

■ Studi Esecuzioni Immobiliari

Studio n. 24-2008/E

Estinzione del processo esecutivo, aggiudicazione provvisoria ed offerta in aumento

(Approvato dalla Commissione Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate il 3 aprile 2009)

Sommario: 1. Premessa - 2. Natura, struttura e funzione del processo esecutivo di espropriazione forzata - 2.1 ...quanto al contraddittorio rispetto al debitore - 2.2 ...quanto all'interesse del debitore come criterio di esercizio del potere di direzione del procedimento da parte del G.E. - 3. La "vendita forzata" - 3.1 ...nel suo aspetto dinamico. Caratteristiche della fase di liquidazione dei beni pignorati e conseguente posizione giuridica dei terzi interessati - 3.2 ...nel suo aspetto statico. Individuazione dell'atto finale del procedimento di vendita cui ricollegare l'effetto traslativo in capo all'acquirente - 4. L'estinzione del processo esecutivo in generale e l'estinzione per rinuncia agli atti (ex art. 629, I e II comma, c.p.c.) in particolare - 4.1 Quale significato attribuire alle disposizioni dell'art. 629 e alle parole "aggiudicazione" e "vendita" ovvero se possa o meno estinguersi il processo durante l'iter procedimentale tra aggiudicazione e decreto - 4.2 Quali siano i creditori la cui rinuncia implica l'estinzione del processo in relazione al momento in cui la stessa è prestata - 4.3 Se sia applicabile, in quanto "possibile", il disposto dell'art. 306 c.p.c. sull'accettazione delle "parti costituite che abbiano interesse alla prosecuzione" e quali siano tali parti - 4.4 Se sia possibile ricostruire il sub-procedimento che va dall'aggiudicazione provvisoria alla vendita come una fase procedimentale idonea a sopravvivere e completarsi anche dopo la chiusura del processo esecutivo che la origina - 5. L'interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 632, II comma, c.p.c prima e dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 187 bis disp. att. c.p.c.- 6. La partecipazione del terzo al procedimento di vendita e la tutela della sua posizione - 6.1 ...prima delle recenti riforme - 6.2 ...dopo le recenti riforme - 7. Il rapporto tra aggiudicazione provvisoria e offerta in aumento prima e dopo la riforma del c.p.c. e l'entrata in vigore del nuovo art. 187 bis disp. att.- 7.1 ...nel "vecchio rito" - 7.2 ...nel "nuovo rito" - 8. Argomenti a favore della tesi della prosecuzione regolare dell'iter di aggiudicazione/vendita - 8.1 L'interesse del debitore al maggior realizzo possibile - 8.2 Il debitore come parte costituita di cui necessiti il consenso ex art. 306 - 8.3 L'interesse dei terzi partecipanti alla fase di vendita - 8.4 Il terzo come parte costituita di cui necessiti il consenso ex art. 306 - 8.5 La nozione di procedimento - 8.6 I canoni di imparzialità, trasparenza e ragionevolezza- 8.7 La tesi dell'inammissibilità dell'estinzione tra aggiudicazione e vendita ex art. 629 c.p.c. - 9. Precisazioni in caso di adesione alla tesi della prosecuzione del procedimento di vendita dopo la chiusura anticipata del processo - 10. Argomenti a favore della tesi dell'immediato consolidamento dell'aggiudicazione - 11. Un ulteriore argomento a favore della tesi della prosecuzione dell'iter di aggiudicazione: la coerenza delle soluzioni - 12. La soluzione al quesito proposto (nella vigenza del vecchio rito) - 13. Conclusioni.

1. Premessa

Il presente studio prende spunto da un quesito pervenuto all'ufficio studi del Consiglio Nazionale del Notariato del seguente tenore:

«In una esecuzione immobiliare vecchio rito, per la quale si è tenuto incanto con le forme di cui all'art. 576 e segg. c.p.c. si è proceduto all'aggiudicazione all'unico offerente.

Intervenuta un'offerta in aumento a norma dell'art. 584 c.p.c., nelle more della gara ex art. 573 c.p.c. che segue all'offerta, rinuncia agli atti l'unico creditore rimasto nella esecuzione immobiliare (avendo gli altri creditori già depositato rinuncia agli atti prima dell'incanto). Quid iuris in merito all'aggiudicazione provvisoria derivante dall'incanto?».

Si tratta del particolare caso di rinuncia agli atti del processo esecutivo di tutti i creditori (pignorante ed intervenuti) dopo l'aggiudicazione provvisoria e la presentazione di un'offerta in aumento di sesto ex art. 584 c.p.c. (in una vendita effettuata secondo il vecchio rito), caso emblematico di applicazione dell'art. 632, II comma, c.p.c., cui solo in parte soccorre l'interpretazione autentica fornita dal nuovo art. 187 *bis* disp. att. c.p.c. (norma non a caso entrata in vigore autonomamente e prima della nuova complessiva disciplina del processo civile).

Le norme chiamate in causa dal quesito sono:

- l'art. 629, I e II comma, c.p.c. sull'estinzione per rinuncia agli atti secondo cui: *«Il processo si estingue se, prima dell'aggiudicazione o dell'assegnazione, il creditore pignorante e quelli intervenuti muniti di titolo esecutivo rinunciano agli atti. Dopo la vendita il processo si estingue se rinunciano agli atti tutti i creditori concorrenti»;*
- l'articolo 632, II comma, c.p.c., sugli effetti dell'estinzione secondo cui, con formulazione che risale all'impianto del codice: *«Se l'estinzione del processo esecutivo si verifica prima dell'aggiudicazione o dell'assegnazione essa rende inefficaci gli atti compiuti, se avviene dopo l'aggiudicazione o l'assegnazione la somma ricavata è consegnata al debitore»;*
- il nuovo ⁽¹⁾ art. 187 *bis* disp. att. il quale, equiparando l'estinzione agli altri casi di chiusura anticipata del processo, ha espressamente stabilito che *"in ogni caso di estinzione o chiusura anticipata del processo esecutivo avvenuta dopo l'aggiudicazione, anche provvisoria, o l'assegnazione, restano fermi nei confronti degli aggiudicatari o assegnatari, in forza dell'articolo 632, secondo comma, del codice, gli effetti di tali atti. (omissis)"*.

Prima dell'introduzione dell'art. 187 *bis* disp. att. c.p.c., a fronte di una dottrina sostanzialmente critica, la consolidata opinione giurisprudenziale degli ultimi 40 anni è stata uniforme nel privilegiare la posizione del debitore rispetto a quella dell'aggiudicatario e dei

terzi offerenti in genere e l'art. 632 è stato (pressoché costantemente) interpretato come riferito all'aggiudicazione "definitiva" e non anche a quella "provvisoria", spostando in tal modo in avanti il termine temporale (nei limiti consentiti dalla lettera della legge) oltre il quale il debitore perdeva irrimediabilmente la possibilità di rientrare nella disponibilità del bene, nonostante un eventuale accordo raggiunto con i creditori ⁽²⁾.

In tale contesto si è ritenuto che:

- l'estinzione potesse essere dichiarata in qualsiasi momento,
- la chiusura anticipata del processo prima della definitività dell'aggiudicazione, cioè durante l'*iter* di individuazione del prezzo e del soggetto acquirente, travolgesse tutti gli atti della fase sub procedimentale, preordinata alla vendita, fino a quel momento compiuti, rimettendo il bene nella disponibilità dell'esecutato,
- solo l'estinzione verificatasi dopo l'aggiudicazione definitiva non ne travolgesse gli effetti, con la conseguente trasformazione del diritto dell'esecutato dal bene alla somma ricavata e la necessaria prosecuzione dell'*iter* di perfezionamento della vendita fino al decreto di trasferimento.

Oggi alla luce della nuova disposizione, che fa salvi espressamente gli effetti dell'aggiudicazione provvisoria, si pone una nuova questione interpretativa ovvero stabilire cosa accada in caso di estinzione durante l'*iter* non ancora completato di individuazione della "miglior offerta".

Si può ritenere che il procedimento prosegua nella sua fisiologia, fino all'aggiudicazione definitiva e poi al decreto di trasferimento, o che si interrompa immediatamente con l'estinzione, consolidando l'aggiudicazione provvisoria in definitiva.

L'indagine in proposito si presenta, fin da subito, piuttosto complessa in quanto coinvolge tutta una serie di questioni teoriche relative alla natura, alla struttura e alla funzione del processo esecutivo in generale, e della fase di "vendita forzata" in particolare, che sono state oggetto di contrastanti opinioni in dottrina e che, a tutt'oggi, non sempre paiono avere raggiunto una soluzione pacifica neppure in giurisprudenza, ovvero:

- quale sia il fine dell'azione esecutiva, in particolare se vi siano (e quali siano) interessi (diversi da quello del creditore alla soddisfazione del proprio credito) di cui l'ufficio esecutivo debba *ex officio* tenere conto nell'esercizio della funzione;
- quale sia la posizione processuale del debitore nel processo esecutivo in generale e nella fase di vendita in particolare;
- quale sia la posizione giuridica dei terzi che partecipano alla fase della vendita e se essa subisca modificazioni prima e dopo l'aggiudicazione;

- quale sia il ruolo dell'impulso di parte nelle varie fasi in cui si articola il processo esecutivo;
- se sia ammessa la rinuncia agli atti e la chiusura anticipata del processo esecutivo tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva;
- insomma, se sia configurabile una disciplina specifica del sub procedimento di "vendita forzata" (in virtù di una funzione e una struttura sue peculiari) distinta da quella generale che governa il processo esecutivo e se, pertanto, sia ammissibile la prosecuzione della prima nonostante si verifichino i presupposti normativi per la formale chiusura del secondo.

Se non è nuova, infatti, l'idea che il processo esecutivo sia suddiviso in sub-procedimenti, non è chiaro fino a che punto le peculiarità della singola fase possano riflettersi sulla disciplina del potere dispositivo delle parti, di quello officioso del giudice e sulla posizione dei terzi che eventualmente partecipino solo a quella specifica fase del procedimento.

La risposta da dare al caso proposto, che riguarda una fattispecie disciplinata dal vecchio rito, offre – così - l'occasione di:

a) segnalare sinteticamente le più rilevanti questioni di ordine teorico generale che possano condizionare la scelta della soluzione sistematicamente più coerente,

b) passare brevemente in rassegna le questioni relative all'interpretazione degli articoli 629 e 632 c.p.c. già affrontate da dottrina e giurisprudenza, vigente la vecchia disciplina, prima dell'entrata in vigore dell'articolo 187 *bis* disp. att. c.p.c.,

c) verificare se, e come, le stesse si atteggiino diversamente, oggi, alla luce non solo del nuovo art. 187 *bis* disp. att. c.p.c., ma del complessivo intervento di riforma del processo esecutivo di cui alle leggi nn. 80 e 263 del 2005 e n. 52 del 2006,

c) ipotizzare quali possano essere, vigente il vecchio rito e oggi alla luce della nuova disciplina della vendita, gli esiti della sopravvivenza di un'aggiudicazione provvisoria alla chiusura anticipata del processo, ovvero se, come già detto:

1) *l'iter di aggiudicazione debba ritenersi interrotto* (ferma la prosecuzione del procedimento per gli adempimenti di saldo prezzo e di emissione del decreto) e l'aggiudicazione, sebbene provvisoria, si consolidi immediatamente;

oppure

2) *l'iter di aggiudicazione prosegua regolarmente*, secondo la propria sequenza procedimentale, con il decorso dei 10 giorni in assenza di offerta in aumento o con la fissazione e la celebrazione della gara in caso di presentazione delle offerte in termini ⁽³⁾.

2. Natura, struttura e funzione del processo esecutivo di espropriazione forzata

A) Natura del processo di espropriazione forzata

L'attività di esecuzione forzata, all'interno della quale si colloca quella di espropriazione forzata, è pacificamente considerata il necessario completamento dell'attività cognitiva, laddove questa non soddisfi e/o non esaurisca la richiesta di tutela giurisdizionale di diritti ⁽⁴⁾.

L'accertamento giurisdizionale tipico della cognizione, infatti, non sempre assicura l'attuazione in concreto del diritto che si assume bisognevole di tutela, per questo l'ordinamento che voglia garantire l'effettività della tutela giurisdizionale deve parimenti garantire il conseguimento coattivo della prestazione dovuta o di una prestazione equivalente ⁽⁵⁾.

Superate alcune risalenti teorie secondo cui l'esecuzione forzata fosse da inquadrare in un'attività amministrativa o di giurisdizione volontaria (in quanto non contenziosa o in quanto perseguisse un generico interesse pubblico all'attuazione del diritto oggettivo) ⁽⁶⁾, l'esecuzione forzata, oggi, è pacificamente riconosciuta essere -nel nostro sistema- parte dell'attività giurisdizionale vera e propria ⁽⁷⁾, devoluta cioè alla magistratura ordinaria, nel rispetto dei principi costituzionali in materia.

B) Struttura del processo di espropriazione forzata

Il processo esecutivo è strutturato (come tutta l'attività giurisdizionale in genere) secondo il generale schema del procedimento ovvero attività che si snoda secondo una sequenza prestabilita di norme che prevedono una serie ordinata di condotte (facoltà, oneri, divieti) e di atti collegati e coordinati tra loro, insieme preordinati alla realizzazione dell'unico atto finale.

In particolare, ma l'argomento merita ulteriori approfondimenti, l'espropriazione forzata si snoda, secondo una consueta e tradizionale definizione, in più fasi o sub procedimenti ⁽⁸⁾, concatenati tra di loro, ciascuno preordinato all'emissione di un provvedimento finale che funge da presupposto per la fase/procedimento successivo.

Secondo questa ricostruzione strutturale del procedimento di espropriazione forzata le nullità degli atti del singolo "sub procedimento" si ripercuotono sull'atto finale della singola fase/procedimento e devono essere fatte valere mediante sua impugnazione.

In difetto di impugnazione tali invalidità risultano sanate e non sono idonee a ripercuotersi sulla serie procedimentale successiva ⁽⁹⁾.

C) Funzione del processo di espropriazione forzata

La funzione dell'esecuzione forzata in generale è, appunto, come già detto, quella di garantire il conseguimento coattivo di quanto dovuto o di una prestazione equivalente.

La funzione dell'espropriazione forzata in particolare (nelle sue diverse forme e nel suo complessivo snodarsi), è quella di soddisfare il diritto di credito insoddisfatto mediante la liquidazione di beni del debitore, giusta la funzione di garanzia delle ragioni creditorie che l'art. 2740 c.c. attribuisce al patrimonio del debitore ⁽¹⁰⁾.

Nel dettaglio, poi, come vedremo nel prosieguo, i singoli sub procedimenti in cui l'espropriazione si articola sono caratterizzati da specifiche funzioni ⁽¹¹⁾ e di questa loro specificità non può non tenere conto l'interprete.

2.1 ...quanto al contraddittorio rispetto al debitore

Il principio del contraddittorio, che caratterizza il processo rispetto alla più ampia categoria del procedimento e nel quale si attua il diritto di difesa costituzionalmente tutelato dall'art. 24 Cost., è uno degli irrinunciabili caratteri dell'attività giurisdizionale.

Oggi si può ritenere del tutto superata la risalente concezione di un'azione esecutiva unilaterale che escluda la possibilità di un contraddittorio e di un processo a più parti (ovvero con unica parte il creditore) ⁽¹²⁾.

Se il diritto al contraddittorio, consiste, come è stato bene chiarito ⁽¹³⁾, nella partecipazione dei destinatari dei singoli atti e di quello finale al procedimento stesso, questi destinatari devono, anche nel processo esecutivo, essere sempre *informati* e *messi in condizione di interloquire*, anche se non esercitino una vera e propria azione contraria a quella proposta nel processo stesso.

Del resto l'attuale più moderna concezione del debitore come parte di un procedimento giurisdizionale, nel rispetto del principio costituzionale del contraddittorio, trova ampio riscontro nella formulazione testuale del III Libro del c.p.c., dedicato all'esecuzione forzata:

- l'art. 485 nell'individuare le "parti" del processo fa puntuale riferimento al creditore pignorante, agli intervenuti e al debitore, qualificando generalmente "altri interessati" gli eventuali terzi;
- la disciplina positiva dell'espropriazione forzata individua una serie di casi in cui il "debitore" (esattamente indicato come "debitore" o in qualità di "parte") deve essere notiziato delle varie fasi del processo e posto in condizione di interloquire ⁽¹⁴⁾ e appresta anche alcuni strumenti di reazione ⁽¹⁵⁾ a sua disposizione proprio *nel corso del processo esecutivo*.

Le modalità applicative di questo contraddittorio, che viene solitamente definito "attenuato", sono diverse rispetto a quelle delineate nel giudizio di cognizione ⁽¹⁶⁾.

2.2 ...quanto all'interesse del debitore come criterio di esercizio del potere di direzione del procedimento da parte del G.E.

Il processo esecutivo deve, inoltre, sempre secondo la sua più moderna concezione (costantemente recepita anche in giurisprudenza), contemperare altri interessi rispetto a quello del creditore all'attuazione del suo diritto:

- l'interesse del debitore a non vedere ingiustamente depauperato il proprio patrimonio ⁽¹⁷⁾,

- il generale interesse pubblico al sollecito e leale svolgimento dell'attività giurisdizionale ⁽¹⁸⁾.

Il legislatore, forse in considerazione dell'esperienza (nella quale spesso il debitore esecutato non compare e non si costituisce, ma subisce passivamente gli atti esecutivi) o forse come retaggio proprio di una concezione unilaterale dell'azione esecutiva, a differenza che nel processo ordinario di cognizione, ha onerato il giudice dell'esecuzione di un esercizio ufficioso di poteri nell'interesse del debitore.

L'ufficio esecutivo deve, per espressa disposizione normativa, tenere presenti i diversi e contrapposti interessi in gioco, non solo genericamente nella direzione del procedimento ⁽¹⁹⁾, ma per espressa disposizione normativa in tutta una serie di casi in cui gli sono riconosciuti poteri (talora, configurati come veri e propri doveri), esercitabili d'ufficio, a tutela dell'interesse del debitore ⁽²⁰⁾.

Questo bilanciamento degli interessi in gioco cui è chiamato il G.E. (su istanza di parte o meno) costituisce, secondo alcuni ⁽²¹⁾, il momento giurisdizionale proprio dell'esecuzione forzata, lo *ius dicere* cui è chiamato l'ufficio esecutivo.

La valutazione della posizione e dei poteri processuali spettanti al debitore e il rilievo del suo interesse nell'ambito del processo esecutivo, a cui si è qui voluto accennare, non sono questioni di pura accademia, ma assumono rilevanza pratica laddove l'interprete debba ricostruire la disciplina della singola fattispecie dai principi generali in materia e, quindi, anche nel caso, che qui interessa, di chiusura anticipata del processo durante l'*iter* di perfezionamento della vendita tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva.

Come meglio illustrato avanti, oggi, a seguito dell'interpretazione autentica dell'art. 632, potrebbero, infatti, trovare nuovo spazio di applicazione:

- sia la tesi ⁽²²⁾ secondo cui nel processo esecutivo anche il debitore eserciti un'azione in parte coincidente o contraria a quella del creditore. La configurabilità di un tale diritto di azione legittimerebbe una nuova lettura dell'art. 629, ultimo comma, coordinato all'art. 306, primo comma, e renderebbe necessaria l'accettazione del debitore costituito anche in caso di estinzione per rinuncia agli atti dei creditori;
- sia la tesi ⁽²³⁾ secondo cui nel processo esecutivo, proprio perché manca l'esercizio di una vera e propria azione da parte del debitore, il giudice debba sempre tenere conto d'ufficio dei suoi interessi ad evitare quei pregiudizi al suo patrimonio che non siano giustificati dalla funzione di garanzia delle obbligazioni assunte che la legge gli attribuisce ex artt. 2740 e 2910 c.c.

Del resto, ma l'argomento verrà ripreso, l'interesse del debitore a non subire un eccessivo o inutile pregiudizio coincide anche con l'interesse pubblico al regolare utilizzo del processo e degli strumenti di coazione del credito ⁽²⁴⁾.

3. La "vendita forzata"

L'espressione "vendita" con riferimento all'espropriazione forzata è utilizzata tanto in dottrina che in giurisprudenza ed anche nelle singole disposizioni di legge, secondo accezioni differenti.

Talora si usa per identificare tutta la fase del procedimento che inizia con l'ordinanza di autorizzazione e si conclude con il decreto di trasferimento, cioè il fenomeno procedimentale (volto alla trasformazione del bene in denaro mediante alienazione del diritto pignorato), visto nel suo aspetto dinamico; talaltra, invece, si utilizza la parola "vendita" per individuare il singolo atto procedimentale idoneo a trasformare il diritto sui beni in diritto sul ricavato (dal punto di vista delle parti del processo) o idoneo a trasferire il diritto dal debitore all'aggiudicatario (dal punto di vista del terzo acquirente) ⁽²⁵⁾.

A seconda del punto di vista da cui ci si pone, assumono maggiore o minore rilievo le varie tesi che nell'ultimo secolo si sono succedute sulla natura e sulla disciplina della "vendita forzata".

3.1 ...nel suo aspetto dinamico. Caratteristiche della fase di liquidazione dei beni pignorati e conseguente posizione giuridica dei terzi interessati.

E' affermazione consolidata e quasi tralaticia quella secondo cui il processo esecutivo è strutturato in distinte fasi o sub procedimenti, preordinati ciascuno ad un preciso atto finale ⁽²⁶⁾:

- *la fase introduttiva*, di individuazione dei beni da aggredire ⁽²⁷⁾,
- *la fase liquidativa*, o "vendita forzata" in senso stretto, finalizzata alla trasformazione dei beni in denaro (a sua volta suddivisibile in fase di aggiudicazione e fase di trasferimento del bene) ⁽²⁸⁾,
- *la fase di distribuzione del ricavato*, di soddisfazione dei creditori mediante la consegna del denaro costituente la massa attiva.

Intesa nel suo aspetto dinamico, oggi, la vendita forzata è, dunque, spiegata come sub procedimento inserito nel processo di esecuzione.

La fase di liquidazione dei beni, pur centrale nella struttura del processo di espropriazione, resta una fase *eventuale*, potendo il processo esecutivo concludersi diversamente, mediante il versamento anticipato di una somma di denaro e la sua distribuzione.

Essa si apre all'udienza di autorizzazione alla vendita, con l'ordinanza che la dispone, e si chiude con il decreto di trasferimento ex art. 586 all'esito dell'*iter* di aggiudicazione e versamento del prezzo. Al suo interno il procedimento viene solitamente scomposto in una fase preparatoria (nella quale si attua la pubblicità); in una fase di aggiudicazione (che si conclude con l'individuazione della migliore offerta ovvero di un acquirente e di un prezzo) e nella fase di emissione del decreto di trasferimento (previo versamento del prezzo e verifica del G.E. ex art. 586) ⁽²⁹⁾.

