneo all'ordine giudiziario, che non partecipa all'esercizio della funzione giudiziaria, ma che, considerato idoneo, è investito dal giudice, attraverso un atto di nomina, dell'esercizio di determinati atti strumentali all'esercizio della giurisdizione.

La disposizione normativa che costituisce la base portante di tale orientamento è l'art. 68 c.p.c., collocato nel Titolo I, Capo III del Libro I del Codice di rito ed inserito immediatamente dopo le disposizioni dedicate al consulente tecnico ed al custode.

Il secondo orientamento, che si presenta come una sorta di rilettura integrata del primo, considera il notaio come ausiliario *sui generis* proprio per le peculiarità che contrassegnano la sua attività. Basti pensare alla sola circostanza che il notaio pone in essere un'attività che il giudice è ben in grado di compiere e che, anzi, in mancanza di delega, deve compiere.

Il terzo orientamento – il maggioritario – attribuisce in maniera innovativa al notaio delegato alle vendite forzate immobiliari il ruolo di sostituto del giudice anziché di ausiliario, sia in considerazione dell'espressa disciplina della delega al notaio, sia perché il notaio -in forza della delega ricevuta dal giudice dell'esecuzione - svolge poteri e funzioni propri del giudice e non mere attività di assistenza o di collaborazione subordinata che caratterizzano gli ausiliari, al pari di quanto accade nello svolgimento delle operazioni divisionali delegategli dal giudice istruttore.

Nel periodo successivo alla novella del 2005, che ha esteso delega in esame anche agli avvocati ed ai commercialisti, si è formato un quarto orientamento secondo il quale al “professionista delegato alle operazioni di vendita immobiliare” deve essere riconosciuta la natura giuridica di “ausiliare in senso ampio” che compie, in vece del giudice e su sua espressa delega, attività non giurisdizionali in senso stretto, che comunque rientrano nella competenza del giudice e che vanno ricondotte nel processo.

La predetta corrente di pensiero, dopo aver mosso critiche ai tre precedenti orientamenti, giunge a tale classificazione precisando come l'opera dell'interprete spesso è contrassegnata da un vizio di fondo, rappresentato dal volere a tutti i costi riportare talune situazioni o figure all'interno di classificazioni già esistenti, ed in proposito cita gli esempi: a) del difensore, quale rappresentante legale o volontario; b) del P.M. nel processo civile, quale parte o organo giudiziario, rilevando come nel caso dell'allora (solo) notaio delegato sia stato commesso lo stesso errore; ed al contempo pone a fondamento normativo della propria classificazione l'art. 3 lett. n) del T.U. in materia di Spese di giustizia che disegna, per l'appunto, una nozione ampia di ausiliario del magistrato.

Le posizioni dottrinali che, anche se con diverse argomentazioni, si basano sulla funzione di ausiliario del delegato alle operazioni di vendita rispetto al giudice ai fini dell'individuazione della sua natura giuridica, non appaiono condivisibili.

La disciplina codicistica (titolo I del libro I del c.p.c.) dedicato agli Organi giudiziari si fonda sulla distinzione tra ausiliari cosiddetti tipici (consulente tecnico, custode) e gli altri ausiliari (art.68 c.p.c) ed è espressione della concezione ristretta della categoria degli ausiliari sul presupposto che la legge riserva questa qualifica a quei soggetti che vengono incaricati di una funzione pubblica nel processo, sulla base di un provvedimento del giudice. L'art.68 primo comma c.p.c definisce gli altri ausiliari come esperti in una determinata arte o professione, persone idonee al compimento di atti che il giudice (come il cancelliere o l'ufficiale giudiziario) non è in grado di compiere da solo, la nomina dei quali può essere disposta nei casi previsti dalla legge o quando ne sorge la necessità.

Ma il fenomeno della delega nelle operazioni di vendita forzata presenta aspetti di complessità tali da integrare un fenomeno di sostituzione del professionista al giudice giacché, in tali casi, la ausiliarità manca del tutto o comunque assume diversi connotati, venendo meno il profilo dell'assistenza e della collaborazione che costituisce caratteristica di ogni ausiliare del giudice.

Per alcuni autori (cfr. G. Arieta e F. Desantis) tuttavia le attività esecutive in oggetto sarebbero la tipica espressione dell'attività sostitutiva dell'ausiliario (cfr Cass. n. 254/1983) anche perchè le operazioni concernenti la vendita forzata e deliberazione sulle offerte, incanti, predisposizione della bozza del decreto di trasferimento non costituirebbero attività di *ius dicere* in senso stretto, cioè atti giurisdizionali in senso proprio e perciò delegabili.