La natura giurisdizionale (di diritto pubblico) e la struttura processuale - ormai unanimemente riconosciute - non sono di ostacolo per mutuare parte della disciplina del suo atto finale di trasferimento (provvedimento giudiziale) dalla vendita di diritto privato ⁽³⁰⁾.

Anche nell'applicazione giurisprudenziale la vendita forzata è, unanimemente, definita come un "trasferimento coattivo", attuato a mezzo di *un provvedimento giurisdizionale in esito ad una serie procedimentale di atti (tra cui l'offerta) che vengono normalmente degradati a meri presupposti del provvedimento finale* e sottratti alla disciplina dei vizi della volontà di natura privatistica, ma tale riferimento teorico non impedisce alla medesima giurisprudenza di mutuare dalla vendita di diritto privato la disciplina di alcuni aspetti della vendita forzata (in tema di frutti, in tema di ritardo nella consegna del bene, ecc.) ⁽³¹⁾.

L'adesione pressoché unanime a questa ricostruzione in senso processuale ha comportato importanti ripercussioni pratiche anche sulla definizione della posizione giuridica dei terzi partecipanti alla fase di aggiudicazione, cioè di individuazione del c.d. "miglior offerente".

Se, infatti, in una visione (attualmente rifiutata dall'opinione dominante) privatistico-contrattuale della vendita forzata avrebbero potuto ipotizzarsi posizioni di diritto soggettivo in capo ai terzi anche semplici offerenti secondo gli schemi del diritto sostanziale civile, aderendo alla tesi della vendita forzata come *sub procedimento (giurisdizionale in senso stretto), finalizzato esclusivamente alla liquidazione dei beni in funzione della soddisfazione dei creditori e nell'interesse del debitore al maggior ricavo possibile* ⁽³²⁾, ai terzi - sulla base dei principi e del sistema- durante tutto l'iter processuale della vendita non potrebbe che essere riconosciuta una tutela attenuata, strumentale al provvedimento conclusivo e alla finalità individuata ⁽³³⁾.

"I terzi interessati" si qualificerebbero, secondo tale prospettiva, come soggetti legittimati a compiere alcuni atti processuali e sarebbero titolari, nella migliore delle ipotesi, di un semplice diritto processuale alla regolarità del procedimento di vendita, strumentale alla funzione del processo esecutivo, cioè alla soddisfazione del credito inadempito (nel rispetto dell'interesse del debitore a non subire un inutile pregiudizio patrimoniale) e sempre destinato a cedere davanti a quello prevalente di creditore e debitore che trovassero un accordo prima del provvedimento conclusivo cui la fase è preordinata (salva un'espressa diversa previsione legislativa).

Sebbene non si possa escludere, oggi, anche alla luce della nuova disciplina della vendita forzata e degli orientamenti esplicitati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di principio di "affidamento", una diversa e nuova ricostruzione della fase della vendita forzata come parzialmente autonoma dal processo esecutivo che la origina e alla cui soddisfazione essa è strumentale, in questo stadio dell'approfondimento non può che prendersi atto dell'opinione giurisprudenziale consolidata e prevalente (fino ad oggi) secondo cui, in virtù di un'interpretazione sistematica e tradizionale del processo esecutivo:

- il sub procedimento di “vendita forzata” è considerato come una fase *non autonoma* del processo di espropriazione, finalizzato *esclusivamente* alla liquidazione dei beni in funzione della soddisfazione di entrambe le parti dell’azione esecutiva,
- i terzi interessati (offerenti e depositari di domanda all’incanto) non sono stati considerati titolari di un interesse giuridicamente protetto di per sé allo svolgimento della vendita o della gara o all’aggiudicazione;
- solo l’aggiudicatario (quello definitivo per la giurisprudenza ⁽³⁴⁾, anche quello provvisorio per parte della dottrina) è stato ritenuto titolare di un interesse destinato a prevalere, per espressa previsione normativa ex art. 632, su quello eventualmente diverso delle parti del rapporto esecutivo.

Fino ad oggi la gran parte della dottrina che si è preoccupata di dare una più ampia tutela al terzo si è limitata ad anticipare la protezione del suo interesse all’aggiudicazione provvisoria ex art. 632, ora attribuendo valore alla preclusione processuale in tale norma contenuta, ora riconoscendo in tale previsione conferma dell’efficacia negoziale del provvedimento giudiziale, mentre non ci risultano recenti tentativi di estendere ai terzi offerenti in genere (sia prima che dopo dell’aggiudicazione) la tutela delle vere e proprie parti processuali, portatrici di una “domanda giudiziale” e titolari di un diritto potestativo ad ottenere una certa modificazione della realtà giuridica ⁽³⁵⁾; ne’ il riconoscimento del generale interesse del mercato alla protezione dell’affidamento (ingenerato dal programma negoziale contenuto nell’avviso di vendita) ha portato all’affermazione di un bilanciamento degli interessi in gioco, nel senso di ammettere – quantomeno - il rimborso delle spese sostenute inutilmente dai terzi.

Lo sforzo concettuale più recente, fino alla riforma della vendita forzata, non è mai stato rivolto a tutelare i terzi genericamente interessati al bene in quanto titolari di un interesse diffuso all’acquisto o i terzi offerenti e intervenuti in giudizio, in quanto portatori di una domanda di acquisto nei confronti delle originarie parti del rapporto processuale, quanto quello di tutelare in modo pieno e diretto solo la posizione del terzo già dichiarato aggiudicatario, in quanto titolare di un c.d. *jus ad rem* o di un vero e proprio diritto sostanziale perfetto, e solo incidentalmente e di riflesso quello del terzo offerente in aumento (che, in virtù di una proposta irrevocabile idonea a superare la precedente, si colloca come potenziale acquirente definitivo del bene).

Al fine della soluzione dei problemi sollevati dal quesito proposto, non sembra indispensabile prendere posizione circa la natura e gli effetti del provvedimento di aggiudicazione, ovvero se gli stessi siano esclusivamente processuali o anche sostanziali, in quanto la tutela processuale del terzo aggiudicatario (provvisorio o definitivo) può sussistere anche se all’aggiudicazione non si intendano riconoscere gli effetti sostanziali della vendita.

Riteniamo, comunque opportuno, prima di esporre alcune considerazioni su come la tutela dei terzi sembri risultare ampliata nel sistema successivo alla riforma, ripercorrere brevemente le diverse tesi che si sono succedute in proposito, se non altro per avere una maggiore consapevolezza delle questioni tra loro connesse.

3.2 ...nel suo aspetto statico. Individuazione dell'atto finale del procedimento di vendita cui ricollegare l'effetto traslativo in capo all'acquirente.

Preliminarmente occorre precisare che la "vendita" (forzata), intesa nel suo aspetto statico di atto finale cui il procedimento di liquidazione dei beni è preordinato, è destinata a spiegare i suoi effetti sia dentro che fuori del processo.

Per dirla in maniera semplificata:

- dentro il processo indica la traslazione del diritto del debitore dal bene alla somma ricavata, il passaggio dalla fase liquidatoria alla fase distributiva con relativa modificazione della posizione dei creditori concorrenti ⁽³⁶⁾;
- fuori del processo, nel diritto sostanziale, implica il trasferimento del diritto pignorato dal debitore al terzo acquirente.

Il contrasto di opinioni, che si è sviluppato nel corso degli anni ha riguardato l'individuazione dell'atto cui ricondurre questi rilevanti effetti, con particolare riguardo a quello sostanziale di trasferimento del diritto.

In dottrina si sono confrontate essenzialmente le seguenti opinioni:

- chi ha ritenuto che l'effetto traslativo e gli effetti processuali della vendita si producessero già con l'*aggiudicazione* ⁽³⁷⁾ sia pure alla doppia condizione (risolutiva) del versamento del prezzo e dell'emissione del decreto ex art. 586 (vista l'introduzione di un potere discrezionale del G.E. di non pronunciare il decreto in difetto di congruità del prezzo);
- chi ha ritenuto che la fattispecie negoziale si perfezionasse e gli effetti processuali si producessero solo con *il versamento del prezzo* ⁽³⁸⁾ sia pure alla condizione (risolutiva) dell'emissione del decreto di trasferimento;
- chi ⁽³⁹⁾ (dottrina e giurisprudenza oggi prevalenti) ha ritenuto la fattispecie negoziale perfetta e l'effetto processuale (di traslazione del diritto del debitore dal bene alla somma ricavata) definitivo solo con *il decreto di trasferimento*, riconoscendo all'aggiudicazione (definitiva per alcuni, anche provvisoria per altri), alla stregua di quanto disposto dal combinato disposto degli artt. 629 e 632, l'effetto processuale di:
 - a) precludere al debitore il diritto di riottenere la disponibilità del bene (in caso di estinzione);
 - b) originare un non ben qualificato diritto al trasferimento del bene in capo all'acquirente ⁽⁴⁰⁾, definito ora come uno *ius ad rem* ora come diritto di aspettativa ora come diritto processuale all'emissione del decreto di trasferimento;

c) anticipare il passaggio dalla fase liquidativa a quella distributiva con conseguente modificazione della posizione dei creditori non muniti di titolo (nascita del diritto di tutti i creditori alla distribuzione).

Quanto a questa ultima opinione, oggi prevalente, le maggiori incertezze interpretative hanno riguardato l'individuazione dell'"aggiudicazione" cui fare riferimento per la produzione dei rilevanti effetti processuali che ad essa sono comunemente riconosciuti.

Secondo l'opinione della giurisprudenza (che è venuta consolidandosi sotto il vigore delle norme ante riforma del 2005/2006) gli effetti processuali dell'aggiudicazione di cui agli artt. 629 e 632 si ricollegavano solo all'aggiudicazione definitiva, ovvero al provvedimento finale della fase di individuazione del miglior offerente, secondo parte della dottrina, invece, tali effetti avrebbero dovuto fare capo all'aggiudicazione anche provvisoria.

In proposito, può essere utile, dopo una breve digressione in tema di estinzione nel processo esecutivo, ripercorrere l'evoluzione interpretativa degli artt. 632 e 629 c.p.c..

Ciò permetterà di:

- mettere a fuoco le argomentazioni sistematiche utilizzate per avallare l'interpretazione consolidatasi e ricostruire il più esattamente possibile quale fosse, nel sistema previgente, la tutela riconosciuta agli interessi dei terzi e la relazione tra sub procedimento di vendita e processo esecutivo,
- verificare l'attualità e la tenuta di tali argomentazioni dopo l'entrata in vigore dell'art. 187 *bis* disp. att. c.p.c. e la riscrittura del procedimento espropriativo, nel tentativo di valutare se la posizione dei terzi e la collocazione della vendita forzata nell'ambito del processo esecutivo possano ritenersi modificati rispetto al passato.

4. L'estinzione del processo esecutivo in generale e l'estinzione per rinuncia agli atti (ex art. 629, I e II comma, c.p.c.) in particolare

Per "estinzione" in diritto processuale si intende una modalità anomala di fine del processo, anticipata rispetto al provvedimento tipico conclusivo che caratterizza lo stadio o grado in cui esso si trova ⁽⁴¹⁾ (nel caso dell'espropriazione forzata *il soddisfacimento dei creditori mediante distribuzione del ricavato dalla vendita dei beni pignorati*).

Funzione dell'istituto (secondo la tradizionale bipartizione: estinzione per rinuncia ed estinzione per inattività ⁽⁴²⁾) è quella di evitare la prosecuzione dell'attività processuale quando tutte le parti, o per accordo esplicito (rinuncia e relativa accettazione) o per comportamento concludente (c.d. inattività) la ritengono inutile.

Tale meccanismo assicura anche l'interesse più generale e di ordine pubblico dello Stato a non tenere impegnati inutilmente i propri organi giurisdizionali.

L'istituto della rinuncia agli atti trova la sua ragione d'essere nel potere dispositivo della parte ⁽⁴³⁾: come con il promuovere il giudizio la parte attua in modo concreto il suo potere dispositivo del diritto, lo stesso si verifica con la rinuncia agli atti del giudizio ⁽⁴⁴⁾.

La disciplina dell'estinzione del processo esecutivo per rinuncia agli atti si compone di *alcune disposizioni assolutamente non controverse*, ovvero:

- le dichiarazioni sono fatte dalle parti o dai loro procuratori speciali;
- il giudice verificata la regolarità delle dichiarazioni dichiara l'estinzione del processo;
- i creditori la cui rinuncia è necessaria prima dell'aggiudicazione per determinare l'estinzione del procedimento sono tutti quelli muniti di titolo esecutivo (anche se tardivi) ⁽⁴⁵⁾;
- il rinunciante deve rimborsare le spese alle altre parti, salvo diverso accordo tra loro e la liquidazione delle spese è fatta dal G.E. con ordinanza non impugnabile ⁽⁴⁶⁾;
- e di *altre, numerose questioni, già controverse*, sulle quali la nuova disciplina è venuta ad incidere, spesso modificandone i termini di discussione, tra le quali, per quel che qui interessa:
 - a) quale significato attribuire alle disposizioni dell'art. 629 e alle parole "aggiudicazione" e "vendita", ovvero se possa o meno estinguersi il processo esecutivo durante la fase della vendita tra aggiudicazione e decreto;
 - b) quali siano i creditori la cui rinuncia implica l'estinzione del processo in relazione al momento in cui la stessa è prestata;
 - c) se sia applicabile al processo esecutivo, in quanto "possibile", il disposto dell'art. 306 c.p.c. sull'accettazione delle "parti costituite che abbiano interesse alla prosecuzione" e quali siano tali parti.

In caso di risposta affermativa al quesito *sub a)*:

- d) se sia possibile ricostruire il sub procedimento che va dall'aggiudicazione provvisoria alla vendita come una fase procedimentale autonoma, idonea a sopravvivere al processo esecutivo che la origina, in quanto caratterizzata da una struttura e funzione proprie rispetto al processo stesso.

4.1 Quale significato attribuire alle disposizioni dell'art. 629 e alle parole "aggiudicazione" e "vendita" ovvero se possa o meno estinguersi il processo durante l'iter procedimentale tra aggiudicazione e decreto

Si tratta di una vecchia questione che ormai la giurisprudenza dava per risolta, ma che, a seguito dell'interpretazione autentica dell'art. 632, si ripresenta come particolarmente interessante.

Prima tesi interpretativa

Secondo una prima interpretazione, non contestata in giurisprudenza e dottrina ⁽⁴⁷⁾, le due espressioni, "aggiudicazione" da una parte e "vendita" dall'altra (di cui rispettivamente al primo e al secondo comma dell'art. 629 c.p.c.), indicano un'unica fattispecie giuridica - processuale (colta nell'aspetto statico del provvedimento finale con la prima e nell'aspetto dinamico procedimentale con la seconda) idonea a discriminare la disciplina della rinuncia effettuata prima da quella effettuata dopo di essa.

L'aggiudicazione/vendita di cui alla norma finisce al contempo per individuare anche l'atto dell'*iter* procedimentale idoneo a trasformare il diritto degli intervenuti privi di titolo da un mero diritto alla regolarità del procedimento che si svolge su impulso di altri ad un vero e proprio diritto alla distribuzione del ricavato in concorso con gli altri, secondo il tradizionale insegnamento che vede nell'atto-provvedimento di vendita forzata la realizzazione dello scopo della fase liquidatoria e l'apertura della fase distributiva.

Seconda tesi interpretativa

La seconda tesi interpretativa è quella secondo cui l'aggiudicazione di cui al primo comma segna l'inizio di una fase destinata a concludersi con la vendita (il decreto di trasferimento) di cui al secondo comma.

I due termini utilizzati indicherebbero, allora, due momenti processuali perfettamente individuati e consapevolmente distinti e una zona grigia tra di essi *durante la quale non sarebbe ammissibile la rinuncia agli atti del processo esecutivo* (o non sarebbe possibile la dichiarazione di estinzione).

Quasi che l'*iter* di vendita, una volta avviato, abbia sue regole proprie che lo rendono parzialmente insensibile alle vicende del rapporto processuale esecutivo che gli ha dato origine.

Tale interpretazione, oltre che aderente al dato letterale, si presenta come coerente al sistema, in quanto estremamente rispettosa:

- della posizione dell'aggiudicatario provvisorio (oggi espressamente sancita);
- della posizione di tutti i soggetti coinvolti nella fase di vendita, cioè i terzi offerenti o interessati all'acquisto che intendano offrire nei 10 giorni;
- dell'interesse di ordine pubblico alla trasparenza ed affidabilità delle procedure di vendita giudiziali che sembra emergere (oggi più che ieri) dalla nuova disciplina della vendita forzata.

Si tratta di una interpretazione molto interessante, anche se risalente ⁽⁴⁸⁾, che nel nuovo contesto normativo potrebbe assumere rinnovato vigore.

Infatti, l'abbandono di tale interpretazione da parte della Suprema Corte è stato contestuale e sincronico all'interpretazione dell'art. 632 ⁽⁴⁹⁾ secondo cui solo l'aggiudicazione definitiva potesse impedire il recupero del bene da parte del debitore.

Oggi che tale momento deve essere considerato anticipato all'aggiudicazione provvisoria, la disposizione potrebbe assumere il pregnante significato di evitare la chiusura del processo

durante lo snodarsi di quel segmento procedurale che va dall'aggiudicazione (provvisoria) alla vendita.

4.2 Quali siano i creditori la cui rinuncia implica l'estinzione del processo in relazione al momento in cui la stessa è prestata

Secondo l'espressione testualmente usata dalla norma, il processo si estingue se:

- *prima dell'aggiudicazione* o assegnazione, il "creditore pignorante" e "quelli intervenuti muniti di titolo esecutivo" rinunciano agli atti,
- *dopo la vendita*, se rinunciano agli atti "tutti i creditori concorrenti" .

L'art. 629 c.p.c., innanzitutto, ha il precipuo scopo di individuare i soggetti la cui rinuncia è necessaria per dichiarare l'estinzione del processo esecutivo ⁽⁵⁰⁾, ma il coordinamento tra il primo e il secondo comma presenta fin da subito alcuni profili problematici.

Se, infatti, le due parole "aggiudicazione" e "vendita" individuano un unico momento temporale, cioè sono usate come espressioni equivalenti, oggi alla luce della nuova interpretazione, data all'art. 632 dall'art. 187 *bis* disp att., occorrerà ritenere che tale momento temporale si identifica con l'aggiudicazione provvisoria:

- *prima dell'aggiudicazione provvisoria*, devono rinunciare i creditori muniti di titolo ⁽⁵¹⁾ (perché sia dichiarata l'estinzione),
- *dopo l'aggiudicazione provvisoria* devono rinunciare tutti i creditori concorrenti.

La nuova disposizione obbliga l'interprete a ritenere che sia l'aggiudicazione provvisoria il momento in cui il diritto di partecipazione dei creditori non muniti di titolo diventi "diritto alla distribuzione", in quanto essa segna il momento di possibile non ritorno del bene nella disponibilità del debitore e la preclusione alle parti di disporre del processo ponendo nel nulla l'aggiudicazione stessa.

Salvo l'ipotesi patologica di decadenza dall'aggiudicazione, il bene è ormai destinato ad essere trasferito a terzi, previo versamento di un prezzo e della cancellazione delle formalità gravanti ex art. 586, nel rispetto del programma di vendita cui il terzo ha inteso aderire.

Perciò sarebbe un'evidente abnormità ritenere che -ad aggiudicazione provvisoria avvenuta (quindi idonea a sopravvivere all'estinzione)- per procedere alla dichiarazione di estinzione del processo esecutivo non occorresse la rinuncia, ad esempio, di un creditore ipotecario (la cui causa di prelazione sarà comunque soggetta a cancellazione) perché privo di titolo esecutivo ⁽⁵²⁾.

4.3 Se sia applicabile, in quanto "possibile", il disposto dell'art. 306 c.p.c. sull'accettazione delle "parti costituite che abbiano interesse alla prosecuzione" e quali siano tali parti

Secondo l'insegnamento tradizionale (e tutt'ora prevalente) ⁽⁵³⁾ il debitore esecutato (per quanto ne siano pacificamente ammessi la qualifica di "parte" processuale, il diritto al contraddittorio e la rilevanza dell'interesse), si troverebbe, per definizione, in una posizione

giuridica di pura soggezione e la rinuncia all'azione esecutiva non necessiterebbe, pertanto – mai - di accettazione ⁽⁵⁴⁾.

In giurisprudenza, è, però, riconosciuto al debitore costituito, in caso di rinuncia all'azione esecutiva, il diritto al rimborso delle spese.

Come già accennato, secondo alcuni moderni insegnamenti ⁽⁵⁵⁾, invece, anche il debitore potrebbe esercitare la stessa azione esecutiva del creditore (perché anch'egli ha interesse all'attuazione e soddisfazione del suo debito) o un'azione ad esso contraria.

Aderendo a tali tesi dottrinarie potrebbe ipotizzarsi la necessità dell'accettazione da parte del debitore costituito della rinuncia dei creditori ex art. 629 nel processo esecutivo.

E' bene rilevare fin da subito, però, che tale tesi non troverebbe frequente applicazione, a meno di non voler riconoscere una certa autonomia al procedimento di vendita rispetto al processo espropriativo. È, infatti, normale un interesse del debitore a chiudere quanto prima il processo esecutivo per evitare interventi tardivi di altri creditori.

Quanto ai terzi (offerenti o meri interessati all'acquisto), secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza, consolidatosi nel vigore della precedente disciplina della vendita forzata, fino alla conclusione dell'iter di aggiudicazione, essi non sono stati riconosciuti titolari di una tutela autonoma, ma la loro qualità di parte è sempre stata vista come strumentale alla realizzazione esclusiva della finalità dell'azione esecutiva (cioè la soddisfazione del credito inadempito) e i loro interessi come destinati sempre a cedere di fronte a quello eventualmente contrario dei soggetti originari del rapporto processuale.

Sebbene in alcune pronunce i terzi offerenti siano stati qualificati "parti processuali" (con precise regole di costituzione e rappresentanza processuale), non risulta essere mai stata ipotizzata la necessità di una loro accettazione alla rinuncia, né un loro diritto al rimborso delle spese sostenute ex art. 306, ultimo comma (e per lungo tempo neppure un loro diritto alla prosecuzione delle operazioni di vendita in caso di difetto di comparizione all'udienza di vendita di almeno una parte dotata munita di titolo).

La nuova disciplina della vendita forzata, però, potrebbe suggerire una diversa lettura della posizione processuale dei terzi, durante il progredire della fase di vendita, distinguendo in particolare tra prima e dopo il deposito di un'offerta e tra prima e dopo l'aggiudicazione provvisoria ⁽⁵⁶⁾.

Vi sono norme, oggi, che tutelano -maggiormente di ieri- l'interesse dei terzi al regolare svolgimento del programma negoziale annunciato nell'avviso di vendita (artt. 624 *bis*, 631 e 161 disp. att. c.p.c.). Tali disposizioni potrebbero sollecitare una nuova riflessione sulla tutela della posizione del terzo, legittimando ad esempio l'idea di un diritto degli "offerenti" al rimborso delle spese sostenute ⁽⁵⁷⁾, in caso di rinuncia agli atti prima dell'aggiudicazione; se non, addirittura, la necessità di una loro accettazione dopo di essa.

D'altronde è evidente che, nel caso di rinuncia all'azione esecutiva dopo l'aggiudicazione provvisoria, non esiste più un problema di contrapposizione e bilanciamento tra l'interesse del terzo e quello delle originarie parti del processo, ma solo, tra interesse del terzo e interesse

dell'aggiudicatario provvisorio, il ch      ulteriore motivo per ipotizzare una pi  intensiva tutela della loro posizione processuale.

4.4 Se sia possibile ricostruire il sub procedimento che va dall'aggiudicazione provvisoria alla vendita come una fase procedimentale idonea a sopravvivere e completarsi anche dopo la chiusura del processo esecutivo che la origina

La dottrina ha da sempre avvertito la differenza tra la fase di "vendita forzata" in senso stretto e le altre fasi del procedimento esecutivo, in quanto la vendita pu  coinvolgere terzi estranei al processo ⁽⁵⁸⁾. Non a caso il legislatore del 1942 ha stabilito una preclusione processuale al potere delle parti di disporre del processo travolgendone gli atti: l'art. 632.

In virt  di questa esplicita preclusione processuale (secondo alcuni, conferma della natura negoziale dell'aggiudicazione stessa), ricostruita per anni - e non a caso - come ricollegabile all'aggiudicazione definitiva, ha prosperato in giurisprudenza una ricostruzione in se' coerente del procedimento di vendita:

- procedimento strumentale all'attuazione dell'interesse esclusivo del creditore e del debitore, nel quale l'interesse dei terzi non ha rilievo se non come posizione strumentale alle finalit  perseguite dall'azione esecutiva, destinata a cedere davanti al concomitante interesse delle parti ⁽⁵⁹⁾ a chiudere il processo senza conseguenze sostanziali, fino all'*aggiudicazione (definitiva)* e nel quale, solo dopo l'aggiudicazione definitiva, l'interesse del terzo diviene prevalente rispetto a quello delle parti (perch  qualificabile come aspettativa o diritto condizionato o *ius ad rem* ⁽⁶⁰⁾);
- procedimento che si pu  suddividere ulteriormente al suo interno in una fase che va dall'ordinanza di vendita all'aggiudicazione definitiva (provvedimento di individuazione del destinatario finale dell'atto) e in una fase - diciamo attuativa o di *perfezionamento* dell'efficacia dell'atto di aggiudicazione - che va dall'aggiudicazione definitiva al decreto di trasferimento;
- nel caso di chiusura dopo l'aggiudicazione definitiva nessuno ha mai dubitato che, pur in presenza delle circostanze per la dichiarazione di estinzione, lo stesso proseguisse per gli adempimenti processuali necessari per l'emissione del provvedimento finale ⁽⁶¹⁾, la norma di tutela della posizione processuale dell'aggiudicatario ha comportato nella prassi la prosecuzione del procedimento.

Tale interpretazione si presenta rispettosa anche dei principi generali in tema di procedimento e di rapporti tra atti preliminari e provvedimento finale, in quanto l'atto di consumazione del potere delle parti di disporre del processo viene fatto coincidere con l'atto di chiusura di una fase procedimentale, quella di *individuazione del miglior offerente*.

L'interprete potrebbe – oggi, alla luce del nuovo art. 187 *bis* disp. att. - continuare a ragionare utilizzando gli stessi strumenti logici e il medesimo apparato argomentativo con la differenza, assai rilevante, che il momento in cui il procedimento di vendita è sottratto alla disponibilità delle parti deve considerarsi anticipato *all'aggiudicazione provvisoria*.

La nuova ricostruzione coerente con la lettera della legge, con l'interpretazione tradizionale del rapporto tra terzi e parti in senso stretto e tra sub procedimento di vendita e processo esecutivo, nonché con la teoria generale del procedimento e della relazione che in esso si stabilisce tra atti preliminari e atto finale dovrebbe, pertanto, essere la seguente:

- il procedimento di vendita è finalizzato all'attuazione dell'interesse esclusivo del creditore e del debitore e l'interesse dei terzi interessati all'acquisto è solo strumentale alla realizzazione di detta finalità, fintantoché alle parti sia possibile disporre del processo ponendo nel nulla tutti gli atti esecutivi, cioè *fino all'aggiudicazione provvisoria*;
- dopo l'aggiudicazione provvisoria, in caso di rinuncia all'azione, l'interesse dei terzi (offerenti o semplici interessati al bene), non essendo più contrapposto a quello delle parti, ne' strumentale all'attuazione dei crediti, acquista un diverso rilievo nel rapporto con quello dell'aggiudicatario provvisorio;
- in presenza delle circostanze per la dichiarazione di estinzione o chiusura anticipata del processo, *dopo l'aggiudicazione provvisoria*, l'*iter* di individuazione del destinatario finale del provvedimento, cioè del *migliore offerente*, prosegue nel rispetto del programma negoziale e delle condizioni di vendita, della posizione dei terzi e di quel principio generale per cui l'atto preliminare (salvo eccezioni) ha un'efficacia solo interna al procedimento cui appartiene, che deve proseguire nel suo *iter* fino al provvedimento finale cui la sequenza è preordinata.

5. L'interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 632, II comma, c.p.c prima e dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 187 *bis* disp. att. c.p.c.

La disposizione espressa di cui all'art. 632, si presta ad una duplice lettura: da un punto di vista esclusivamente processuale, la norma fa salvi gli effetti procedurali di un atto intermedio nella sequenza in cui esso è inserito, implicando la regolare prosecuzione dell'*iter* cui appartiene fino al provvedimento finale; da un punto di vista sostanziale, può (anche) essere letto come la conferma degli effetti negoziali dell'aggiudicazione, destinati per loro natura a sopravvivere alla fine del processo.

Ma il dibattito di taglio pratico sull'interpretazione della norma si è appuntato, negli ultimi 40 anni anteriori alla riforma del 2005/2006, più che sulla natura degli effetti (meramente processuali o già sostanziali) sul significato della parola.

Prima dell'introduzione del nuovo art. 187 *bis* disp. att. c.p.c., infatti, a fronte di una risalente giurisprudenza che, pure, aveva riconosciuto una posizione giuridica degna di tutela in capo all'aggiudicatario provvisorio e all'offerente in aumento ⁽⁶²⁾ e ad una copiosa dottrina, che si è battuta per riconoscere ad entrambi una tutela anticipata ⁽⁶³⁾, la giurisprudenza maggioritaria ⁽⁶⁴⁾ si è schierata per la netta distinzione ⁽⁶⁵⁾ tra:

- aggiudicazione provvisoria (superata o meno da un'offerta in aumento di sesto in pendenza del termine di 10 giorni di cui all'art. 584)
e
- aggiudicazione definitiva, per stabilire che l'estinzione del processo comportasse sempre l'inefficacia della prima travolgendo tutti gli atti processuali compiuti, mentre tenesse fermi gli effetti della seconda.

L'argomentazione di tale interpretazione si è basata su:

- l'individuazione di un *iter procedimentale* (di "aggiudicazione/vendita") al termine del quale (ma non prima) sorge lo *ius ad rem* del terzo a conseguire la proprietà del bene posto in vendita ⁽⁶⁶⁾;
- la convinzione che "l'aggiudicazione provvisoria è idonea a essere "posta nel nulla" dall'offerta in aumento di sesto "effettuata a norma dell'art. 584", e che "neppure la posizione dell'offerente di sesto è definitiva, in quanto la sua offerta si deve confrontare con quella di altri eguali offerenti e/o con quella dell'aggiudicatario provvisorio" e non attribuisce all'offerente alcun diritto al trasferimento del bene prima della gara e del provvedimento di aggiudicazione definitiva emesso in esito alla gara ⁽⁶⁷⁾;
- la considerazione che l'aggiudicazione provvisoria non possa configurare alcuna posizione di diritto meritevole di tutela in capo all'aspirante acquirente, in quanto "il processo esecutivo è iniziato, proseguito e portato a termine nell'esclusivo interesse soltanto di due gruppi di soggetti da un lato, il creditore procedente ed i creditori intervenuti (perché i loro crediti debbono essere soddisfatti anche quando manca l'adempimento spontaneo: art. 2910 c.c.) e, dall'altro lato, i debitori, il patrimonio dei quali funge da garanzia delle ragioni dei creditori e nei limiti di queste (art. 2740 c.c., artt. 496 e 510, ultimo comma, c.p.c.). In questi limiti, quelle dell'aggiudicatario provvisorio (finché rimane tale) e dell'offerente in aumento di sesto sono posizioni strumentali soltanto rispetto al fine che dalla vendita forzata si tragga il valore più alto possibile nell'interesse dei soggetti propri del processo esecutivo innanzi indicati..... Infatti, una volta che siano stati soddisfatti tutti i creditori, cessa l'interesse di costoro a coltivare ulteriormente il processo esecutivo e gli

altri soggetti estranei al conseguimento di questa finalità non rivestono alcuna posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento" (68);

Al di là degli argomenti giuridici di volta in volta adottati per sostenere le proprie decisioni (che l'aggiudicazione provvisoria sia per definizione priva di stabilità, che le uniche posizioni tutelate nel procedimento esecutivo sono quelle dei creditori e di parte esecutata, che la vendita si perfezioni solo con il decreto di trasferimento (69)), che si risolvono di fatto in mere petizioni di principio, l'impressione complessiva è che la giurisprudenza abbia inteso tutelare nella maniera più ampia possibile la posizione del debitore esecutato, consentendogli di recuperare il proprio bene nel maggior numero di ipotesi (70), durante tutto l'iter di individuazione del destinatario del provvedimento finale, fino al limite difficilmente superabile (per l'espressa testuale previsione normativa di cui all'art. 632) dell'aggiudicazione c.d. "definitiva".

La dottrina, dal canto suo, non ha mai smesso di invocare una tutela maggiore per l'aggiudicatario provvisorio, sulla base anche dell'interpretazione testuale dell'art.632 che, in effetti, non distingue tra aggiudicazione "provvisoria" e "definitiva" (71).

Il 29 maggio 2005, in anticipo rispetto alle altre norme di riforma della disciplina del processo, è entrato in vigore l'art. 187 *bis* delle disp. att. (72), norma di interpretazione autentica dell'art. 632 (73).

Il nuovo art. 187 *bis* disp. att. ha espressamente stabilito che *"in ogni caso di estinzione o chiusura anticipata del processo esecutivo avvenuta dopo l'aggiudicazione, anche provvisoria, o l'assegnazione, restano fermi nei confronti degli aggiudicatari o degli assegnatari, in forza dell'articolo 632, secondo comma, del codice, gli effetti di tali atti..."*

A nostro avviso la norma non ha inteso interferire sulla questione interpretativa (di cui sopra 5.1) circa l'ammissibilità o meno dell'estinzione per rinuncia agli atti dopo l'aggiudicazione, ne' ha inteso dare alcun contributo alla diatriba sull'individuazione del momento di perfezionamento della fattispecie negoziale della vendita (74), ma ha semplicemente voluto con forza rimarcare e chiarire la portata dell'art. 632, stabilendo che l'atto ivi individuato, idoneo a precludere al debitore di tornare nella disponibilità del bene e fonte del diritto processuale del terzo a procedere nell'iter di perfezionamento della vendita, è l'"aggiudicazione, anche provvisoria".

Gli effetti dell'aggiudicazione che l'art. 632 intende far salvi, anche nella lettura propostane oggi dal nuovo art. 187 *bis*, secondo noi, sono gli "effetti processuali" dell' "atto processuale" di aggiudicazione.

Nella sequenza degli atti preordinata alla trasformazione dei beni pignorati in denaro mediante il trasferimento della proprietà dietro corresponsione del prezzo da parte del miglior offerente, l'aggiudicazione, anche provvisoria, segnerebbe, così, l'ultimo momento utile per le parti per trovare un accordo per far rientrare il bene nella disponibilità del debitore, ultimo momento oltre il quale nascerebbe in capo all'aggiudicatario il diritto processuale a proseguire

nell'*iter* della vendita, destinato a prevalere su quello delle parti a sospendere, estinguere o chiudere il processo.

Come la dottrina del procedimento insegna, l'atto processuale è presupposto indefettibile dell'atto successivo cui si collega e coordina in vista dell'unico atto finale cui tutta la sequenza degli atti del procedimento è preordinata.

Ora, la consolidata opinione, secondo cui l'art. 632 si riferisse solo all'aggiudicazione definitiva, risolveva in radice il problema che oggi si presenta tanto nella vendita di cui al vecchio rito, che - con altra angolazione - in quella secondo il nuovo rito, di un possibile procedimento di vendita in assenza della parte propulsiva del processo esecutivo.

Fino a ieri delle due l'una: o l'estinzione del processo si verificava prima dell'aggiudicazione "definitiva" e travolgeva tutti gli atti compiuti (lasciando sforniti i terzi di qualsivoglia tutela) o si verificava dopo l'aggiudicazione "definitiva" e, nonostante l'estinzione (vicenda che riguardava le parti del processo esecutivo), il procedimento di vendita proseguiva dall'aggiudicazione al decreto.

Oggi, la nuova norma di interpretazione autentica può aprire, invece, scenari parzialmente diversi nel sistema di aggiudicazione/vendita e con particolari distinzioni prima e dopo la riforma.

Prima di verificare le due soluzioni possibili e gli argomenti che le supportano, ci pare utile dar conto, sinteticamente, anche della ricostruzione, consolidata negli anni, che la giurisprudenza ha fornito della partecipazione dei "terzi interessati" alla vendita forzata, e valutare se la nuova disciplina dell'ultima riforma abbia sensibilmente inciso sulla cornice generale tracciata dalla giurisprudenza in materia o si sia limitata a regolamentare singole modalità applicative delle operazioni di vendita.

6. La partecipazione del terzo al procedimento di vendita e la tutela della sua posizione

6.1 ...prima delle recenti riforme

La partecipazione del terzo offerente è stata inquadrata, in dottrina, nel susseguirsi delle varie concezioni ⁽⁷⁵⁾, come:

- *offerta negoziale* di acquisto di diritto privato destinata a convergere in un atto negoziale di vendita forzata ⁽⁷⁶⁾;
- *atto negoziale* con sue caratteristiche di diritto privato, indipendente ed autonomo, ma anche *presupposto processuale* del provvedimento giurisdizionale di natura processuale pubblica ⁽⁷⁷⁾;

- *atto processuale* di diritto pubblico ⁽⁷⁸⁾, mero presupposto dell'atto finale del procedimento di vendita, privo di una sua autonomia e rilievo esterno;
- *domanda giudiziale* di partecipazione ad una fase processuale ⁽⁷⁹⁾.

Secondo il consolidato più recente orientamento giurisprudenziale, l'offerta del terzo nella vendita forzata è atto processuale destinato ad inserirsi nella serie procedimentale correlativamente al sorgere di situazioni di potere, obbligo o di onere nel giudice e nelle parti ⁽⁸⁰⁾.

La giurisprudenza che si è occupata in passato, ovvero nella vigenza del precedente impianto normativo, della posizione dei terzi interessati alla vendita si è dedicata quasi esclusivamente all'analisi della posizione *dell'aggiudicatario provvisorio o definitivo* e, incidentalmente, di quella del *terzo offerente in aumento*, mentre sembra avere quasi ignorato la posizione dei meri interessati all'acquisto, prima o dopo la presentazione di un'offerta.

Dalla lettura delle sentenze della Suprema Corte emerge così essere stata:

a) del tutto priva di tutela la posizione:

- dei meri interessati all'acquisto che non avessero ancora depositato un'offerta,
- degli *offerenti* nella vendita senza incanto (in quanto nell'impianto originario del codice si trattava di una *provocatio ad offerendum* e il G.E. aveva il potere discrezionale di optare sempre per l'incanto),
- di coloro che avessero proposto una domanda di partecipazione nella vendita con incanto (che potevano sempre rinunciare a partecipare al rilancio);

b) pienamente tutelata dalla previsione dell'art. 632 la posizione *dell'aggiudicatario definitivo*, riconosciuto titolare di un vero e proprio diritto al trasferimento del bene destinato a prevalere su quello degli altri protagonisti del processo ⁽⁸¹⁾;

c) tutelati solo in via strumentale e subordinata rispetto all'interesse delle parti originarie del processo *l'aggiudicatario provvisorio e l'offerente in aumento* (che ha proposto offerta irrevocabile d'acquisto). Questi, sebbene a volte siano qualificati "parti" processuali della fase di vendita e legittimati all'opposizione agli atti esecutivi della fase stessa ⁽⁸²⁾, non sono, però, stati riconosciuti in giurisprudenza titolari di un vero e proprio diritto soggettivo all'acquisto che potesse prevalere sul diverso interesse delle parti del processo (creditori e debitore) a chiudere il processo esecutivo. L'aggiudicatario provvisorio e l'offerente in aumento sono stati disegnati come titolari di un mero diritto processuale alla regolarità del procedimento, sempre strumentale a quello dell'azione esecutiva (di soddisfazione del credito) e subordinato a quello del debitore (ad evitare l'alienazione del bene).

Tale risultato è stato realizzato ritenendo:

- a) sempre consentita ed idonea a travolgere tutti gli atti esecutivi compiuti (aggiudicazione provvisoria compresa), *l'estinzione verificatasi in qualsiasi momento prima dell'aggiudicazione definitiva*;
- b) sempre proponibile *fino all'udienza di vendita* (in alcuni casi anche dopo l'aggiudicazione provvisoria ⁽⁸³⁾) *l'istanza di conversione del pignoramento* ⁽⁸⁴⁾;
- c) sempre ammessa e accoglibile, anche *all'udienza di vendita* e in presenza di offerenti, *la sospensione o il rinvio* della vendita su accordo delle parti del rapporto esecutivo (debitore e creditore);
e, fino all'ultimo *revirement* giurisprudenziale del 2004 ⁽⁸⁵⁾,
- d) applicabile anche all'udienza di vendita l'art. 631 con conseguente *necessario rinvio della stessa*, in difetto di comparizione e impulso da parte del creditore procedente o di altro creditore munito di titolo ⁽⁸⁶⁾.

In pratica, la qualifica di "parte" del sub procedimento di vendita ⁽⁸⁷⁾ è stata utilizzata sempre, in giurisprudenza, sotto il profilo della regolarità della costituzione in giudizio, per giustificare la necessità di una partecipazione del terzo, personale o a mezzo di procuratore legale munito di mandato (e solo eccezionalmente a mezzo di procuratore speciale ex art. 579 ⁽⁸⁸⁾), ma da tale solenne affermazione non risulta siano state tratte le naturali conseguenze in materia di rispetto del diritto al contraddittorio, necessaria accettazione della rinuncia agli atti durante la fase della vendita e/o rimborso delle spese di costituzione a loro favore in caso di conseguente estinzione.

6.2 ...dopo le recenti riforme

La nuova disciplina ha modificato alcune norme che, nel loro insieme, sembrano aver delineato un nuovo quadro di riferimento:

1) *il nuovo art. 495 c.p.c.* ha anticipato l'ultimo momento utile per la proposizione dell'istanza di conversione del pignoramento all'ordinanza di autorizzazione alla vendita, cioè prima che venga effettuata la pubblicità della vendita al pubblico e che in esso si crei un "affidamento" meritevole di protezione;

2) *il nuovo art. 624 bis c.p.c.* ha disciplinato la sospensione su accordo delle parti prevedendo precisi termini di preclusione per la proposizione della relativa istanza (20 giorni prima della scadenza del termine per il deposito delle offerte di acquisto nella vendita senza incanto e 15 giorni prima dell'incanto per la domanda di partecipazione) e l'obbligo di pubblicazione del provvedimento di sospensione sul sito internet, a tutela proprio della posizione degli eventuali aspiranti all'acquisto. Se si considera che nella prassi le offerte e le domande vengono presentate in prossimità della data fissata (pressoché mai con largo anticipo), la norma sembra aver voluto contemperare l'interesse delle parti del processo a condurre trattative stragiudiziali con quello della procedura ad uno spedito svolgimento evitando attività inutili e con quello dei terzi, anche semplici interessati all'acquisto, alla prosecuzione delle operazioni di vendita;

3) *il nuovo art. 569* ha attenuato le differenze di struttura tra le due modalità ⁽⁸⁹⁾ di vendita e individuato un unico programma negoziale nell'alternanza di esperimento senza e con incanto;

4) *i nuovi artt. 580 e 584* hanno bilanciato la revocabilità delle domande di partecipazione all'incanto e alla successiva gara in aumento con la sanzione dell'incameramento della cauzione depositata in caso di diserzione;

5) *il nuovo art. 631 c.p.c.* ⁽⁹⁰⁾ ha escluso il rinvio per mancata comparizione delle parti all'udienza "in cui ha luogo la vendita" ⁽⁹¹⁾, quindi in presenza di offerenti le operazioni di vendita proseguono regolarmente e la vendita ha sempre luogo;

6) *il nuovo art. 161 bis disp. att. c.p.c.* ha previsto il rinvio della vendita su richiesta di tutti i creditori solo con il consenso degli offerenti che abbiano depositato cauzione;

7) *il nuovo art. 624 c.p.c.* ha esplicitamente fatti salvi gli effetti degli atti già compiuti nel caso di sospensione del processo che conduca alla dichiarazione di estinzione;

ed, infine, anche se nell'intenzione del legislatore si sia trattato dell'introduzione di una norma di interpretazione autentica e non di una modifica alla disciplina preesistente:

8) *il nuovo art. 187 bis disp. att.* precisato che la chiusura anticipata del processo non priva di efficacia l'aggiudicazione, anche provvisoria.

Le tre disposizioni di cui ai punti n. 2, n. 5 e n. 6, di fatto, esprimono un principio generale di *favor venditae*, con il risultato di:

- ampliare la tutela dei terzi e dell'affidamento ingenerato dalla vendita giudiziale nel pubblico;
- perseguire l'interesse generale di ordine pubblico alla speditezza del procedimento.

Ne risulta un sistema in cui, *prima dell'aggiudicazione*, l'interesse dei terzi al corretto svolgimento delle operazioni di vendita è sempre destinato:

- a prevalere sull'interesse delle parti *a gestire i tempi* del processo,
- a soccombere nel conflitto con l'eventuale interesse delle parti *a chiudere definitivamente il processo esecutivo*.