A ben vedere, però, le innovazioni di ordine oggettivo introdotte dalla riforma del 2005 hanno comportato la estensione di attività delegabili anche ad attività propriamente giurisdizionali (di c.d. giurisdizione in senso stretto) come, ad esempio, le delicate valutazioni di cui all'art.572 c.p.c, nella parte in cui fa riferimento alla seria possibilità di migliore vendita con il sistema dell'incanto, e all'art.573 c.p.c (nella parte in cui fa riferimento alla scelta fra vendita a favore del miglior offerente in sede di vendita senza incanto ed incanto), nonché ai poteri del professionista delegato di disporre la restituzione della cauzione di cui all'art.580 c.p.c nella misura ridotta dei 9/10; la perdita della cauzione di cui all'art.584 c.p.c; i nuovi artt.596 e 598 c.p.c che rispettivamente attribuiscono al professionista delegato il potere di fissare l'udienza per l'audizione dei creditori e del debitore; approvare il progetto di distribuzione ed ordinare il pagamento delle singole quote.

La funzione di ausiliario, dunque, appare “incompatibile” con la delega in esame, in quanto l'attività delegata al notaio/professionista non è né accessoria, né collaterale e né strumentale a quella del giudice dell'esecuzione, ma -come sostenuto dal terzo orientamento sopra riportato, è sostitutiva dell'attività dello stesso.

E difatti gli effetti degli atti compiuti dai professionisti delegati sono identici a quelli che si produrrebbero se l'attività fosse svolta personalmente dal giudice.

Inoltre la correttezza di quest'ultima impostazione dottrinale può essere desunta anche dal raffronto sul piano letterale fra l'art. 68 c.p.c., da un lato, e l'art. 591 bis. c.p.c. dall'altro lato. Per il primo il giudice può farsi assistere, mentre -per il secondo- il giudice può delegare il compimento delle attività di vendita.

Inoltre, l'attività di assistenza che connota la funzione dell'ausiliario differisce nettamente da quella oggetto di delega ex art. 591 bis., considerato che la prima consiste in una collaborazione che (l'ausiliario – assistente) presta a colui che è titolare di un determinato potere (cioè il giudice-assistito) che per una espressa previsione di legge non può esercitare autonomamente, mentre, al contrario, la delega presuppone che il titolare di un determinato potere (cd. delegante) provvede a incaricare – in quanto autorizzato espressamente dalla legge - un altro soggetto (cd. delegato) a esercitare tale potere, che - qualora volesse- potrebbe esercitare anche in via autonoma.

La problematica delle responsabilità in cui può incorrere il professionista delegato è, ovviamente, strettamente connessa con quella della sua natura giuridica.

Con particolare riferimento alla responsabilità civile si discute se essa si configuri in termini di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art.2043 c.c., oppure in termini di responsabilità contrattuale.

A favore della natura contrattuale della responsabilità, infatti, si è sostenuto che il professionista delegato, pur essendo un pubblico ufficiale, resta un soggetto privato che svolge un'attività professionale ai sensi degli artt.2229 e ss. c.c. . Pertanto la delega potrebbe dar vita ad un rapporto analogo a quello che nasce dal contratto d'opera professionale.

Ma, se come detto il professionista delegato è un vero e proprio sostituto del giudice dell'esecuzione, il quale nell'espletamento delle attività di vendita delegategli pone in essere un'attività di giurisdizione in senso stretto, dovrebbe ritenersi applicabile la disciplina contenuta nella L. 13 aprile 1988 n. 117.

Tale disciplina prevede sia norme di natura sostanziale che processuale: le prime (dettate negli artt. 2 e 3), limitano la responsabilità al compimento o al mancato compimento di attività per dolo, colpa

grave (consistente a sua volta: a) nella grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) nell'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontra stabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) nella negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta indiscutibilmente dagli atti del procedimento) e per diniego di giustizia, (consistente nel rifiuto, omissione o ritardo nel compimento di atti del suo ufficio). Le seconde, invece, contemplano tutta una serie di previsioni eccezionali quali: un giudizio preliminare di ammissibilità e la legittimazione passiva dello Stato – con conseguente impossibilità di azione diretta verso il magistrato - (art. 5), la non estensione del giudizio negativo al magistrato tranne che in caso di partecipazione volontaria al giudizio (art. 6) e infine il giudizio di rivalsa (art. 7).

A differenza di quanto previsto per i magistrati (nei cui confronti la L. n. 117/1988 trova applicazione nella sua interezza), al professionista delegato dovrebbero trovare applicazione solo le norme di diritto sostanziale e non quelle di diritto processuale. Ciò in quanto le esigenze di terzietà ed imparzialità che debbono sussistere anche per i professionisti delegati - visto che anch'essi debbono essere equidistanti rispetto agli interessi degli altri soggetti coinvolti nel processo - sono salvaguardate dall'applicazione nei riguardi dei delegati medesimi (quali sostituti del giudice) dell'istituto dell'astensione così come prevista per il giudice ai sensi dell'art. 51 c.p.c. (ovvero della richiesta di revoca dell'incarico, ove il delegato non dovesse astenersi).