Infatti, da una parte, gli artt. 632 e 187 disp. att. stabiliscono che la chiusura anticipata del processo (prima dell'aggiudicazione) renda inefficaci tutti gli atti esecutivi; dall'altra gli artt. 624 *bis*, 631 e 161 *bis* disp. att. testimoniano la prevalenza dell'interesse dei terzi rispetto a quello delle parti dell'azione esecutiva a rinviare o sospendere la vendita ⁽⁹²⁾ già nel corso della fase preparatoria della vendita in una sorta di progressivo rafforzamento della loro posizione giuridica.

Verosimilmente questo ampliamento di tutela non inciderà sulla consolidata opinione secondo cui i terzi sono titolari di posizioni meramente strumentali ⁽⁹³⁾ alle finalità dell'azione esecutiva (fino all'aggiudicazione), ma potrebbe suggerire una diversa considerazione degli interessi in gioco ⁽⁹⁴⁾, laddove (ad esempio dopo l'aggiudicazione) il conflitto non sia più tra il terzo e le parti del rapporto esecutivo, ma tra i terzi e l'aggiudicatario provvisorio.

Per esemplificare non riteniamo che vi sia spazio attualmente per sostenere la necessità dell'accettazione da parte dei terzi offerenti della rinuncia ex art. 629 per estinguere il procedimento di vendita prima dell'aggiudicazione (e, presumibilmente, neanche dopo di essa), ma ci pare che la rilevanza dei loro interessi possa essere letta diversamente, già alla luce del nuovo art. 187 *bis* disp. att., dopo l'aggiudicazione provvisoria.

7. Il rapporto tra aggiudicazione provvisoria e offerta in aumento prima e dopo la riforma del c.p.c. e l'entrata in vigore del nuovo art. 187 *bis* disp. att.

Prima di trarre delle conclusioni e dare una risposta al quesito proposto, si impone una precisazione relativa ai rapporti tra aggiudicazione provvisoria e fase di gara in aumento, prima e dopo la recente riforma.

Tale precisazione è richiesta dal fatto che l'art.187 *bis* disp. att. si è qualificato come norma di interpretazione autentica (applicabile, quindi, anche ai procedimenti in corso) ed è entrato in vigore prima della nuova disciplina della vendita.

L'interpretazione che se ne voglia dare deve essere, dunque, sostenibile e coerente sia nel vecchio che nel nuovo rito.

7.1 ...nel "vecchio rito"

L'art. 584, nel testo previgente, stabiliva un termine di 10 giorni entro il quale potevano ancora essere fatte offerte che fossero superiori di almeno un sesto al prezzo raggiunto in sede di incanto.

Le offerte andavano fatte "a norma dell'art. 571" e "prima di procedere alla gara di cui all'art. 573", il cancelliere dava "pubblico avviso dell'offerta più alta a norma dell'art. 570".

Nulla era espressamente previsto per il caso in cui la gara andasse deserta.

La disciplina previgente dell'aumento di sesto si presentava lacunosa ed ambigua.

Dopo alcuni disorientamenti giurisprudenziali ⁽⁹⁵⁾, l'opinione dominante si è, però, attestata su alcuni punti fermi, tra i quali, per quel che in questa sede interessa:

- a) la fase dell'aumento di sesto è una prosecuzione dell'incanto ⁽⁹⁶⁾;
- b) l'offerta in aumento è un'offerta irrevocabile idonea a caducare l'aggiudicazione provvisoria ⁽⁹⁷⁾;
- c) la presentazione di un'offerta irrevocabile in aumento vincola il giudice all'indizione della gara cui possono partecipare, quantomeno, l'aggiudicatario provvisorio e gli offerenti in aumento ⁽⁹⁸⁾;

d) in caso di gara deserta l'aggiudicazione è disposta a favore dell'offerta più alta in aumento.

L'irrevocabilità dell'offerta in aumento (unita alla ricostruzione della gara in aumento come prosecuzione dell'incanto) è stato l'argomento principale, fino a ieri utilizzato dalle pronunce costanti della Suprema Corte, per teorizzare la caducazione dell'aggiudicazione provvisoria a seguito della proposizione di un'offerta ex art. 584 c.p.c. e per (conseguentemente) sostenere che l'unica aggiudicazione idonea a sopravvivere all'estinzione del processo ex art. 632 fosse quella *definitiva*.

Nello scenario offerto dalla nuova lettura obbligata dell'art. 632 si pone, allora, all'interprete il compito di stabilire cosa accade quando la chiusura anticipata del processo interviene dopo un'aggiudicazione provvisoria.

Due le possibili alternative:

Tesi 1) il sub procedimento di aggiudicazione/vendita è dotato di una certa autonomia rispetto al processo esecutivo e sopravvive ad esso fino al suo regolare e completo esaurimento ⁽⁹⁹⁾;

Tesi 2) il sub procedimento di aggiudicazione/vendita si interrompe bruscamente nella fase in cui si trova, ed allora:

- se l'aggiudicazione provvisoria non è stata superata da un'offerta in aumento si consolida immediatamente;
- se l'aggiudicazione provvisoria è stata superata da un'offerta in aumento nei 10 giorni si pongono tre ulteriori alternative interpretative:
 - a) l'aggiudicazione provvisoria si consolida in definitiva,
 - b) l'aggiudicazione è ormai inefficace perché superata dall'offerta e l'offerente in aumento diviene automaticamente aggiudicatario definitivo,
 - c) l'aggiudicazione è ormai inefficace, ma siccome l'offerta in aumento, a sua volta, dà solo diritto alla gara e non crea alcuno *ius ad rem*, se la gara non può svolgersi anche l'offerta in aumento perde efficacia e il bene rientra nella disponibilità del debitore.

E' evidente che di gran lunga migliore sotto il profilo del bilanciamento degli interessi dell'aggiudicatario, dei terzi offerenti e del debitore e della *coerenza* interna al sistema è la prima tesi.

La seconda o crea disparità di trattamento tra casi simili o si scontra con i consolidati orientamenti in tema di rapporti tra aggiudicazione e offerta o finisce addirittura, nell'ultima

delle ipotesi prospettate, per disattendere del tutto l'intento del legislatore e l'interesse dei soggetti che la norma ha voluto proteggere.

Vediamo come l'analoga situazione si profila nel nuovo rito, per poi ritornare sugli argomenti che possano fondare l'adesione alla prima o alla seconda soluzione.

7.2 ...nel "nuovo rito"

La riscrittura dell'art. 584 consente (secondo alcuni impone) una lettura totalmente diversa dei rapporti tra aggiudicazione e offerta in aumento.

L'offerta è fatta non "a norma", ma "mediante deposito in cancelleria nelle forme" di cui all'articolo 571.

In caso di diserzione della gara indetta sull'offerta più alta il legislatore ha esplicitamente disposto che resti ferma e si consolidi l'aggiudicazione provvisoria (art. 584, V comma, c.p.c.).

La nuova disciplina si presenta come una vera e propria originale riformulazione del rapporto intercorrente tra aggiudicazione provvisoria e offerte in aumento, a favore della prima:

- a) in caso l'aggiudicazione oggi non è più caducata dalla mera proposizione di un'offerta in aumento, ma solo da una dichiarazione di aggiudicazione definitiva in esito alla gara che deve svolgersi alla presenza di terzi;
- b) l'offerta in aumento può essere oggi interpretata come semplice proposta di partecipazione ad una gara sull'offerta più alta o di riapertura dell'incanto su una nuova offerta; fonda il diritto dell'offerente all'indizione della gara, ma è inidonea a caducare l'aggiudicazione provvisoria prima del provvedimento di aggiudicazione definitivo emesso in esito alla gara stessa.

Nel caso di chiusura anticipata del processo dopo l'aggiudicazione provvisoria si ripropone la medesima alternativa sopra vista:

Tesi 1) il sub procedimento di aggiudicazione/vendita è dotato di una certa autonomia rispetto al processo esecutivo e sopravvive ad esso fino al suo regolare e completo esaurimento;

Tesi 2) il sub procedimento di aggiudicazione/vendita si interrompe bruscamente nella fase in cui si trova.

Che sia stata o meno proposta un'offerta in aumento, che sia stata o meno già indetta la gara, l'aggiudicazione provvisoria si consolida immediatamente.

Anche in tale caso riteniamo di gran lunga migliore sotto il profilo dell'interesse dei terzi, del debitore e dei principi generali in tema di vendita forzata, la prima tesi, in quanto la seconda finisce per privilegiare, di fatto, la posizione dell'aggiudicatario provvisorio senza una visibile *ratio*.

A questo punto, cerchiamo di tirare le fila di quanto sinora detto per ripercorrere gli argomenti favorevoli alla regolare prosecuzione dell'*iter* di aggiudicazione nel caso di estinzione del processo dopo l'aggiudicazione provvisoria, per poi confrontarli con quelli favorevoli alla tesi opposta.

8. Argomenti a favore della tesi della prosecuzione regolare dell'*iter* di aggiudicazione/vendita

8.1 L'interesse del debitore al maggior realizzo possibile

Un primo argomento a favore della tesi della prosecuzione dell'*iter* di aggiudicazione è quello offerto dall'interesse *del debitore* a non essere depauperato del proprio patrimonio.

La tutela di tale interesse, abbiamo visto, informare l'attività del G.E. a prescindere dalla costituzione o comparizione del debitore esecutato nel processo e da una sua espressa richiesta in tal senso.

E' evidente che nella fisiologia dei casi di estinzione dopo l'aggiudicazione provvisoria l'interesse del debitore è nel senso di proseguire l'*iter* di aggiudicazione per il raggiungimento del maggior prezzo possibile.

8.2 Il debitore come parte costituita di cui necessita il consenso ex art. 306

Meno utile l'argomento che vede nel debitore una parte costituita di cui necessita l'accettazione in caso di rinuncia agli atti.

Tale argomento si presenta debole in quanto:

- tradizionalmente, non si riconosce al debitore l'esercizio di un'azione concorrente o contraria a quella del creditore e si è soliti ritenere che la sede di esercizio delle azioni del debitore siano solo le opposizioni ⁽¹⁰⁰⁾;
- anche ammessa la necessaria accettazione del debitore per la rinuncia agli atti, in base ad una supposta azione concorrente o contraria a quella esercitata dal creditore, il

debitore non ha certamente interesse a che il processo esecutivo resti in piedi con il rischio che altri creditori intervengano e possano vantare pretese sul ricavato.

Solo ipotizzando una certa autonomia del procedimento di aggiudicazione rispetto al processo esecutivo in generale si potrebbe immaginare l'interesse del debitore alla prosecuzione del primo, nonostante la chiusura anticipata del secondo.

8.3 L'interesse dei terzi partecipanti alla fase di vendita

I terzi interessati all'acquisto, che abbiano presentato o no un'offerta in aumento, hanno sicuramente interesse al regolare svolgimento delle operazioni di vendita, così come prospettato in quel programma negoziale che è rappresentato dall'ordinanza di vendita.

Anche a non voler aderire alle tesi contrattualistiche sulla vendita forzata è innegabile che l'interesse di questi terzi è meritevole di tutela se non altro in quanto coincidente con *l'interesse pubblico al rispetto dell'affidamento che la pubblicazione dell'avviso di vendita ingenera nei terzi.*

Tale interesse, per espressa disposizione, è destinato a cedere di fronte all'accordo delle parti che intervenga prima dell'aggiudicazione, in quanto – fino a quel momento – il debitore può aspirare a rientrare nella disponibilità del proprio bene pignorato, ma non dovrebbe trovare limitazioni dopo l'aggiudicazione, quando l'interesse dei terzi non è più contrapposto a quello delle parti processuali dell'azione esecutiva, ma – anzi - concordante con quello del debitore stesso (al maggior realizzo).

8.4 Il terzo come parte costituita di cui necessita il consenso ex art. 306

Un ulteriore argomento potrebbe essere tratto dalla configurazione della fase di vendita come un procedimento autonomo, rispetto al processo esecutivo su cui si innesta, a cui partecipano in qualità di vere e proprie "parti processuali" i terzi offerenti ⁽¹⁰¹⁾.

La chiusura del procedimento di vendita non potrebbe effettuarsi in assenza del consenso di questi terzi.

Ma tale argomento finisce per provare troppo, in quanto è la stessa lettera della legge (629 primo comma) a lasciare intendere che sia possibile l'estinzione del processo esecutivo con relativa inefficacia di tutti gli atti compiuti fino all'aggiudicazione e, quindi, anche un momento prima della dichiarazione di aggiudicazione.

Ci pare, piuttosto, che nel rispetto dell'opinione precedentemente consolidatasi:

- fino all’aggiudicazione provvisoria, sia plausibile ammettere un ampliamento della legittimazione all’opposizione agli atti esecutivi ⁽¹⁰²⁾ a tutti i terzi offerenti per tutelare un proprio interesse alla regolarità delle operazioni di vendita coincidente con quello della procedura allo spedito e regolare svolgimento della vendita alla migliore offerta e strumentale alla soddisfazione coatta del credito;
- dopo l’aggiudicazione provvisoria il medesimo interesse potrà essere tutelato di per se’ e/o come coincidente con quello del debitore al maggior ricavo e con quello pubblico alla trasparenza dell’attività di liquidazione coatta di beni da parte di un organo pubblico, ma non più come strumentale alla soddisfazione di un credito che non è più in gioco ⁽¹⁰³⁾.

8.5 La nozione di procedimento

Il procedimento è la forma dell’attività statuaria, in generale, e di quella giurisdizionale (nella sua variante costituita dal processo), in particolare ⁽¹⁰⁴⁾.

Il procedimento ⁽¹⁰⁵⁾ è la “struttura elettiva del diritto pubblico” nel senso che il provvedimento ne deve costituire l’atto conclusivo. *“Ciò si spiega con l’esigenza che tutto l’iter di formazione del “provvedimento” sia scandito dalla legge per essere ostensibile e controllabile”* ⁽¹⁰⁶⁾.

La nota distintiva della categoria è data dal prodursi di situazioni soggettive vincolanti come effetto degli atti della serie procedimentale che risultano coordinati al provvedimento finale ⁽¹⁰⁷⁾.

L’effetto giuridico dipende pur sempre dall’atto finale cui la serie è preordinata.

Il connotato essenziale dell’atto procedimentale è dato dal suo inserimento nella serie effettuale del procedimento e, quindi, dalla naturale assenza di una sua efficacia autonoma ⁽¹⁰⁸⁾ al di fuori dello schema procedimentale (salvo che un’altra norma lo assuma come produttivo di effetti estranei al procedimento ⁽¹⁰⁹⁾).

In non pochi casi, inoltre, il provvedimento non è l’ultimo atto del procedimento dal punto di vista temporale: talvolta il procedimento si divide in più fasi che sfociano, ciascuna in un provvedimento, altre volte l’iter continua per il tratto necessario alla formazione di elementi integrativi dell’efficacia ⁽¹¹⁰⁾.

L’aggiudicazione ex art. 632 (anche provvisoria, alla luce del nuovo art. 187 *bis* disp. att.) è l’atto della serie che segna il passaggio dalla fase liquidativa a quella satisfattiva e la biforcazione del procedimento in due segmenti:

- quello di *vendita*, da una parte, che si conclude con il decreto di trasferimento;
- quello di *distribuzione di ricavato*, dall’altra parte, che si conclude con l’approvazione del piano e l’ordine di pagamento delle singole quote.

L'aggiudicazione provvisoria non è, però, l'atto finale della serie procedimentale cui appartiene, ma atto intermedio; perciò, in caso di estinzione del processo esecutivo, esso dovrebbe essere automaticamente caducato, secondo la teoria generale del procedimento.

Se l'art. 632 (nella lettura autentica datane dall'art. 187 *bis* disp. att.) - collocato nel c.p.c. e non nel c.c.- dispone espressamente che restino salvi gli effetti dell'aggiudicazione provvisoria, ciò non significa necessariamente che lo stesso intenda attribuire all'atto un'efficacia processuale e sostanziale diversa da quella che l'atto ha nella serie procedimentale (prima del provvedimento conclusivo dell'*iter*), ma solo che non perde quella che la legge gli attribuisce, ovvero quella di atto intermedio della serie volta all'individuazione della miglior offerta:

- presupposto del potere di altri terzi di proporre offerta in aumento nei 10 giorni successivi e del diritto dell'aggiudicatario di partecipare all'eventuale gara ex art. 584;
- atto suscettibile di divenire definitivo in difetto di presentazione di offerte in aumento nel termine di legge o in difetto di svolgimento della gara di cui all'art. 584 per mancata partecipazione degli offerenti.

8.6 I canoni costituzionali di imparzialità, trasparenza e ragionevolezza

L'art. 97 della Costituzione ha sancito il principio di buon andamento e di *imparzialità* dell'amministrazione pubblica. Tale disposizione ha consentito a dottrina e giurisprudenza di propugnare il valore costituzionale di alcuni principi cui deve essere informata l'attività dello Stato ⁽¹¹¹⁾, tra i quali:

- a) la tendenza estensiva dell'obbligo di astensione del funzionario direttamente o indirettamente interessato;
- b) la necessità che tutte le volte che l'amministrazione è chiamata a scegliere tra più persone o istanze vengano predeterminati i criteri di scelta;
- c) l'esigenza di obiettività, pubblicità e trasparenza della propria azione.

L'obbligo di astensione di cui al punto a) è espressamente previsto negli artt. 54 e ss. c.p.c. per tutta l'attività giurisdizionale.

Le valutazioni di cui ai punti b) e c) sono state indubbiamente tenute in considerazione dal legislatore processuale civile nel dettare la disciplina della "vendita forzata" ⁽¹¹²⁾.

Consequente, poi, all'attuazione dell'esigenza di cui al punto b) è stata anche l'elaborazione del c.d. "*principio di affidamento*", sia a livello di diritto comunitario che sul piano del diritto interno italiano (come espressione del generalissimo principio di buona fede o come esplicitazione del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. ⁽¹¹³⁾).

Tale principio comporta la necessità di tutelare l'affidamento di un qualsiasi operatore economico (in presenza di determinate circostanze) nei rapporti con la pubblica

amministrazione e sembra essere stato tenuto in considerazione in alcune recenti modifiche alla disciplina della vendita forzata (i nuovi artt. 631 c.p.c. e 161 disp. att. c.p.c. ad esempio).

Infine, ulteriore criterio di interpretazione (elaborato nel diritto amministrativo, ma applicabile nei diversi ambiti di azione del potere statale) di cui tenere conto è il c.d. "canone di ragionevolezza", principio generalissimo di ogni potestà ⁽¹¹⁴⁾, la cui proiezione sulla disciplina del procedimento impone che esso risulti sempre intrinsecamente logico nelle sue varie fasi e coerente con le sue finalità generali.

Ora, sebbene non sembri avventato ipotizzare che il procedimento di vendita forzata partecipi di una doppia natura (che non a caso ha indotto taluno a classificarla sotto la specie dei trasferimenti coattivi di diritto pubblico ⁽¹¹⁵⁾) di:

- procedimento giurisdizionale quanto ai rapporti tra le parti dell'azione esecutiva;
- procedimento amministrativo ⁽¹¹⁶⁾ (o procedimento di amministrazione pubblica di interessi privati ⁽¹¹⁷⁾) nei rapporti con i terzi aspiranti acquirenti,

cui corrisponde una diversità di struttura: la partecipazione dei terzi ⁽¹¹⁸⁾, non in qualità di vere e proprie "parti" del processo giurisdizionale (nel rispetto del conseguente necessario contraddittorio), ma come soggetti interessati e possibili destinatari di un'attività pubblica di liquidazione di beni altrui; a prescindere da tale ricostruzione della vendita forzata, si può ritenere che i principi di *imparzialità, trasparenza e ragionevolezza* elaborati dalla dottrina amministrativista siano applicabili anche al procedimento di vendita forzata in sede giurisdizionale, come momento di esercizio di una potestà statale.

Tutto quanto osservato comporta che nell'interpretare l'art. 187 *bis* disp. att. (che nel far salvi gli effetti dell'aggiudicazione provvisoria ha inteso tutelare il legittimo affidamento del terzo aspirante acquirente, anche nel caso in cui venissero meno la funzione propria dell'azione esecutiva e l'interesse del creditore ad essere soddisfatto con il ricavato della vendita), occorra, comunque, rispettare i canoni di imparzialità, di trasparenza e di ragionevolezza che sono propri di qualunque esercizio di potestà ed evitare, perciò, che l'improvvisa chiusura del procedimento finisca per privilegiare l'interesse del terzo aggiudicatario provvisorio a scapito di tutti gli altri in gioco, attribuendo lui una posizione irragionevolmente migliore di quella che lo stesso avrebbe avuto in caso di prosecuzione fisiologica e regolare della procedura.

8.7 La tesi dell'inammissibilità dell'estinzione tra aggiudicazione e vendita ex art. 629 c.p.c.

Una volta ammesso che l'*iter* di aggiudicazione/vendita debba sempre proseguire fino al suo naturale esaurimento dopo l'aggiudicazione provvisoria, ci si può chiedere se:

- a) l'*iter* prosegue a prescindere e indipendentemente dalla chiusura del processo esecutivo principale, in quanto indipendente da un impulso di parte e soggetto a una specifica disciplina priva di discrezionalità e di momenti giurisdizionali (attività vincolata fino all'atto finale);

o

b) *l'iter* prosegue naturalmente in quanto non è possibile in tale fase che il processo esecutivo si estingua.

La tesi sub a) non è del tutto nuova, infatti, chi in dottrina ⁽¹¹⁹⁾, nel vigore del precedente consolidato orientamento giurisprudenziale contrario, invocava una maggior tutela dell'aggiudicatario provvisorio e/o degli offerenti in aumento non aveva alcun imbarazzo ad ammettere che in caso di estinzione dopo un'aggiudicazione provvisoria, il procedimento di vendita continuasse a svolgersi normalmente, a tutela delle ragioni dell'aggiudicatario e dell'interesse del debitore che la somma ricavata fosse la maggiore possibile ⁽¹²⁰⁾.

Quanto alla tesi sub b) si fonderebbe su quell'interpretazione letterale dell'art. 629, offerta in epoca risalente dalla Suprema Corte, secondo cui sarebbe inammissibile la rinuncia durante il periodo che va dall'aggiudicazione alla vendita.

Se si aderisse a tale opzione interpretativa di cui al punto 5.1, sarebbe possibile configurare la fase del procedimento di vendita che va dall'aggiudicazione provvisoria alla vendita (per alcuni coincidente con l'aggiudicazione definitiva per altri con il decreto di trasferimento) come un sub procedimento che una volta avviato deve giungere alla sua naturale conclusione con la necessaria partecipazione dei titolari dell'azione esecutiva, i quali non possono rinunciare agli atti in questa fase ⁽¹²¹⁾.

9. Precisazioni in caso di adesione alla tesi della prosecuzione del procedimento di vendita dopo la chiusura anticipata del processo

Riteniamo utile precisare che in caso di prosecuzione delle operazioni di vendita/aggiudicazione dopo la chiusura anticipata del processo esecutivo, i soggetti dell'azione esecutiva non possono, comunque, essere estranei alle operazioni di vendita, in quanto la vendita continua a svolgersi secondo il programma negoziale e le condizioni di vendita stabiliti nell'ordinanza di autorizzazione e nel successivo bando e su originario impulso del creditore "procedente", con le seguenti conseguenze di ordine giuridico:

- il bene è quello esattamente indicato nell'ordinanza di vendita sulla base della quale si è fissato l'incanto e dichiarata l'aggiudicazione,
- il successivo decreto di trasferimento disporrà la purgazione delle formalità gravanti sul bene ex art. 586,
- la vendita resta disciplinata dalle norme del c.c. relative alla vendita forzata (dall'art. 2919 all'art. 2929), in particolare:
 - a) non è riconosciuta all'acquirente la garanzia per vizi,
 - b) all'acquirente non sono opponibili i diritti acquistati sulla cosa che non siano opponibili al creditore pignorante e agli intervenuti,

- c) il creditore procedente è responsabile per i danni e per le spese in caso di evizione ⁽¹²²⁾,
- d) le spese del procedimento saranno (salvo diverso accordo delle parti) liquidate a carico del creditore procedente (pubblicità, delega e custodia).

Il fenomeno di una prosecuzione di attività processuale oltre l'estinzione del processo non è del resto del tutto sconosciuto al processo giurisdizionale e al processo esecutivo in particolare. Si pensi al disposto dell'art. 632, terzo comma, in tema di rendiconto del custode, che espressamente presuppone l'estinzione, ma si pensi anche a quanto è accaduto fino ad oggi in caso di chiusura del processo dopo l'aggiudicazione definitiva (il procedimento è sempre proseguito attraverso i vari adempimenti fino all'emissione del decreto di trasferimento) ⁽¹²³⁾.

10. Argomenti a favore della tesi dell'immediato consolidamento dell'aggiudicazione

A favore della diversa tesi del consolidamento immediato dell'aggiudicazione provvisoria militano, invece, i seguenti argomenti:

- a) la ricostruzione del sub procedimento di vendita come strumento per la realizzazione dell'interesse esclusivo del creditore;
- b) l'idea che il debitore non possa esprimere alcun interesse alla prosecuzione di un procedimento originato da un'azione esecutiva contro di lui;
- c) la consolidata opinione giurisprudenziale secondo cui la posizione dei terzi è solo strumentale alla funzione satisfattiva del processo esecutivo e non ha una sua tutela generale al di fuori di quanto possa prevedere espressamente la legge da interpretarsi sempre restrittivamente (quindi, sarebbe tutelato solo l'aggiudicatario e mai i meri offerenti);
- d) la presunta sussistenza di un generale principio di ordine pubblico a chiudere celermente i procedimenti.

Quanto agli argomenti sub a) e b), abbiamo visto nel corso dell'approfondimento come essi siano espressione di una concezione del tutto superata, in quanto è interpretazione consolidata e, pressoché unanime, oggi, sia in dottrina che in giurisprudenza, quella per cui l'espropriazione forzata debba essere funzionale al maggior realizzo possibile dalla vendita dei beni, nel bilanciamento dell'interesse del creditore alla speditezza della soddisfazione del suo credito e di quello del debitore a non vedere ingiustamente ed inutilmente depauperato il proprio patrimonio.

Quanto all'argomento sub c) abbiamo cercato di dimostrare come già con il nuovo art. 187 *bis* disp. att. (ma soprattutto a seguito della nuova disciplina della vendita), sia possibile individuare un nuovo assetto degli interessi in gioco, in un sistema che:

- privilegia già l'interesse dei terzi nel conflitto con quello delle parti, anche prima dell'aggiudicazione, quando esso coincide con l'interesse generale alla celerità e speditezza del procedimento (artt. 495, 624 *bis*, 631, 161 *bis* disp att.),

- tutela il pubblico affidamento e l'interesse degli offerenti direttamente o in quanto coincidente con quello del debitore al maggior realizzo possibile, quando, dopo l'aggiudicazione, non vi sia più un antitetico interesse di altre controparti da bilanciare (artt. 632 e 187 disp att.).

Unico argomento che potrebbe essere di un qualche rilievo, l'ultimo sub d).

Quello della celerità dei procedimenti è, certamente, alla luce delle recenti tendenze dell'ordinamento e della nuova lettura dei diritti costituzionali integrati dagli obblighi internazionali ⁽¹²⁴⁾, uno dei principi generali cui il giudice deve attenersi nell'esercizio delle proprie funzioni, ma non ci risulta che tale interesse debba essere perseguito tout court, anche a scapito di tutti gli altri in gioco.

In questo caso, in particolare, non vi sarebbe alcuna inerzia da sanzionare né un'ingiustificata e inutile dilatazione dei tempi processuali da evitare.

L'eventuale protrarsi del procedimento, in tale caso, ne realizzerebbe il regolare svolgimento nel rispetto dei diversi interessi in gioco:

- quello del debitore al maggiore realizzo possibile,
- quello del terzo interessato all'acquisto a presentare l'offerta in aumento e partecipare alla gara, aderendo al programma negoziale proposto con l'avviso di vendita;

e nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e ragionevolezza che sovrintendono l'attività degli organi statali in genere.

11. Un ulteriore argomento a favore della tesi della prosecuzione dell'iter di aggiudicazione: la coerenza delle soluzioni

Infine sussiste un ultimo argomento favorevole alla tesi da noi preferita che specularmente rappresenta un inconveniente per la tesi contraria: la coerenza dell'interpretazione da dare tanto nel vecchio quanto nel nuovo rito indipendentemente dal fatto che siano state presentate o meno offerte in aumento nei 10 giorni.

La tesi della prosecuzione dell'iter di aggiudicazione si presta, infatti, ad essere applicabile con medesimi risultati prima e dopo la nuova disciplina del c.p.c., consentendo di trattare in modo identico casi identici verificatisi prima e dopo la riforma del c.p.c., sia che siano state presentate offerte sia che non lo siano ancora state.

La tesi, invece, del consolidamento dell'aggiudicazione provvisoria si scontra con l'opinione consolidata negli anni secondo cui nel vecchio rito l'aggiudicazione provvisoria diveniva inefficace con la presentazione di un'offerta in aumento o con l'indizione della gara e finisce per privilegiare, in caso di chiusura del processo prima dell'aggiudicazione definitiva, l'aggiudicatario provvisorio senza una ragionevole giustificazione.

12. La soluzione al quesito proposto (nella vigenza del vecchio rito)

Quanto al quesito proposto, cerchiamo di trarre le più prudenti conclusioni da tutto quanto detto fino ad ora.

Non sappiamo se, nel caso all'esame, l'unico creditore rimasto di cui parla il quesito fosse munito o meno di titolo esecutivo. Se l'ultimo creditore rimasto non fosse stato munito di titolo esecutivo, l'estinzione avrebbe dovuto certamente dichiararsi prima dell'incanto e l'aggiudicazione avrebbe potuto essere impugnata con opposizione agli atti esecutivi per violazione degli artt. 629, I comma, e 632, II comma, c.p.c. Se, invece, l'ultimo creditore rimasto fosse uno di quelli muniti di titolo, il G.E., non potendo dichiarare l'estinzione prima, legittimamente ha tenuto l'incanto e provveduto sull'aggiudicazione.

Successivamente è stata proposta offerta in aumento di sesto e il G.E. ha fissato la gara (così sembrerebbe dal tenore del quesito) in aumento.

Prima che la gara venisse svolta, l'ultimo creditore ha rinunciato agli atti.

L'interprete, secondo quanto detto fino ad ora ha la seguente alternativa:

- o , con uno sforzo innovativo (ma non del tutto originale), riprende la tesi secondo cui tra aggiudicazione e vendita non è ammessa la rinuncia agli atti (ex art. 629 , primo e secondo comma) e suggerisce al G.E. di non dichiarare l'estinzione prima del completamento delle operazioni di vendita;
- o ritiene che, nonostante la dichiarazione di estinzione, l'*iter* vincolato delle operazioni di vendita prosegua, comunque, regolarmente con lo svolgimento della gara e la definitiva aggiudicazione.

L'articolo 187 *bis* disp. att. c.p.c., certamente applicabile ai procedimenti in corso ⁽¹²⁵⁾, non solo in quanto norma di diritto processuale, ma anche perché norma di interpretazione autentica dell'art. 632 c.p.c., esclude che l'aggiudicazione provvisoria sia resa inefficace dall'estinzione del processo successiva ad essa.

Una volta verificatasi l'aggiudicazione provvisoria, dunque, è chiaro che al debitore non potrà che essere consegnata la somma ricavata dalla vendita, in virtù dell'esplicito e coordinato disposto degli artt. 632 e 187 *bis* disp att. c.p.c.

Nel caso prospettato la fattispecie è complicata dal fatto che l'aggiudicazione provvisoria è stata superata da un'offerta in aumento che, secondo il consolidato insegnamento di 40 anni di giurisprudenza, la ha caducata e resa inefficace ⁽¹²⁶⁾.

L'aggiudicazione provvisoria, però, pur inefficace e/o caducata, produce, pur sempre, alcuni effetti procedurali nella sequenza cui appartiene, e cioè:

- combinata con l'offerta in aumento (di cui è presupposto) onera il giudice del dovere di indire la gara sull'offerta più alta;
- attribuisce all'aggiudicatario provvisorio (il cui rilancio all'incanto è stato superato dall'offerta in aumento) *il diritto di partecipare alla gara in aumento*.

Per tutto quanto fino ad ora detto, il G.E., in un caso come quello proposto (ma riteniamo in ogni caso, prima o dopo la presentazione di un'offerta in aumento, egualmente nella vendita secondo il vecchio o il nuovo rito):

- o procede con le operazioni di vendita e rimanda la dichiarazione di estinzione ad un momento successivo alla vendita, se ritiene di aderire ad una certa interpretazione dell'art. 629, II comma,
- o dichiara l'estinzione (con riserva della pronuncia sulle spese) e procede, comunque, alla gara in aumento e all'aggiudicazione definitiva,

nell'uno o nell'altro caso completando regolarmente l'*iter* di vendita, nel rispetto: dell'interesse del debitore al maggior realizzo dalla vendita dei propri beni, dell'interesse dei singoli offerenti e dei terzi interessati a partecipare alla gara secondo le condizioni fissate e pubblicizzate, del generale principio di affidamento, della trasparenza e ragionevolezza dell'attività (pubblica) di vendita forzata (di liquidazione coattiva dei beni) e dei principi giuridici in tema di procedimento e rapporto tra atti preliminari e atto finale.

In esito al regolare svolgimento dell'*iter* di aggiudicazione e al versamento del prezzo il G.E. emetterà il decreto di trasferimento con l'ordine di cancellazione delle formalità gravanti sul bene di cui all'art. 586 e, finalmente, se non lo ha già fatto, su istanza di parte, liquiderà le spese della procedura, incluse quelle della vendita (delegato, custodia e pubblicità), a carico del c.d. creditore rinunciante, salvo diverso accordo intercorso tra le parti.

La questione di quale sia tale creditore rinunciante e responsabile per le spese: se l'originario procedente o quello, eventualmente diverso, che abbia dato impulso alla vendita con l'istanza di vendita o l'ultimo munito di titolo rimasto in giudizio è, poi, questione diversa che merita altra sede di approfondimento.

13. Conclusioni

Il quesito proposto ha offerto l'occasione per ripercorrere brevemente una serie di questioni teoriche relative alla natura, struttura e funzione del processo di espropriazione in generale e del procedimento di vendita forzata in particolare.

Dall'indagine compiuta è emerso che l'*iter* procedimentale che va dall'aggiudicazione provvisoria al decreto risulta strutturalmente e funzionalmente caratterizzato rispetto al processo esecutivo da cui origina:

- a) dal punto di vista della struttura vede come protagonisti dei soggetti terzi rispetto al rapporto processuale esecutivo;
- b) dal punto di vista della funzione persegue un obiettivo, *la vendita alla migliore offerta*, che deve essere attuato nel rispetto e nel bilanciamento di una serie di interessi ulteriori e diversi rispetto a quello dei creditori al più spedito realizzo:
 - l'interesse del debitore a non subire un eccessivo o inutile pregiudizio al suo patrimonio;
 - la tutela dell'affidamento ingenerato nel pubblico dalla vendita giudiziale;
 - il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e ragionevolezza che devono informare qualsiasi attività statale.

Tali peculiarità sono confermate, oggi, dalla nuova disciplina che ha esplicitamente inteso sottrarre alla disponibilità delle parti la gestione dei tempi del processo informando la fase di vendita all'impulso d'ufficio.

Nel caso di chiusura anticipata del processo esecutivo dopo un'aggiudicazione non ancora definitiva si ritiene, pertanto, che l'*iter* di individuazione del miglior offerente debba proseguire fino al suo completamento, nel rispetto del programma negoziale fissato con l'ordinanza di vendita.

La causa di estinzione o di chiusura del processo esecutivo comporterà l'impossibilità di procedere alla fase di distribuzione del ricavato e la somma ricavata verrà consegnata all'esecutato, ma non escluderà la prosecuzione delle operazioni di vendita fino al decreto di trasferimento.

Questa ricostruzione, coerente con la *teoria del procedimento* (che è forma della vendita forzata come di tutte le attività statali e in particolare quelle giurisdizionali), tende a delineare un sub procedimento (dall'aggiudicazione alla vendita) con sue regole proprie che, una volta avviato, non può che svilupparsi nel rispetto di alcune regole specifiche che tendono a bilanciare gli interessi in gioco.

Tale soluzione interpretativa ha, inoltre, il pregio di dare soluzioni omogenee a casi analoghi verificabili sia nella vigenza del vecchio che del nuovo rito, senza pregiudicare, condizionare o, addirittura, dare per risolte, in un senso piuttosto che in un altro, almeno altre due complesse questioni teoriche: quella dell'individuazione del momento in cui si producono

gli effetti negoziali della vendita e quella relativa all'esistenza o meno di una zona grigia (tra aggiudicazione e vendita) durante la quale non possa, comunque, essere mai dichiarata l'estinzione del processo.

Quanto alla prima questione, risulta del tutto indifferente, rispetto alla soluzione interpretativa che qui si intende abbracciare, l'attribuzione dell'effetto traslativo al provvedimento di aggiudicazione o al decreto di trasferimento.

Quanto alla seconda questione, la soluzione interpretativa che preferiamo risulta perfettamente compatibile sia con l'ipotesi di un processo esecutivo che si estingue immediatamente e prosegue per una serie di adempimenti, sia con quella di un processo esecutivo che non possa essere dichiarato estinto se non dopo la chiusura della vendita.

Da ultimo, ma non ultimo, l'ipotesi della prosecuzione fisiologica delle operazioni di vendita risulta perfettamente coerente con l'attenzione manifestata dal legislatore della riforma del 2005 per "i terzi" che vengano in contatto con la procedura di vendita (e non esclusivamente per quel terzo che si sia qualificato aggiudicatario); attenzione perfettamente in linea, tra l'altro, con l'elaborazione, a livello comunitario, del principio di tutela dell'affidamento dei soggetti privati nei rapporti con le pubbliche amministrazioni.

Elisabetta Gasbarrini

-
- 1)** Introdotta dal D.L. n. 35 del 2005 convertito con modificazioni nella L. n. 80 del 2005.
 - 2)** Si rinvia alla giurisprudenza citata nel testo e nelle note del paragrafo 5: "*L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 632, II comma, c.p.c. prima e dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 187 bis disp. att. c.p.c.*"
 - 3)** La questione è già stata sollevata a commento della sentenza Cass. S.U. n. 25507 del 30 novembre 2006, in *Giur. It.*, 2007, I, 1717, da A. RONCO, *Le Sezioni unite applicano il nuovissimo art. 187 bis disp. att. c.p.c. (sulla salvezza degli effetti dell'aggiudicazione, anche provvisoria, in caso di estinzione del processo esecutivo)*.
 - 4)** Per tutti A. CRIVELLI, *La natura e le fonti dell'esecuzione forzata*, in AA. VV., *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Torino, 2006, I, pag. 27
 - 5)** Nel senso della necessità di una fase coattiva della decisione di giustizia in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale v. Corte Cost. 15.09.95 n. 435, in *Foro It.*, 1995, I, 2641.
 - 6)** G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Della tutela dei diritti*, Bologna-Roma 1964, pag. 108 e ss.. Si parla di "*retaggio amministrativo*" del processo esecutivo a proposito della struttura distinta delle apposite fasi di cognizione in ARIETA DE SANTIS MONTESANO, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, Padova, Padova, pag. 219. G. CHIOVENDA, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, I, pag. 85 e ss. in particolare pag. 99, a proposito del espropriazione forzata allora vigente, distingue la fase anteriore alla sentenza di autorizzazione alla vendita da quella successiva alla stessa, in quest'ultima (fino alla sentenza di vendita) si compie l'attività di vendita definita come un'attività di mera amministrazione che diventa giurisdizionale solo in vista dello scopo per cui si compie. Molto interessante, anche se riferita alla disciplina anteriore, la ricostruzione di A. ROCCO, *Il Fallimento*, Milano, 1962, in particolare pag. 61 ss., secondo cui la funzione del giudice nella vendita forzata è ad un tempo giurisdizionale e di giurisdizione volontaria.
 - 7)** La questione è ormai pacificamente superata. Secondo la ricostruzione di F. MAZZARELLA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, XLVI, pag. 557 e ss., in particolare 570, il diritto di vendere coattivamente i beni del debitore è accessorio al diritto di credito inadempito; se lo Stato interviene è, anzitutto, per controllare l'identificazione del bene e poi scegliere con imparzialità tempo e modi del trapasso, l'acquirente e il prezzo, nel contemperamento degli interessi contrapposti di creditore e debitore; si tratta di un potere determinativo, discrezionale e decisorio perché destinato ad incidere su diritti. L'autore spiega la natura

giurisdizionale della vendita forzata, che ha sostanza di giudizio e di sentenza proprio perché destinata ad incidere sul diritto soggettivo di proprietà del debitore. La vendita forzata sarebbe esercizio della giurisdizione c.d. costitutiva ex art. 2908 c.c. e il giudice, dopo aver accertato il diritto del creditore a far vendere i beni del proprio debitore, lo attua per realizzare il fine ultimo della distribuzione del ricavato. Secondo A.NASI, *Processo ed esecuzione nel fallimento*, Padova, 1973, pag. 73 e ss., la teoria della vendita forzata nasce come espressione di una concezione privatistica del processo e, attraverso le teorie pubbliciste e la concezione amministrativistica, è infine approdata ad una ricostruzione giurisdizionale. L'adesione alla tesi della natura giurisdizionale non incide su alcuni problemi interpretativi della disciplina che il legislatore avrebbe risolto secondo un criterio di opportunità e non di sistema. L'idea di vendita come istituto processuale renderebbe la vendita omogenea al processo, ma -quanto agli effetti- le consentirebbe di continuare a riferirsi alla vendita privata contrattuale. L'autore aderisce integralmente alla concezione processuale che dovrebbe risolvere tutte le questioni.

- 8)** In giurisprudenza Cass. S.U. n.11178 del 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 3468 e ss.: "Esso (il processo esecutivo) non è costruito come una sequenza continua di atti ordinati ad un unico provvedimento finale...esso è costruito bensì come una successione di sub procedimenti, cioè in serie autonome di atti ordinati a distinti provvedimenti successivi"...."L'autonomia di ciascuna fase rispetto alla precedente e la sua costituzione in sub procedimento, rispetto all'apertura del quale l'esistenza del provvedimento che conclude la fase precedente si pone come un presupposto, è resa evidente dal fatto che ciascuna serie di atti è ordinata ad un provvedimento che la conclude, il quale, quando abbia avuto esecuzione, non è ritraettabile dal giudice che lo ha emesso (art. 487, comma 1, c.p.c.), ma può essere dichiarato nullo solo a seguito di opposizione agli atti esecutivi".
- 9)** Il dibattito sulla rilevanza delle nullità nel prosieguo del procedimento e nei confronti dei terzi, in realtà, è ben più complesso della semplificazione fattane nel testo, infatti: se la nullità si è riverberata sugli atti successivi (nullità della notifica ad es.) e l'atto non ha raggiunto il proprio scopo la nullità si sottrae alla sanatoria da omessa opposizione. Quanto, poi, all'opponibilità delle nullità del procedimento all'aggiudicatario, si distingue tra nullità formali e nullità extraformali, nullità precedenti la vendita o inerenti la stessa, nullità fatte valere tempestivamente con opposizione o no, per ricondurne alcune alla preclusione di cui all'art. 2929 c.c., classificarne altre come inopponibili all'acquirente in virtù del rispetto di un generale "principio di affidamento" e altre ancora come, invece, opponibili anche all'acquirente.
- 10)** Come si vedrà nel prosieguo tale finalità va perseguita nel contemperamento dei diversi interessi in gioco. Per la finalità pubblica del processo esecutivo si veda S.PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pag.139.
- 11)** La fase dal pignoramento all'ordinanza di vendita è finalizzata all'individuazione dei beni da trasformare in denaro (include l'esame dei crediti per cui si procede, del valore dei beni, della loro titolarità in capo all'esecutato ed l'individuazione dei tempi e delle modalità di vendita); la fase dall'ordinanza di vendita all'aggiudicazione e al decreto è finalizzata alla trasformazione dei beni in denaro individuando *il miglior acquirente possibile* (con ulteriore cesura interna tra fase di aggiudicazione e fase di perfezionamento della vendita); la fase dall'aggiudicazione all'approvazione del piano di riparto è finalizzata alla distribuzione del ricavato.
- 12)** Sembra aderire alla tesi secondo cui il debitore non è parte del processo esecutivo A. MASSARI, voce *rinuncia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1968, sub 12. Nel senso, invece, oggi prevalente in dottrina, secondo cui: il debitore è parte del processo esecutivo e sussiste un suo diritto al contraddittorio, se pur attenuato, si vedano ARIETA DE SANTIS MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2008, pagg. 755 e 756; S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del c.p.c.*, Milano, 1970, pag. 391 e ss.; C. PUNZI, *Il Processo Civile (Sistema e problematiche)*, vol. IV, *Il processo di esecuzione*, cit., pag. 9; nel senso, però, che (pur essendo parte e avendo diritto al contraddittorio), non proponendo il debitore una vera e propria azione contraria a quella del creditore e non avendo interesse alla prosecuzione di un'azione esecutiva contro di lui intrapresa, non sia mai necessaria la sua accettazione della rinuncia agli atti di parte creditrice si veda: A. SALETTI, voce *Estinzione del processo(diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, XIII, sub 1, pag. 3 e s. e sub 9.1, pag. 17; A. BONSIGNORI, *L'Esecuzione Forzata*, Torino, 1990, pag. 349; R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. Dir.*, Milano 1989, XL, pag. 983: "E' ovvio che la rinuncia è efficace indipendentemente dall'accettazione del debitore esecutato che non può avere alcun interesse (giuridicamente apprezzabile) alla prosecuzione del processo....nell'esecuzione egli non può mai sperare in un esito più favorevole della restituzione del bene." G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, pag. 193 e ss. Sostiene, invece, la tesi secondo cui anche il debitore

potrebbe avere interesse all'azione esecutiva e al raggiungimento del suo scopo finale, cioè l'attuazione dell'obbligazione in maniera certa ed incontestabile, A.NASI, *Processo ed esecuzione nel fallimento*, Padova, 1973, pag. 91 e s. Secondo tale autore anche il debitore ha diritto all'esecuzione processuale, perchè la vendita ha la sua radice dentro l'obbligazione e non deve essere considerata come attuazione di un potere unilaterale del creditore che il debitore subisce, ma sempre come attuazione anche del dovere/diritto del debitore di adempiere l'obbligazione (in particolare pag. 94); il debitore, pertanto, avrebbe un interesse tutelato dall'ordinamento alla conclusione normale del processo esecutivo (pag 100 e 101) .