Diretta conseguenza dell'applicabilità della disciplina speciale di cui all'art. 2 della L. n. 117/1988 è quella dell'inoperatività dell'art. 2043 c.c. sulla responsabilità extracontrattuale; nonché degli artt. 64 e 67 c.p.c. dedicati alla responsabilità del custode e del consulente tecnico essendo costoro due figure la cui natura giuridica di ausiliario del giudice differisce nettamente da quella del professionista delegato.

Mentre, per quanto riguarda le responsabilità penali ascrivibili ai professionisti delegati alle operazioni di vendita forzata immobiliare, essendo quest'ultimi dei pubblici ufficiali, in primo luogo troverà applicazione nei loro riguardi la previsione dell'art. 357, 1 ° co., c.p. . Da ciò consegue la loro soggezione alla responsabilità penale derivante dalla commissione dei reati propri dei pubblici ufficiali (reati di falso, e più precisamente quella categoria incriminati dagli artt. 476 a 493 bis. c.p., e quelli previsti dagli artt. 323 e 326 c.p. per abuso d'ufficio e rivelazione di segreti d'ufficio).

Infine, sotto il profilo erariale, il professionista delegato potrà essere chiamato a rispondere del danno all'immagine arrecato all'amministrazione della giustizia, oltre che del pregiudizio patrimoniale in senso stretto.

Secondo il recente orientamento espresso dalla Cassazione S.U. nelle ord. N.11 del 4.1.2012 e ord. N. 30786 del 30.11.2011, che con riferimento alla figura del consulente tecnico del pubblico ministero (imputato ex art. 373 c.p.), hanno ravvisato un rapporto di servizio tra il professionista e l'amministrazione statale della giustizia, si va affermando la giurisdizione della Corte, ai sensi del r.d. n. 1214/1934 art. 52.

La S.C. ha difatti affermato "E' stato, infatti, chiarito che lo svolgimento di attività che, altrimenti, avrebbero dovuto essere compiute dalla stessa amministrazione basta a postulare l'esistenza di un rapporto di servizio che, per giurisprudenza ormai consolidata ricorre ogni qual volta un soggetto venga investito del compito di porre in essere una attività dell'amministrazione (senza che a tal fine rilevi la natura pubblica o privata del soggetto stesso e la fonte dell'investitura). E s'è anche

proclamato che interpretazioni restrittive delle disposizioni che fissano l'ambito della giurisdizione del giudice contabile appaiono meno giustificabili quanto più siano suscettibili di risolversi nella restrizione del numero degli obbligati a risarcire il danno in definitiva provocato all'intera comunità addirittura per scopi criminosi (ord. Cass. SS.UU. n. 23332 del 2009)".

Detti principi possono trovare applicazione anche al professionista delegato atteso che - come detto - nell'incarico di delega non è ravvisabile un mero rapporto accessorio, collaterale ed occasionale, bensì una autentica sostituzione nell'attività del giudice dell'esecuzione giuridicamente qualificabile in termini di "delega sostitutiva", in virtù della quale il delegato è tenuto al compimento di atti i quali, se la delega non fosse intervenuta, spetterebbero al giudice dell'esecuzione, con ciò consentendo un inquadramento anche "sistematico" della funzione svolta dal professionista in sede di espropriazione delegata.

Assume quindi particolare rilevanza tutta l'attività dispiegata all'interno della vendita forzata, di natura giurisdizionale, costituente una fattispecie processuale complessa finalizzata ad attuare l'espropriazione forzata ovvero a trasferire coattivamente la titolarità di un diritto reale immobiliare del debitore ad altri al fine di soddisfare le pretese creditorie.

Il professionista delegato assurge a sostituto del giudice dell'esecuzione avente gli stessi poteri processuali dello stesso ancorché nei limiti di legge o provvedimentali di cui all'atto-base presupposto legittimante e giustificativo e, pertanto, ad esempio, arreca un danno economico all'Amministrazione della Giustizia ove si appropri dolosamente delle somme frutto delle esecuzioni immobiliari che, sebbene formalmente appartenenti al debitore esecutato, sono vincolate alla procedura esecutiva e perciò stesso trattenute fino alla fase distributiva nella piena consapevolezza di avere in custodia denaro altrui, impedendo al G.E. di realizzare quelle finalità pubbliche connesse alla c.d. "monetizzazione" dei diritti dei soggetti coinvolti a vario titolo nella procedura esecutiva di vendita del bene.

Va evidenziato che la formazione innanzi a diversa giurisdizione di un giudicato sulla integrale liquidazione del danno conseguente ai medesimi fatti materiali potrebbe avere efficacia preclusiva dell'azione di responsabilità amministrativa (Corte conti, Sez. Veneto n.927/2006 e Lazio n. 24/2006), ma non costituirebbe questione di giurisdizione. (Cass. Ord. 20343/2005; Ord. 6581/2006, Ord. 27092/2009).

Annamaria Crescenzi