- 13)** E. FAZZALARI, voce *Procedimento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1986, XXXV; S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, pag. 392 ss. il quale sottolinea come il principio del contraddittorio si estrinsechi nell'onere di "informazione e comunicazione", da una parte, e in quello di "possibilità di reazione", dall'altra. Nel processo esecutivo si ritrova certamente il primo in maniera completa (ex art. 485), il secondo con modalità peculiari (onere di collaborazione, possibilità di reazione in fasi apposite di cognizione). Per un breve *excursus* del problema si veda A. GILI, *Principio del contraddittorio ed esecuzione forzata*, in nota a Cass., n.8293 del 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 1044.
- 14)** Oltre che nei casi in cui il G.E. lo ritenga opportuno, secondo il disposto dell'art. 485 c.p.c., il "debitore" espressamente per legge deve essere: *convocato* a comparire nell'udienza ex art. 499 c.p.c. per la verifica dei crediti privi di titolo esecutivo; *sentito* nell'udienza che viene fissata *ex officio* a seguito del provvedimento di cessazione della vendita ex artt. 504 c.p.c. e 163 disp. att. c.p.c.; *sentito* in occasione della distribuzione della somma ricavata ex art. 510 c.p.c. e per la soluzione delle controversie in sede distributiva ex art. 512 c.p.c.; *sentito* per la nomina del custode ex art. 559 c.p.c. ; *convocato* all'udienza per l'approvazione del progetto ex art. 596 c.p.c.; *sentito* per la sospensione di cui all'art. 624 *bis* c.p.c. Il debitore, inoltre, rientra certamente tra quelle "parti" che devono essere *invitate a comparire* all'udienza (prima della riforma si parlava di audizione) ex art. 569 c.p.c. nella quale possono fare osservazioni sulle modalità e i tempi della vendita e che devono essere *sentite*: per decidere sull'amministrazione giudiziaria ex art. 595 c.p.c.; prima di disporre la cancellazione del pignoramento ex art. 562 c.p.c. o dichiarare l'inefficacia ex art. 567 c.p.c. e in generale ex art. 172 disp. att. c.p.c.; quando si deve pronunciare sulla rifissazione della vendita ex art. 176 disp. att. c.p.c. a seguito di inadempimento dell'aggiudicatario o sull'approvazione del conto ex art. 178 disp. att. c.p.c.
- 15)** Per contrastare l'abuso dell'esercizio dell'azione esecutiva (l'istanza di riduzione del pignoramento ex art. 496) o per consentire allo stesso debitore di adempiere spontaneamente evitando la perdita del bene pignorato (il pagamento nelle mani dell'ufficiale giudiziario, la conversione del pignoramento, la soddisfazione delle pretese creditorie azionate nel corso del processo prima dell'aggiudicazione). Si tratta di rimedi ben diversi dalle vere e proprie opposizioni che costituiscono fasi autonome di cognizione, esterne ed in ipotesi parallele, al processo espropriativo.
- 16)** In tal senso C. PUNZI, *Il Processo Civile (Sistema e problematiche)*, vol. IV, *Il processo di esecuzione*, cit., pag. 9. In giurisprudenza il principio del contraddittorio riceve tutela attenuata nel senso che, ad esempio, la violazione di un onere di comunicazione non è considerata vizio di nullità degli atti successivi se il debitore non dimostri un pregiudizio effettivo che avrebbe potuto essere evitato, cioè che la denunciata deviazione dal modello legale si sia tradotta in un pregiudizio al suo interesse in concreto (Cass. 5678 del 1990, Cass. n. 5271 del 1994, Cass. n.18513 del 2006). E', inoltre, ricorrente la generica affermazione che l'azione esecutiva sia "unilaterale" nel senso che l'audizione delle parti ex art. 485 miri "non già a dar vita al contraddittorio in senso tradizionale, ma a consentire il miglior esercizio della potestà ordinatoria affidata al giudice delle esecuzioni"(così Cass. n.8293 del 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 1042), sebbene in concreto la qualità di parte sia poi, in concreto, pacificamente riconosciuta al debitore cui spetta il diritto al rimborso delle spese sostenute in caso di estinzione per rinuncia del creditore (si veda, tra le altre: Cass. n. 6885 del 2008) secondo cui l'art. 306 è, in tali casi, applicabile al processo esecutivo, in quanto "l'attività (del debitore) non è esclusa in questo processo, ma anzi è espressamente prevista..."
- 17)** F. MAZZARELLA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, XLVI, pag. 559, sottolinea come l'organo esecutivo opera in considerazione dell'interesse del creditore di trasformare i beni in denaro "al più presto" e nell'interesse del debitore di ottenere ciò "bene". Di entrambi gli interessi il giudice deve tenere conto e in ciò sta il suo "giudicare". Secondo tale autore deve ritenersi superata l'idea che il fine pubblico perseguito dal processo esecutivo e dalla vendita forzata coincida sempre e solo con l'interesse del creditore, in quanto il fine della vendita forzata, come di qualsiasi altro segmento del processo esecutivo deve essere anche la soddisfazione dell'interesse del debitore. Si veda anche F. CARPI, *Irrevocabilità dell'aumento di sesto* in nota a Trib. Ravenna 26 ottobre 1973, in *Giur. It.*, 1974, I, 2, 926 secondo cui alla base dell'esercizio del potere

statale vi è il fine economico del conseguimento del maggior utile, per la soddisfazione dei creditori e delle spese di procedura e per l'attribuzione dell'eventuale residuo al debitore esecutato. In tal senso anche Cass. n.10693 del 2003: "... in sintonia con la finalità dell'espropriazione forzata, preordinata a ricavare dalla vendita il massimo risultato possibile, sia per il debitore, che si libera della maggiore consistenza del debito, sia nell'interesse dei creditori, che sono più largamente soddisfatti."

- 18)** È espressione del rispetto di tale interesse pubblico l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dei casi di improcedibilità o di chiusura anticipata del processo per motivi di opportunità ed efficienza della procedura. Si veda per una disamina dei casi di chiusura anticipata del processo V. PETRELLA, *L'estinzione atipica del processo di esecuzione: un istituto di creazione giurisprudenziale e la sua evoluzione alla luce dei moderni principi*, nota a Trib. Salerno, 6 giugno 2002 n. 1799, in *Giur. Merito*, 2004, I, pag. 1373 ss.
- 19)** Secondo F. MAZZARELLA, op. loc. ult. cit., pag. 560, momenti tipici di contemperamento degli interessi in gioco da parte del G.E. si hanno, in sede di autorizzazione alla vendita, quando si stabiliscono le modalità della vendita o, in sede di gara, quando il G.E. può rinviare all'incanto di cui all'art. 573 c.p.c.
- 20)** Il giudice, durante il corso del procedimento, anche senza istanza di parte, può esercitare una serie di poteri nell'interesse del debitore: la riduzione del pignoramento ex art. 496 c.p.c., la limitazione dell'espropriazione ex art. 558 c.p.c., la sospensione della vendita quando ritiene che il prezzo sia notevolmente inferiore a quello giusto ex art. 586 c.p.c. Nel caso previsto dall'art. 504 c.p.c. (ordine di cessazione della vendita) si configura per il giudice o l'incaricato della vendita un vero e proprio dovere sempre a tutela dell'interesse del debitore. Si veda in proposito A.M. SOLDI, *I rimedi contro l'abuso dell'espropriazione forzata*, in *Riv. Es. Forz.*, 2008, pag. 131 ss.
- 21)** In tal senso F. MAZZARELLA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Dir.*, cit., sub 6: "...l'organo esecutivo "è un giudice, esercente come tale giurisdizione, proprio perché deve operare una scelta tra interessi che meritano entrambi considerazione ... Ora il compito dell'ufficio esecutivo è appunto di svolgere, anzitutto, un'opera di contemperamento tra i due. Si tratta in sostanza di tenere presente che entrambi esistono e sono meritevoli di tutela; solo che occorre ad un certo punto decidere quale lo è più dell'altro, in base a criteri che non è detto che siano preformulati. Occorre in altre parole giudicare;" e sempre ivi, sub 9 : "...Un potere dunque determinativo e discrezionale, ma sostanzialmente decisorio perché viene ad incidere su veri e propri diritti."
- 22)** A. NASI, cit.
- 23)** Per tutti F. MAZZARELLA, cit.
- 24)** Il diritto a conseguire dalla vendita il maggior prezzo possibile costituisce anche l'interesse del debitore ad impugnare gli atti irregolari, laddove non si rinvenga un pregiudizio in concreto di tale diritto l'opposizione è inammissibile (Cass. n. 3950 del 2006 e Cass. n.2512 del 1996). Secondo Cass. n. 5678 del 1990 il debitore non può impugnare con opposizione agli atti esecutivi il provvedimento di riapertura della gara in aumento perché la maggior somma si risolve in un vantaggio anche per lui e, quindi, è carente di interesse.
- 25)** In tal senso in giurisprudenza v. Cass. n. 8236 del 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 399: "L'ordinamento vigente non fornisce una nozione sicura del termine "vendita"in quanto l'espressione è adoperata, talvolta per identificare l'"atto" della vendita, altre volte per indicare il provvedimento che dispone il trasferimento del bene, altre volte ancora per riferirsi al procedimento attraverso il quale si realizza l'espropriazione".
- 26)** Cass. S.U. n. 11178 del 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 3468 e ss.: "Le norme dettate dal capo I del titolo II del libro terzo, dedicate all'espropriazione forzata in generale, già nella loro articolazione in sezioni, evidenziano la distinzione tra la fase della vendita e dell'assegnazione e quella della distribuzione del ricavato. Se poi si fa più specifico riferimento al caso dell'espropriazione forzata immobiliare che qui viene in discussione, si nota che, nell'ambito del processo iniziato con il pignoramento, si ha la fase di autorizzazione della vendita conclusa con la relativa ordinanza; quella di vendita che, sulla base dell'ordinanza, inizia con la pubblicazione dell'avviso di vendita e si conclude con l'aggiudicazione; quella di trasferimento del bene; infine quella di distribuzione del ricavato, oltre alle eventuali fasi dell'assegnazione e dell'amministrazione giudiziaria".
- 27)** L'ordinanza di vendita è l'atto conclusivo del sub procedimento e l'opposizione agli atti esecutivi deve essere sollevata all'udienza o contro l'ordinanza medesima nei termini di legge. L'emanazione dell'ordinanza di vendita è un momento di cesura nello snodarsi del procedimento espropriativo sotto diversi profili:
- segna la preclusione dell'opposizione agli atti esecutivi nei confronti degli atti ad essa precedenti e non tempestivamente proposta;
 - segna il discrimine tra interventi tempestivi e interventi tardivi;
 - è l'udienza nella quale va verificato l'impulso alla vendita del creditore precedente;

- preclude la proposizione dell'istanza di conversione ex art. 495 c.p.c.;
- è stata utilizzata dalla disciplina transitoria per stabilire l'applicabilità o meno delle nuove norme ai procedimenti in corso.

28) F. MAZZARELLA,, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, XLVI, pag. 574: "...con l'istanza di pignoramento, il creditore chiede che vengano determinati i beni che il debitore avrebbe dovuto trasferire per realizzare il denaro necessario per pagare i propri debiti; con l'istanza di vendita, chiede che, una volta identificati quei beni, vengano determinati l'acquirente e il prezzo." A. CERINO CANOVA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994, XXXII, pag. 4: "La si intenda come una fase o come un distinto procedimento, non importa qui stabilire; ciò che conta osservare è la concatenazione sussistente con il pignoramento e con la distribuzione del ricavato, ossia con i due momenti che rispettivamente precedono la vendita forzata o vi succedono. La sequenza è del resto connaturata alla funzione espropriativa, la quale si realizza in un'operazione unitaria di aggressione dei beni appartenenti al debitore, di trasformazione degli stessi in denaro, di soddisfazione dei creditori con il prezzo ricavato."

29) Cass. n. 4615 del 1985, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 2910: "la fase processuale di vendita con incanto è comprensiva delle attività svolte nell'udienza fissata per l'incanto, delle offerte in aumento di sesto, qualora vengano effettuate, e della conseguente gara, tra l'aggiudicatario provvisorio e l'offerente in aumento di sesto, disposta dal giudice dell'esecuzione.. Tale fase è essenzialmente strutturata dalle offerte effettuate nell'incanto.....; dall'ordinanza di aggiudicazione.....dall'offerta o dalle offerte in aumento di sesto effettuate nei 10 giorni; dalle offerte successive effettuate nella gara indetta...; dall'ordinanza di aggiudicazione definitiva dell'ultimo offerente. Segue una ulteriore fase strettamente connessa a quella di vendita con incanto, sì da formare entrambe, pur autonome, una fattispecie complessa E' la fase processuale di versamento del prezzo, che l'aggiudicatario definitivo ha l'onere di effettuare.... e conseguente emanazione del decreto di cui all'art. 586 con il quale il bene espropriato è trasferito all'aggiudicatario. Ciascuna delle due fasi si conclude con l'atto esecutivo, rispetto al quale gli antecedenti sono preliminari: la prima fase si conclude con l'aggiudicazione definitiva, la seconda fase si conclude con il decreto di trasferimento, e la fattispecie complessa, costituita da entrambe le fasi strettamente connesse ha la funzione, unica per le due fasi, di operare il trasferimento ad un soggetto del diritto di proprietà....previo versamento del prezzo che sarà poi destinato, nella successiva fase di distribuzione della somma ricavata, al soddisfacimento del credito.....". In dottrina, nel senso, invece, che l'atto di aggiudicazione sia l'atto processuale idoneo a produrre gli effetti sostanziali della vendita e che il decreto di trasferimento integri l'atto traslativo- già efficace -solo al fine di procedere alla trascrizione e al rilascio: A. CERINO CANOVA, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1980, I, pag. 137 e ss.

30) F. CARPI, *Irrevocabilità dell'aumento di sesto* in nota a Trib. Ravenna 26 ottobre 1973, in *Giur. It.*, 1974, I, 2, 931; ma anche S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in Trattato di Diritto Privato diretto da P. Rescigno, Tutela dei diritti, II, pag. 222 e ss; A.NASI, *Processo ed esecuzione nel fallimento*, Padova, 1973, pag. 76; A. CERINO CANOVA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994, XXXII, F. MAZZARELLA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, XLVI.

31) Quanto alla natura dell'offerta, Cass. n.4615 del 1985, in *Giust. Civ.*, 1986, 2908 ss. ha espressamente negato che i vizi relativi all'offerta possano essere fatti valere al di fuori dell'impugnazione dell'opposizione agli atti esecutivi contro il provvedimento finale della fase, cioè l'aggiudicazione (in dottrina in tal senso si v. F. MAZZARELLA, *cit*, pagg. 574 e 575, ma contra, nel senso che lo schema processuale non esclude valore negoziale all'offerta si v. P. LICCARDO, *Sull'aumento di sesto nella vendita con incanto*, in *Giust. Civ.* 1988, I, pag. 2650, in nota a Cass. 12 aprile 1988 n. 2871 e già A. CERINO CANOVA, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. Dir.Civ.*, 1980, I, pag. 137 e ss.).Cass. n. 1299 del 5 aprile 1977, in *Giust. Civ.*, 1977, I, 1, 1169 e ss."... debbono essere ripudiate le tesi che ravvisano un fondamento di natura negoziale nella vendita forzata sia che si tratti delle teorie contrattualistiche di diritto privato, sia che si tratti delle teorie contrattualistiche di diritto pubblico...La vendita realizza quindi un trasferimento coattivo -invito domino- nel quale il provvedimento del giudice dell'esecuzione che lo attua, ha come suo presupposto necessario un'offerta da parte di un terzo che tende a rendersi aggiudicatario....non si può negare che nella vendita si attui un trasferimento coattivo....In effetti nella vendita forzata si ha un esempio tipico di procedimento:il provvedimento del giudice dell'esecuzione, che attua il trasferimento coattivo, va collegato a tutta una serie di atti che lo precedono ed in particolare alla manifestazione di volontà di chi fa l'offerta per rendersi aggiudicatario, la quale costituisce il presupposto del provvedimento stesso".

32) Cass. n. 5678 del 1990: "Il vigente sistema della vendita forzata, infatti, nei suoi aspetti generali, è incentrato sulla finalità, già posta in risalto dalla sentenza 1131 del 1978, che dalla vendita stessa si ricavi il prezzo più

alto, perché attraverso questo si realizza congiuntamente l'interesse dei creditori ad ottenere il più largo soddisfacimento di quanto è loro dovuto e quello del debitore di vedere estinto il maggior numero possibile di crediti e reintegrare il suo patrimonio dell'eventuale residuo della somma ricavata ex art. 510 c.p.c.”.

- 33)** F. CARPI, *Irrevocabilità dell'aumento di sesto*, cit., 926, riferisce che nel sistema dell'offerta in aumento ex art. 584, prima dell'ultima riforma, l'offerta doveva essere considerata irrevocabile in considerazione dell'interesse egoistico della procedura al maggior ricavo possibile, interesse che per definizione era sempre prevalente rispetto agli altri in gioco. Tale principio è confermato da quell'orientamento (per tutte Cass. n. 4030 del 1983, in *Mass. Giust. Civ.*, 1983) per il quale i terzi sono legittimati ad impugnare la dichiarazione di estinzione o improseguibilità solo in quanto il proprio interesse alla prosecuzione delle operazioni di vendita coincida con quello dell'azione esecutiva alla regolarità del procedimento e all'individuazione della migliore offerta (si veda anche R. VACCARELLA, voce *Rinunzia agli atti*, in *Enc. Dir.*, cit., sub 9).
- 34)** Si rinvia alla giurisprudenza citata nel testo e nelle note del paragrafo 5: “L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 632, II comma, c.p.c. prima e dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 187 bis disp. att. c.p.c.”
- 35)** F. MAZZARELLA, cit., sub. 12.
- 36)** Nella fase distributiva occorre la rinuncia di tutti i concorrenti e non di solo quelli titolati per ottenere l'estinzione del processo ex art. 629 c.p.c.. Nel senso che l'aggiudicazione segna il passaggio dalla fase espropriativa a quella distributiva tra gli altri A. , *Vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1980, I, pag. 176; R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. Dir.*, Milano 1989, XL, sub 9 ; C. CALVOSA, voce *Estinzione del processo civile*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1960, sub 17.
- 37)** M.T.ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, III, Milano, pag. 199 e F.CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, Roma, 1956, pagg.. 77 e 78; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952, pag. 144 e ss. nel senso che il decreto ex art. 586 ha effetto dichiarativo e non costitutivo, mentre l'aggiudicazione (pur qualificandosi come atto processuale intermedio) determina il trasferimento della proprietà; A. CERINO CANOVA, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, cit., pag.137 e ss. (in particolare pag. 156 e s.) dimostra che la lettera della legge (l'art. 164 c.p.c. e l'art. 586 c.p.c.) conferma la tesi secondo cui l'effetto traslativo si produce dall'aggiudicazione ed il decreto di trasferimento rappresenta il perfezionamento del titolo per la trascrizione e il rilascio. S.SATTA – C.PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, Padova, 2000, pag. 689 ss. e di recente C.PUNZI, *Il Processo Civile (Sistema e problematiche)*, vol. IV, *Il processo di esecuzione*, cit., pagg. 272 e 274 il quale legge nell'introduzione dell'art. 187 bis disp. att. c.p.c. la conferma alla tesi che l'effetto traslativo si produca già con l'aggiudicazione. Parlano di *ius ad rem* sospensivamente condizionato (diritto al trasferimento coattivo del diritto reale sul bene pignorato, sottoposto alla condizione sospensiva del versamento del prezzo) Cass. n. 4030 del 1983, in *Mass. Giust. Civ.*, 1983, e Cass. n. 12969 del 2004. in *Mass. Giur. It.*, 2004.
- 38)** CASTORO, *Il processo esecutivo nel suo aspetto pratico*, Milano, 1964, pagg. 144-145 e 368. MASUCCI, *Sul mancato versamento del prezzo nella vendita mobiliare all'incanto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1947, II, pag. 155 ss. F. MAZZARELLA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, XLVI, pag. 579 ed ivi nota 139, in virtù anche dello scopo della vendita stessa che è quello della distribuzione della somma ricavata, il diritto espropriato si trasferisce nel momento in cui la somma entra nella disponibilità dell'ufficio. A. MASSARI, voce *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1968, sub 12, secondo cui “è solo questo pagamento che opera la sostituzione – con effetto non obbligatorio ma reale – del pretium in locum rei, fondamento razionale della discriminazione tra azione espropriativa ed azione satisfattiva.”
- 39)** V.ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, pag.260 ss; F.CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, Roma, 1956, pag. 76 ss., C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, pag. 85; G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Della Tutela dei diritti*, Bologna-Roma 1964, pag. 112. G.TARZIA, , *La sospensione della vendita forzata immobiliare a prezzo ingiusto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, II, pag. 1090 correttamente rileva che la norma (art. 19-bis della L n.203 del 1991) che ha introdotto il potere discrezionale del G.E. di sospendere la vendita a prezzo ingiusto, una volta che l'aggiudicatario definitivo pure abbia versato il prezzo, contraddice apertamente la tesi della natura negoziale e dell'effetto traslativo ricollegato all'aggiudicazione. Cass. S.U. n.413 del 18 gennaio 1983, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 1506, proprio per negare tutela alla posizione dell'aggiudicatario provvisorio, e Cass. n. 3447 del 1985, in *Giur. It.*, 1987, I,1, 651 con nota di SECCIA, *L'efficacia del decreto di trasferimento del bene pignorato*; F. Carpi, *Irrevocabilità dell'aumento di sesto* in nota a Trib. Ravenna 26 ottobre 1973, in *Giur. It.*, 1974, I, 2, 932. Cass. 5615 del 1985, in *Giust. Civ.*, 1986 I, 2910; Cass. 4101 del 1988, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 1, 1506 (con nota di D'ATTOMA, *Estinzione del processo di esecuzione e opposizione agli atti esecutivi*), secondo cui: “l'aggiudicazione definitiva designa il soggetto in cui favore deve essere

successivamente operato...con il decreto di cui all' art. 586 c.p.c., il trasferimento del diritto sull'immobile". Cass. n. 5751 del 1993 secondo cui l'effetto reale, costitutivo del diritto di proprietà sul bene espropriato consegue solo al decreto di trasferimento di cui aggiudicazione e versamento del prezzo non sono che presupposti e secondo cui il provvedimento di aggiudicazione possa essere revocato dal giudice in quanto parte di una fattispecie complessa non ancora perfetta e perché ad esso si dà esecuzione solo con l'emissione del decreto di trasferimento. Cass. n. 1148 del 1999 nel senso che solo il decreto di trasferimento, ponendosi come momento conclusivo del sub procedimento di vendita coatta, costituisce il titolo formale dell'acquisto definitivo da parte del privato e la fonte di un diritto soggettivo perfetto.

- 40)** Cass. del 23.10.1965 n. 2220, in *Foro it.*, 1965, I, 1822, nega la proposizione dell'istanza dopo l'aggiudicazione sul presupposto che essa "... presenta analogie con quella del titolare di una promessa di vendita sottoposta a condizione risolutiva" solo il decreto ex art. 586, aggiunge la sentenza, trasferisce la proprietà ma l'atto di aggiudicazione ha già operato "l'attribuzione all'acquirente un vero e proprio diritto soggettivo a conseguire, con il verificarsi degli eventi sopra indicati, la proprietà degli immobili". Cass. 4101 del 1988, in *Giust. Civ.*, 1989 I, 1, 1506, parla dell'aggiudicazione definitiva come costitutiva de "il diritto al trasferimento coattivo del diritto reale sull'immobile che sarà operato dal decreto del giudice dell'esecuzione ex art. 586 sottoposto alla condizione sospensiva del versamento del prezzo"; Cass. n. 8236 del 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 399 e in *Giust. Civ.*, 1994, I, 1205, secondo cui: "l'aggiudicatario è titolare di un vero e proprio diritto a conseguire la proprietà dell'immobile anche se trattasi di un diritto alternativamente subordinato al deposito del prezzo di aggiudicazione nel termine stabilito o alla mancata effettuazione di nuove offerte dopo l'incanto"; Cass. n. 5678 del 1990 riconosce all'aggiudicatario provvisorio una tutela particolare anche nel caso di proposizione di offerte in aumento, ovvero: "l'interesse a conseguire l'acquisto del bene, sia pure ad un prezzo maggiore di quello originariamente e provvisoriamente offerto"; Cass. n. 5751 del 1993, dopo aver ribadito che nessun effetto giuridico può verificarsi in capo all'aggiudicatario prima del decreto, parla dell'aggiudicatario come di chi gode di un'aspettativa giuridicamente tutelata o diritto al diritto. V. anche F. CARPI, *Irrevocabilità dell'aumento di sesto* in nota a Trib. Ravenna 26 ottobre 1973, in *Giur.it.*, 1974, I, 2, 932.
- 41)** E. REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, I, Milano, pag.118,. ovvero la sentenza e il suo passaggio in giudicato nel processo di cognizione e l'attuazione in concreto di un diritto già accertato) nel processo di esecuzione. V. anche C.CALVOSA, voce *Estinzione del processo civile*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1960, sub 1.
- 42)** Il nuovo art. 187 bis disp. att. c.p.c., nell'interpretare autenticamente quanto già disposto dall'art. 632 c.p.c., ha stabilito espressamente (quanto agli effetti degli atti già compiuti) l'equiparazione all'estinzione degli altri casi di chiusura anticipata del processo, che dottrina e giurisprudenza hanno da tempo elaborato.
- 43)** A. MASSARI, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1968, sub 1; A. SALETTI, voce *Estinzione del processo(diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, XIII.
- 44)** Ciò vale anche per i procedimenti ad impulso d'ufficio, l'ufficiosità riguarda la tecnica processuale e non l'iniziativa che resta disponibile dalle parti.
- 45)** Tra le altre Cass. n. 5086 del 11 giugno 1987, Cass. n.26088 del 30 novembre 2005, Trib. Bari 4 dicembre 2006, in *Riv. Es. Forz.*, 2007, pag 159 e ss. e Trib. Bari 27 luglio 2007, in *Riv. Es. Forz.*, 2007, pag. 726 e ss.
- 46)** Tra le altre parti viene fatto pacificamente rientrare il debitore (Cass. n.7254 del 13 giugno 1992, C ass. n.18514 del 25 agosto 2006 e Cass. n. 6885 del 14 marzo 2008)
- 47)** A. Cerino Canova, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, cit., pag. 170. In giurisprudenza a parte la risalente sentenza Cass. n. 3019 del 11 novembre 1960, (in *Riv. Dir. Proc.*, 1961, pag. 674 e ss con nota adesiva di CARNELUTTI, *Effetti dell'estinzione del processo di espropriazione immobiliare dopo l'aggiudicazione del bene pignorato*, e in *Giust. Civ.*, 1961, I, 1276 e ss., con nota critica di G. MICHELI, *In tema di rinuncia agli atti dell'espropriazione*) che aveva sollevato la questione risolvendola in un certo senso, non sussistono altre decisioni espresse in quanto la questione ha perso di interesse pratico a seguito dell'individuazione nell'aggiudicazione definitiva del discrimine di cui all'art. 632.
- 48)** Cass. n. 3019 del 11 novembre 1960, in *Riv. Dir. Proc.*, 1961, pag. 674 e ss con nota adesiva di F. CARNELUTTI, *Effetti dell'estinzione del processo di espropriazione immobiliare dopo l'aggiudicazione del bene pignorato*, e in *Giust. Civ.*, 1961, I, 1276 e ss., con nota critica di G. MICHELI, *In tema di rinuncia agli atti dell'espropriazione*.
- 49)** B. SASSANI, *Estinzione per rinuncia*, in Bove, Capponi, Martinetto, Sassani, *L'espropriazione forzata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, Torino, 1988, pag. 569.

- 50)** Cass. n. 12762 del 2000: *"La disposizione contenuta nel primo comma, in pratica, seleziona i creditori intervenuti e conferisce il potere di provocare l'estinzione solo a quelli muniti di titolo esecutivo, perché solo essi, analogamente a quanto è chiesto dal primo comma dell'art. 306 cod. proc. civ. per le "parti costituite" nel processo di cognizione, sono in grado di "provocare i singoli atti" del processo esecutivo ai sensi dell'ultima parte degli art.: 499 e 564 cod. proc. civ., facendolo proseguire nonostante la rinuncia degli altri creditori."*
- 51)** Qualche riflessione è imposta dalla particolare situazione dei creditori muniti di titolo esecutivo chirografari tardivi. Non è chiaro (dal combinato disposto degli artt. 564, 565 e 566 c.p.c.), infatti, se il creditore chirografario, munito di titolo, ma tardivamente intervenuto, possa o meno dare impulso alla procedura. Da questa incertezza è derivato un contrasto tra la consolidata opinione giurisprudenziale e la dottrina prevalente. Secondo la prima, la lettera della legge è univoca e non consente una distinzione all'interno dei creditori muniti di titolo, tra tempestivi e tardivi. Secondo la dottrina maggioritaria, invece, la necessità della rinuncia sarebbe l'altra faccia della medaglia del potere di impulso e se si ritiene che il creditore chirografario tardivo non abbia poteri di impulso (pur munito di titolo), si dovrà escludere che ne occorra la rinuncia per ottenere la dichiarazione di estinzione. Tra gli altri si veda B. SASSANI, *Estinzione per rinuncia*, cit., pagg. 563 e ss. e nota 45 e le due sentenze del Tribunale Bari citate in nota al paragrafo 4. *L'estinzione del processo esecutivo in generale e l'estinzione per rinuncia agli atti (ex art. 629, I e II comma, c.p.c.) in particolare*.
- 52)** Indipendentemente dalla qualificazione che si voglia dare al diritto dell'aggiudicatario provvisorio (*ius ad rem* sottoposto a condizioni sospensive o a condizioni risolutive o mero diritto processuale alla prosecuzione dell'iter procedimentale), oggi, a seguito della nuova norma (187 bis disp. att.) di interpretazione autentica dell'art. 632 l'eventuale estinzione non travolgerà più l'aggiudicazione provvisoria e, salvo casi eccezionali (l'esercizio del potere discrezionale del G.E. ex art. 586 c.p.c. e la decadenza dell'aggiudicatario per mancato versamento del prezzo), il debitore esecutato perderà il bene e l'aggiudicatario acquirerà il bene secondo la disciplina della vendita forzata, in particolare, previa cancellazione delle ipoteche e dei pignoramenti.
- 53)** B. SASSANI, *Estinzione per rinuncia*, cit., pag. 560 e s., ma anche C. CALVOSA voce *Estinzione del processo civile*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1960, A. SALETTI, voce *Estinzione del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, XIII, sub 9, pag. 17.
- 54)** Nel processo di cognizione la ragione della necessità dell'accettazione prevista dall'art. 306 per le parti costituite troverebbe il suo fondamento nella facoltà che la parte ha, costituendosi, di esercitare un'azione quanto meno contraria a quella della controparte (cioè il diritto ad ottenere una sentenza di rigetto della domanda); la situazione sembra molto diversa nell'azione esecutiva nella quale l'azione contraria del debitore si può manifestare solo nelle vere e proprie fasi cognitive introdotte dalle opposizioni. La rinuncia agli atti di parte creditrice dovrebbe, perciò, produrre l'estinzione a prescindere dall'accettazione del debitore perché questi non potrebbe che avere un interesse *in re ipsa* alla chiusura anticipata del processo esecutivo. A ben vedere, però, tale prefigurata situazione può essere vera nel caso in cui l'estinzione travolgendo tutti gli atti compiuti fa salvi anche i diritti sui beni pignorati in capo a parte esecutata, impone, invece, dei distinguo nel caso in cui la rinuncia all'azione e l'estinzione non impediscano che il bene pignorato esca dalla disponibilità del debitore.
- 55)** A.NASI, *Processo ed esecuzione nel fallimento*, Padova, 1973 pagg. 100- 101.
- 56)** Cass. S.U. n. 25507 del 30 novembre 2006, in *Giur. It.*, 2007, I, 1717, secondo cui *"il legislatore del 2005 ha compiuto un nuovo bilanciamento degli interessi, il quale tutela i terzi che sono venuti in contatto con la procedura esecutiva, conferendo loro posizioni giuridiche soggettive meritevoli di protezione per il fatto che lo svolgimento della procedura esecutiva ha avuto uno svolgimento regolare"*.
- 57)** Si veda analogamente quanto riconosciuto per il debitore costituito da Cass. n. 6885 del 2008.
- 58)** Si vedano in proposito le parole di S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952, pag. 121 che parla della vendita come di *"un procedimento che si inserisce nel processo di espropriazione ed è regolato da norme giuridiche indiscutibilmente vincolanti per coloro che sono chiamati a svolgere l'attività necessaria al raggiungimento dello scopo dell'alienazione del bene...Soggetto di questo procedimento sono esclusivamente i concorrenti alla vendita e l'organo che procede alla vendita: il debitore e i creditori lo sono soltanto in quanto parti del processo, o in quanto cioè il procedimento, si inserisce nel processo"*.
- 59)** Cass. n. 8236 del 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 399 e in *Giust. Civ.*, 1994, I, 1205.
- 60)** Cass. n. 4101 del 1988, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 1175, che richiama anche Cass. n. 4030 del 1983, parla di *"ius ad rem sospensivamente condizionato (diritto al trasferimento coattivo del diritto reale sul bene pignorato, sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento del prezzo)"*

- 61)** In tal senso espressamente anche A. CERINO CANOVA, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1980, I, pag. 173 in nota 144. Cass. n. 9377 del 11 giugno 2003, in *Giur. It.*, 2004, 746 e Cass. n. 12969 del 13 luglio 2004.
- 62)** Cass. 23 ottobre 1965, n. 2220, in *Foro it.*, 1965, I 1822 e Cass. 11 luglio 1969 n. 2562, in *Foro it.*, 1969, I, 2559 e ss., con nota di L. FLORINO, hanno entrambe negato l'ammissibilità dell'istanza di conversione del pignoramento dopo l'aggiudicazione provvisoria (la prima) e la presentazione di un'offerta in aumento (la seconda). Nel primo caso la Corte ha parlato di analogia tra la situazione dell'aggiudicatario provvisorio e quella "del titolare di una promessa di vendita sottoposta a condizione risolutiva" nel secondo caso ha affermato che la posizione dell'offerente in aumento è analoga a quella dell'aggiudicatario provvisorio in quanto anche l'offerente diviene "titolare di un diritto al conseguimento della proprietà dell'immobile oggetto dell'esecuzione" sospensivamente condizionato ad alcune circostanze. In entrambi i casi la Corte ha ritenuto che l'aggiudicatario provvisorio e/o l'offerente in aumento siano titolari di un diritto che "non può essere posto nel nulla a discrezione del debitore esecutato". Cass. n. 3019 del 1960, in *Riv. Dir. Proc.*, 1961, pag. 677 (già citata a proposito dell'interpretazione dell'art. 629 c.p.c.) perveniva alla stessa conclusione escludendo che la rinuncia potesse avvenire nel periodo intermedio successivo all'aggiudicazione provvisoria prima che la stessa producesse i suoi effetti definitivi.
- 63)** V. nota nella pagina successiva
- 64)** Cass. S.U. n. 413, del 18 gennaio 1983, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 1507, motiva la sua presa di distanza dai precedenti delle sue sezioni semplici attraverso l'interpretazione della parola "aggiudicazione" (corrispondente alla parola vendita di cui all'art. 495), come riferita al provvedimento conclusivo dell'iter di individuazione del miglior offerente (costituito da incanto e fase di aumento in un *unicum* inscindibile), provvedimento finale che, solo, attribuisce al terzo un vero e proprio *ius ad rem* sospensivamente condizionato ad alcune circostanze. Cass. n. 4030 del 11 giugno 1983, in senso analogo. Cass. n. 4101 del 16 giugno 1988, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 1, 1175. Secondo Cass. n. 8236 del 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 399 e in *Giust. Civ.*, 1994, I, 1205, l'ultima offerta è, comunque, "soltanto atto del soggetto offerente che si propone destinatario del trasferimento coattivo, ma l'aggiudicazione definitiva si ha solo con il provvedimento del G.E. con cui, a seguito della gara, viene designato il destinatario del trasferimento coattivo", in un caso particolare di estinzione avvenuta dopo la proposizione di un offerta in aumento di sesto, ma in assenza di svolgimento della gara
- 65)** Distinzione sconosciuta al legislatore fino alla legge 302/1998 ove al comma quinto dell'art. 591 *bis* si legge per la prima volta l'espressione "aggiudicazione provvisoria" e poi ora al nuovo art. 187 *bis* dip. att. c.p.c. (lo rileva R. VACCARELLA, *Una (quasi-) novità normativa*, in *Riv. Es. Forz.*, 2006, pag. 927).
- 66)** Cass. S.U. n. 413 del 1983, cit., 1514.
- 67)** Così Cass. n. 8236 del 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 399 e v. anche Cass. n. 4101 del 16 giugno 1988, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 1, 1506, nella quale si ribadisce che in sede di incanto "ciascuna offerta è superata da quella successiva di maggior importo; finché, esaurito l'incanto, l'ultimo offerente è il soggetto che si propone quale destinatario del provvedimento traslativo. Segue il provvedimento del giudice dell'esecuzione di aggiudicazione provvisoria in favore dell'ultimo offerente; provvedimento questo che solo condizionatamente alla mancanza di offerte in aumento di sesto nel termine stabilito dall'art. 584, divenendo definitiva l'aggiudicazione, costituisce in favore dell'ultimo offerente, il diritto al trasferimento coattivo del diritto reale sull'immobile, che sarà operato dal decreto del giudice dell'esecuzione ex art. 586 c.p.c. sottoposto alla condizione sospensiva del versamento del prezzo. L'offerta in aumento di sesto, effettuata tempestivamente produce l'effetto della riapertura della gara, nelle forme della vendita senza incanto; e, pertanto, sostituendosi all'ultima offerta in sede di incanto, rende questa improduttiva di effetti, conseguentemente fa decadere il provvedimento di aggiudicazione provvisoria ed ha carattere di irrevocabilità, al pari delle offerte effettuate in sede di incanto, poiché l'offerente in aumento di sesto si propone (in sostituzione dell'ultimo offerente in sede di incanto), quale destinatario del provvedimento di trasferimento coattivo del diritto reale sull'immobile. Svoltesi la gara, si perviene all'aggiudicazione definitiva, che- come si è visto - costituisce in favore dell'ultimo offerente il diritto al trasferimento coattivo del diritto reale sull'immobile sottoposto alla condizione sospensiva del versamento del prezzo; ed effettuato tale versamento, viene emesso il decreto di cui all'art. 586 c.p.c. che produce il detto trasferimento."
- 68)** Cass. S.U. n. 413 del 1983, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 1515: "l'interesse dell'aggiudicatario provvisorio o dell'offerente in aumento di sesto, anziché rilevare di per sé nel processo esecutivo, è soltanto strumentale rispetto all'interesse dei creditori pignorante ed intervenuti". Cass. n. 8236 del 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1,

399: "sostenere che all'aggiudicatario provvisorio o al terzo offerente in aumento di sesto l'ordinamento attribuisce una situazione giuridica tutelata si risolve in una petizione di principio, in quanto si dà per scontata una premessa che deve essere ancora dimostrata: quella che questi soggetti si trovano in una posizione di prevalenza rispetto al debitore"

- 69)** Cass. n. 4030 del 11 giugno 1983, in *Mass. Giust. Civ.*, 1983, ha enunciato il seguente principio di diritto : " *In tema di estinzione del processo esecutivo, il termine aggiudicazione adoperato dal primo comma dell'art. 632 si riferisce - ove si tratti di espropriazione immobiliare a mezzo di vendita con incanto - all'aggiudicazione definitiva, con la quale soltanto l'aggiudicatario acquista uno ius ad rem sospensivamente condizionato (diritto al trasferimento coattivo del diritto reale sul bene pignorato, sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento del prezzo). Conseguentemente soltanto in tale ipotesi - e non pure in quella di aggiudicazione provvisoria - il debitore, in caso di successiva estinzione del processo esecutivo, ha diritto alla sola consegna della somma ricavata dalla vendita, senza poter ottenere la restituzione degli immobili pignorati.*"
- 70)** Sia in caso di conversione del pignoramento che in caso di estinzione del processo esecutivo per rinuncia agli atti che in caso di chiusura anticipata del processo per soddisfazione delle pretese creditorie.
- 71)** R.VACCARELLA, *Orientamenti e disorientamenti giurisprudenziale in tema di aumento di quinto*, nota a Cass. n.2871 del 1988, in *Foro it.*, 1989, I,1 1925, ma anche *Id.*, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. Dir.*, Milano 1989, XL, sub 9, pag. 982 e s., secondo cui "l'aggiudicatario (e l'offerente in aumento di sesto) è un soggetto che, a seguito del procedimento di vendita, ha acquistato aspettative che possono essere legittimamente pregiudicate soltanto attraverso l'aggiudicazione definitiva ad altro offerente e non anche dalla pura e semplice volontà di altri soggetti...Nulla giustifica, pertanto, il sacrificio dell'aspettativa dell'aggiudicatario, ad ottenere con l'esaurimento del procedimento di vendita, il trasferimento coattivo del diritto sul bene: e nulla si oppone che, pur estinguendosi il processo esecutivo, il procedimento di vendita continui a svolgersi fino al decreto di trasferimento, tra i soggetti interessati"; V. A.SALETTI, voce *Estinzione del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, XIII, pag. 19 e la dottrina ivi citata; A.CERINO CANOVA, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1980, I, pag. 137 ss. offre una rigorosa trattazione per dimostrare che nel sistema allora vigente l'effetto traslativo della vendita forzata si perfezionasse con l'aggiudicazione e non già con il versamento del prezzo o con il decreto di trasferimento.
- 72)** Entrato in vigore già dal 29 maggio 2005 con d.l. 35 del 2005, pubblicato in G.U. del 14 maggio 2005.
- 73)** Cass. S.U. n. 25507 del 30 novembre 2006, in *Giur. It.*, 2007, I, 1717,: "Le Sezioni Unite ritengono che la norma contenuta nell'art. 187 bis disp. att. si applica ai processi in corso...Si tratta infatti di norma interpretativa, come è reso palese da questi fattori: la necessità di comporre un contrasto interpretativo che...si era creato tra la giurisprudenza di questa corte e la dottrina; la volontà del legislatore di porvi mano con un'interpretazione autentica come si ricava dall'espressione «al 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 L. n.80 del 2005 di conversione del D.L. n.35 del 2005."
- 74)** Come parte della dottrina ha voluto ritenere attribuendo già all'aggiudicazione provvisoria la natura di fattispecie negoziale. D'altronde non si spiegherebbe perchè il legislatore, volendo chiarire questo punto; lo abbia fatto intervenendo sul codice di procedura (e nelle disp. di att.) anziché sul codice civile.
- 75)** S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da P.Rescigno, Tutela dei diritti, II, pag. 222 e ss. L'autore, ripercorrendo l'evoluzione degli studi relativi alla natura della vendita forzata, ricorda come il dibattito teorico ha preso le mosse da una ricostruzione di diritto privato (in virtù di una cultura dominante che vedeva nel processo un rapporto giuridico di diritto privato, nonché a causa della lacunosità della vigente disciplina processuale). A seguito delle insormontabili difficoltà ricostruttive date dal problema del difetto della volontà del titolare del diritto venduto (che hanno costretto i teorici a prospettare la tesi del mandato *ex lege* o di uno *ius vendendi* in capo al creditore o la tesi della rappresentanza dell'organo pubblico o dell'espropriazione del potere dispositivo), la dottrina era approdata ad una concezione pubblicistica della vendita forzata idonea a spiegare alcune differenze rispetto alla vendita di diritto privato. La tesi pubblicistica costringeva, però, a delle forzature la posizione del terzo offerente che veniva configurato come ausiliario del giudice (tesi di S. Satta poi rivista dallo stesso autore, in proposito si veda la critica di S.PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pag. 311 e s) o come portatore di una domanda giudiziale. Secondo Mazzamuto la teoria che meglio compone in modo rigoroso il carattere pubblico e quello privato della vendita forzata, forme processuali e sostanza di diritto materiale è la teoria dell'atto-procedimento. A.NASI, *Processo ed esecuzione nel fallimento*, Padova, 1973, pag. 74 ss., spiega come dalla concezione negoziale, attraverso la

concezione amministrativa, la dottrina sia pervenuta al riconoscimento della natura giurisdizionale e della struttura processuale della vendita forzata.

- 76)** P. LICCARDO, *Sull'aumento di sesto nella vendita con incanto*, in *Giust. Civ.*, 1988, I, pag. 2650, in nota a Cass. 12 aprile 1988 n. 2871 (naturalmente secondo il sistema previgente all'ultima riforma del c.p.c.), secondo cui la natura dell'offerta di acquisto è sempre negoziale, ma distinta nella vendita senza incanto da quella con incanto: nella vendita senza incanto l'ordinanza di vendita è *provocatio ad offerendum* per cui l'offerta di acquisto si presenta come proposta contrattuale cui corrisponde il potere discrezionale del G.E. nella valutazione della stessa; nella vendita con incanto l'ordinanza di vendita ha valore di proposta contrattuale per cui l'offerta si configura come accettazione della stessa e in quanto valida e non superata da altre configura ex se il diritto dell'offerente ad essere dichiarato aggiudicatario. Si veda l'acuta critica alla teoria negoziale dell'offerta di F. MAZZARELLA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, XLVI, pagg. 574 e 575.
- 77)** S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pag. 179 secondo cui la volontà dell'organo pubblico è elemento necessario e sufficiente perché si abbia trasferimento coattivo "nei casi in cui è richiesta anche la manifestazione di volontà del privato, questa non si fonde con la volontà dell'organo pubblico e conserva una funzione subordinata: non è causa efficiente del trasferimento, ma, se mai, presupposto per l'acquisto in favore di un determinato soggetto. La volontà dell'organo pubblico è di per sé sola capace di staccare il diritto dal titolare e di collegarlo a qualsiasi altro soggetto, cioè di effettuare coattivamente il trasferimento; la volontà del privato serve a determinare il soggetto concreto al quale il diritto va collegato"...*la manifestazione di volontà del privato può essere al più condizione per l'emanazione dell'atto amministrativo*".. e ancora "il provvedimento e l'atto negoziale non si fondono in un atto unico e non costituiscono, a fortiori un negozio giuridico....Il trasferimento coattivo perciò non si effettua, come quello volontario, a mezzo di un negozio giuridico; esso ha come base un atto unilaterale emanante dall'organo pubblico, il quale può essere accompagnato da un negozio unilaterale di natura privatistica che ne costituisce una condizione di efficacia"; ma anche G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA E G. BRANCA, *Della tutela dei diritti*, Bologna-Roma 1964, pagg. 100 e ss. e Cass. n. 1299 del 5 aprile 1977, in *Giust. Civ.*, 1977, I, 1169, con nota di E. ALVINO, *Effetto traslativo della vendita forzata e questioni relative*; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da P. Rescigno, *Tutela dei diritti*, II, pag. 222 e ss. secondo cui lo schema del procedimento consente il rinvio dell'effetto al provvedimento finale e preserva l'autonomia strutturale del singolo atto. Per cui si potrà avere un'offerta a carattere negoziale destinata a confluire in un provvedimento con caratteri pubblicistici. S. SATTÀ, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952, pag. 119 e s. distingue tra procedimento di vendita e vendita: l'offerta negoziale del terzo si inserisce nel primo ed eventuali suoi vizi possono essere fatti valere con mezzi di impugnazione procedurali, la vendita che ne è il risultato finale è inattaccabile, una volta che il procedimento si sia concluso e i vizi sanati.
- 78)** ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1962 pag. 368 s.; ZANZUCCHI - VOCINO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1964, p. 83. Secondo Cass. n. 4615 del 1985, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 2908, i vizi sostanziali di cui è affetta l'offerta, traducendosi in vizi di legittimità dell'ordinanza di aggiudicazione, possono essere fatti valere solo nei modi e nei termini dell'opposizione agli atti esecutivi. Nel senso che anche la responsabilità dell'aggiudicatario inadempiente è una responsabilità processuale per aver agito nel processo in contrasto con gli elementari doveri di lealtà e probità che vietano di esporre il corso della giurisdizione e gli interessi che vi sono in gioco ad intralci e a ritardi v. F. MAZZARELLA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, XLVI, pag. 577.
- 79)** In tal senso L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1922, pag. 364, ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1964, 82 ss. secondo cui il terzo sarebbe titolare di una vera e propria azione autonoma costitutiva mediante la quale egli farebbe valere il diritto potestativo di produrre l'effetto traslativo della proprietà del bene pignorato a proprio vantaggio. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pag. 197 parla dell'aggiudicatario come di parte in senso processuale (interveniante volontario). Si leggano in proposito le parole di F. MAZZARELLA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, XLVI, pag. 577 ss. secondo cui l'idea che il terzo facendo un'offerta proponga una domanda giudiziale appare come una generica affermazione " *...probabilmente basata sulla suggestione determinata dall'atto di chi chiede qualcosa ad un giudice sperando di ottenerla; quasi che importasse trovare una categoria mentale opposta a quella di negozio, sagomata, per di più, sulla teoria degli atti del processo di cognizione, secondo il noto, ricercato, parallelismo. E' sfuggito così l'intrinseco valore della domanda di cui il terzo è portatore che non può essere ricercato nella peculiarità del processo esecutivo.*".... Qui si è in presenza di un'offerta negoziale che, a determinate condizioni, deve essere accolta. L'offerta allora è esercizio di quel diritto costituzionalmente

garantito alla proprietà . L'offerta lungi dall'essere un mero atto negoziale o un puro domandare processuale appare come richiesta di esercizio di un vero e proprio diritto sostanziale (alla proprietà). Ciò spiega perché nessuno può essere escluso dalla vendita forzata. Si veda anche M. DI BENEDETTO, *Aggiudicazione ex art. 583 c.p.c. con mandato rilasciato dopo la presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1992, pag. 998. Contra A.NASI, *Processo ed esecuzione nel fallimento*, Padova, 1973, pag. 87 secondo cui la ricostruzione non risponde alla realtà giuridica.

80) In tal senso tra gli altri V. DENTI, voce *Procedimento civile (atti del)*, in *Digesto Disc. Priv.*, Torino, 1996, XIV, sub 8, pag. 557.

81) Cass. n. 9377 del 11 giugno 2003 , in *Giur. It.*, 2004, 746 e Cass. n. 12969 del n13 luglio 2004 hanno espressamente riconosciuto il diritto dell'aggiudicatario definitivo ad ottenere il decreto di trasferimento, anche in caso di estinzione del processo esecutivo (la prima) o chiusura della procedura fallimentare (la seconda).

82) Spunti di riflessioni interessanti in proposito sono offerti dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte: Cass. S.U. n. 413 del 1983, in *Giust. Civ.*, 1983, I, pag. 1511, esplicitamente, dopo aver ricostruito la posizione giuridica di aggiudicatario provvisorio e offerente in aumento, ad entrambi riconosce la legittimazione all'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. contro la dichiarazione di improcedibilità; in quanto pregiudizievole della loro posizione processuale, se pur differenziata. Entrambi sono "opponenti principali" legittimati anche al ricorso ex art. 111 Cost.; Cass. n.4030 dell'11 giugno 1983, in *Mass. Giust. Civ.*, 1983, riconosce una tutela sul piano processuale ai partecipanti al processo che sono, oltre al debitore esecutato e i creditori intervenuti, anche l'aggiudicatario provvisorio e l'offerente in aumento di sesto. *"Nel processo esecutivo, mancando il contraddittorio, non vi è la presenza di "parti" in contrapposizione dialettica tra loro, bensì di soggetti partecipanti al processo che sono non soltanto il creditore pignorante, i creditori intervenuti ed il debitore esecutato, bensì anche - tra gli eventuali "altri interessati" indicati nel comma 1 dell'art. 485 - l'aggiudicatario provvisorio e l'offerente in aumento di sesto la cui posizione giuridica si concreta nel diritto di partecipare alla gara indicenda dal giudice dell'esecuzione e che sono legittimati a proporre, avverso l'ordinanza dichiarativa dell'estinzione del processo esecutivo, il reclamo di cui all'ultimo comma dell'art. 630 onde far valere - a tutela della loro posizione nel processo esecutivo - l'eventuale illegittimità di tale ordinanza."* Cass. S.U. 11178 del 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 3468 e ss., in particolare 3485, individua, invece, l'evidente funzione dell'art. 569, nell' *"evitare che i terzi che assumeranno il ruolo di parti del procedimento di vendita siano esposti a subire l'incidenza di nullità determinatesi in un procedimento al quale sono rimasti estranei"*; Per la legittimazione all'opposizione agli atti esecutivi dei terzi offerenti in genere v. anche , voce *Vendita forzata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, XLVI, sub 21, pag. 584.

83) Cass. S.U. n. 11178 del 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 3468 e ss , e già Cass. n. 8236 del 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 399 e in *Giust. Civ.*, 1994, I, 1205.

84) Cass. n. 8236 del 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 399 e in *Giust. Civ.*, 1994, I, 1205, s, Cass. n.11178 del 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 3468 e ss., e Cass. S.U. n. 413, del 18 gennaio 1983, in *Giust. Civ.*,1983, I, 1506 (ma si registra in materia qualche oscillazione).

85) Cass. n.13354 del 2004, in *Riv. Es. Forz.*, 2004, pag. 804 ss., ha ripreso la distinzione tra udienza e incanto di cui a Cass. S.U. n. 11178 del 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 3468 e ss, per giungere alla inapplicabilità dell'art. 631 nel caso di difetto di comparizione del creditore all'udienza fissata per la vendita. Il nuovo art. 631 espressamente si pronuncia sul punto.

86) Tra le altre Cass. n. 5375 del 1991 e Cass. n.6603 del 1984.

87) Spunti di riflessioni interessanti in proposito sono offerti dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte: ad esempio Cass. S.U. 11178 del 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 3468 e ss, individua l'evidente funzione dell'art. 569, laddove preclude alla fase successiva le nullità della fase precedente, nell' *"evitare che i terzi che assumeranno il ruolo di parti del procedimento di vendita siano esposti a subire l'incidenza di nullità determinatesi in un procedimento al quale sono rimasti estranei"*.

88) Cass. n. 2871 del 12 aprile 1988, in *Giust. Civ.*, 1988, I, 2650 con nota critica di P LICCARDO, *Sull'aumento di sesto nella vendita con incanto*, e in *Foro it.*, 1989, I, 1923 con nota di R. VACCARELLA, *Orientamenti e disorientamenti giurisprudenziali in tema di aumento di quinto*, recita: *" la partecipazione alla procedura esecutiva immobiliare (e tale è in concreto il tema in decisione) costituisce, indiscutibilmente, svolgimento di attività processuale e più specificamente partecipazione ad un processo esecutivo. Ed è regola generale che le parti possono svolgere attività processuali solo a mezzo di procuratore legale, di modo che possono svolgere quella stessa attività "personalmente" solo quando la legge lo prevede; ma non è mai consentito il conferimento, a tale scopo, di una procura speciale a persona che non sia procuratore legale..."*

- 89)** Da questo punto di vista l'ordinanza di vendita anche nella vendita senza incanto non sarebbe più una *provocatio ad offerendum*, ma, in presenza di determinate condizioni, vincolerebbe il giudice a dichiarare l'aggiudicazione a favore del miglior offerente.
- 90)** La Cass. n. 13354 del 2004, in *Riv. Es. Forz.*, 2004, pag. 804, aveva già reinterpretato la norma previgente nel senso di ritenere inapplicabile l'art. 631 c.p.c. alle udienze di vendita, ma la norma espressa oggi sgombra il campo da qualsiasi equivoco.
- 91)** Laddove la parola "vendita", oltre che all'udienza con presenza di offerenti, potrebbe riferirsi a tutte le udienze della fase di vendita, cioè della liquidazione dei beni.
- 92)** Con un presumibile ampliamento ai terzi interessati all'acquisto alla legittimazione all'opposizione agli atti esecutivi, prima riservata solo all'aggiudicatario provvisorio e al terzo offerente in aumento.
- 93)** Ad esempio nel nuovo rito, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 161 *bis* disp. att., i terzi offerenti hanno diritto a che si svolga la vendita anche di fronte ad una richiesta congiunta dei creditori di rinvio, ma non pare che sia possibile ricavare da questa norma un vero e proprio diritto soggettivo all'acquisto (l'eventuale estinzione travolge, infatti, questa loro posizione ex art. 632), ma solo di un diritto alla regolarità della procedura che è tutelato processualmente anche perchè coincidente con l'interesse pubblico allo spedito e celere svolgimento del processo.
- 94)** Cass. S.U. n. 25507 del 30 novembre 2006 (in *Giur. It.*, 2007, I, 1717) parlare di "un nuovo bilanciamento degli interessi" in gioco, effettuato dal legislatore del 2005, "il quale tutela i terzi che sono venuti in contatto con la procedura esecutiva, conferendo loro posizioni giuridiche soggettive meritevoli di protezione per il fatto che lo svolgimento della procedura esecutiva ha avuto uno svolgimento regolare..." A proposito del rapporto tra parti dell'azione esecutiva e aggiudicatario provvisorio.
- 95)** R. VACCARELLA, *Orientamenti e disorientamenti in materia di aumento di sesto...*, cit.
- 96)** Cassazione (con la sentenza n. 2600 del 18 agosto 1962, in *Foro it.*, 1963, I, 22) in un caso in cui l'estinzione per rinuncia agli atti era stata dichiarata dopo la presentazione di un'offerta in aumento di sesto revocata, statui, tra l'altro, con formulazione che ha fatto scuola, che "l'aumento di sesto costituisce un proseguimento dell'incanto con le forme della vendita senza incanto. L'aumento è, pertanto, retto dall'ordine di vendita iniziale e l'offerta si presenta come ultima offerta rispetto a quella precedente dell'aggiudicatario e, conseguentemente, con il carattere di irrevocabilità propria dell'offerta in sede di incanto".
- 97)** Nel senso che è il provvedimento del giudice dell'esecuzione che, riconosciuta la validità ed efficacia dell'offerta, disponendo la gara fa venire meno gli effetti dell'aggiudicazione provvisoria e non la proposizione dell'offerta si vedano Cass. n. 10684 del 1995 e Cass. n. 10693 del 2003.
- 98)** Mentre un certo contrasto giurisprudenziale vi è stato tra chi ha ritenuto che gli offerenti al precedente incanto non potessero partecipare alla fase di aumento e chi invece ha ritenuto che non vi fosse ragione per escluderli.
- 99)** Ovvero si attende il decorso dei 10 giorni, se sono proposte offerte in aumento di indice la gara, ecc.
- 100)** R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti*, in *Enc. Dir.*, sub 9, pag. 983. Sull'accettazione in generale si veda A.MASSARI, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1968, sub 5.
- 101)** Spunti di interesse in tal senso si trovano in S. SATTÀ, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952, pag. 121 che parla della vendita come di "un procedimento che si inserisce nel processo di espropriazione ed è regolato da norme giuridiche indiscutibilmente vincolanti per coloro che sono chiamati a svolgere l'attività necessaria al raggiungimento dello scopo dell'alienazione del bene...Soggetto di questo procedimento sono esclusivamente i concorrenti alla vendita e l'organo che procede alla vendita: il debitore e i creditori lo sono soltanto in quanto parti del processo, o in quanto cioè il procedimento, si inserisce nel processo".
- 102)** Sulla legittimazione all'opposizione agli atti esecutivi al provvedimento che dichiara l'improseguibilità o sull'esperibilità del reclamo contro l'ordinanza dichiarativa dell'estinzione da parte di aggiudicatario e offerenti si veda anche R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti*, cit., sub 9 pag. 982 e s.
- 103)** E' la stessa Cassazione ad aver ribadito che le posizioni dei terzi sono secondarie ed emergono solo quando quelle principali delle parti del processo non si siano esaurite.
- 104)** V. DENTI, voce *Procedimento civile (atti del)*, in *Digesto Disc. Priv.*, Torino, 1996, XIV, sub 8, pag. 557; C. PUNZI, *Il Processo Civile (Sistema e problematiche)*, vol. I, *I soggetti e gli atti*, cit., pag. 33 quanto alla definizione di atti processuali e procedimento.
- 105)** E. FAZZALARI, voce *Procedimento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1986, XXXV, sub 7, pag. 824 secondo cui la struttura del procedimento si coglie davanti ad una serie di norme, ciascuna delle quali regola

una condotta, ma enuncia come presupposto del proprio operare il compimento di un'attività regolata da un'altra norma della serie; davanti ad una serie di facoltà, poteri e doveri che risultano anch'essi collegati in modo che , ad esempio, un potere spetti ad un soggetto quando un dovere sia stato compiuto da lui o da altri, e, a sua volta, costituisca presupposto per l'insorgere di un altro potere (o facoltà, o dovere); davanti ad una serie di atti ciascuno dei quali è legato agli altri in guisa di essere la conseguenza dell'atto che lo precede e il presupposto di quello che lo segue.

- 106)** E. FAZZALARI, *op. loc. ultt. citt.*, sub 11, pag. 830.
- 107)** In tal modo si attua quel collegamento, con carattere di necessità giuridica, tra i singoli atti che differenzia il procedimento dalla fattispecie a formazione successiva. Così V. DENTI, voce *Procedimento civile (atti del)*, *cit.*, sub 1, pag. 553
- 108)** V. DENTI, voce *Procedimento civile (atti del)*, *cit.*, sub 2, pag.554.
- 109)** E. FAZZALARI, voce *Procedimento (teoria generale)*, *cit.*, sub 8, pag. 825.
- 110)** E. FAZZALARI, voce *Procedimento (teoria generale)*, *cit.*, sub 7, pag 825.
- 111)** R. VILLATA E G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, Torino, 1 996, XI..
- 112)** Si pensi alla pubblicità dell'avviso di vendita, al diritto di ciascuno di acquistare all'asta pubblica (salve specifiche eccezioni), all'utilizzo di una perizia giurata, al sistema delle offerte in genere.
- 113)** L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, pag. 258 e ss.
- 114)** R. VILLATA E G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, *cit.*, i quali rimandano a ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1987, XXXVII, pag. 556
- 115)** S.PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, Cass. n. 4899 del 1980 parla di trasferimento coattivo.
Ma pure ; G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, *cit.* pag. 109. E.SILVESTRI, voce *Trasferimento*,(I - I trasferimenti coattivi), in *Enc. Giur.*, Milano, 1992. Cass. n.1299 del 5 aprile 1977, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, I, I, 1169, con nota di E. ALVINO, *Effetto traslativo della vendita forzata e questioni relative*.
- 116)** A. NASI, *cit.*, pag. 74 ss, passa in rassegna l'evoluzione storica della ricostruzione della vendita forzata da una concezione privatistica ad una concezione pubblicistica di diritto amministrativo fino all'attuale concezione processuale giurisdizionale. C.PUNZI, *Il processo civile (Sistema e problematiche)*, vol. IV, *Il processo di esecuzione*, *cit.*, pag. 219 e ss., a proposito degli incidenti di cognizione del processo esecutivo strutturati come fasi autonome annota che tale struttura del processo esecutivo è dovuta proprio all'origine amministrativa e non giurisdizionale del processo esecutivo. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, pag. 69 e ss., pagg 183 e ss., secondo cui i trasferimenti coattivi vivono in seno a procedimenti, sono trasferimenti di diritti (tra vivi) a titolo oneroso senza il concorso della volontà del titolare. Nell'esecuzione forzata l'esecuzione è il procedimento, la vendita è il trasferimento coattivo, l'atto finale di diritto pubblico. Il processo esecutivo persegue un fine pubblico, ma attivato su iniziativa del privato. G. CHIOVENDA, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, I, pag. 99. E ss.
- 117)** Si tratta di una delle tante definizioni della giurisdizione volontaria, cioè di quell'attività devoluta ai giudici che non tratta della cognizione di diritti soggettivi contestati, ma di gestione pubblica di interessi privati . Le varie definizioni della giurisdizione volontaria spesso si possono attagliare anche all'attività di esecuzione forzata. Si veda ad esempio la rassegna in proposito di F. DE STEFANO, *Manuale di Volontaria Giurisdizione*, Padova, 2002, pagg. 1 e ss. Nel senso che la vendita forzata avesse duplice contenuto e duplice carattere, natura giurisdizionale da una parte e natura di giurisdizione volontaria dall'altra (precisamente nei rapporti con i terzi) si veda la ricostruzione di A. ROCCO, *Il Fallimento*, Milano 1962, pag. 61 e ss.
- 118)** S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, *cit.*, pag. 340. Ma anche S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952, pag. 121 che parla della vendita come di "un procedimento che si inserisce nel processo di espropriazione ed è regolato da norme giuridiche indiscutibilmente vincolanti per coloro che sono chiamati a svolgere l'attività necessaria al raggiungimento dello scopo dell'alienazione del bene...Soggetto di questo procedimento sono esclusivamente i concorrenti alla vendita e l'organo che procede alla vendita: il debitore e i creditori lo sono soltanto in quanto parti del processo, o in quanto cioè il procedimento, si inserisce nel processo".
- 119)** R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti*, in *Enc. Dir.*, sub 9., pag. 983. In tal senso R. VACCARELLA, *Orientamenti e disorientamenti...* *cit.*, "A mio avviso non vi è nulla di singolare nel fatto che , nonostante l'estinzione, il processo esecutivo prosegua per portare a conclusione taluni sub procedimenti, deve ritenersi

che il procedimento di vendita può ben proseguire dopo l'estinzione: sicché o l'aggiudicazione provvisoria si consoliderà definitivamente decorsi i 10 giorni ovvero si avranno offerte e la gara ad esse conseguente. Ed infatti se l'avvenuta aggiudicazione non può vanificare l'aspettativa (diritto) dell'aggiudicatario, l'estinzione del processo esecutivo non può dal canto suo, pregiudicare l'interesse del debitore a conseguire dall'ormai intervenuta alienazione del bene pignorato, il prezzo possibilmente più elevato". A. CERINO CANOVA, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1980, I, pag,173 nota 144 riferito alle attività di perfezionamento della vendita.

- 120)** Testualmente R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti*, in *Enc. Dir.*, cit., sub 9, pag. 983.
- 121)** Tale tesi risulterebbe, inoltre, coerente con la posizione del creditore precedente rispetto alla vendita e all'acquirente da vendita forzata. Il creditore non può che, infatti, restare responsabile della bontà della vendita secondo le norme previste dal c.p.c. e dal c.c. in materia.
- 122)** Basti pensare alle facoltà concesse all'aggiudicatario di acollo del debito ipotecario, ecc. per capire come le parti del processo esecutivo non siano indifferenti all'esaurimento delle operazioni di vendita.
- 123)** In tal senso si legga anche Cass. n. 9377 dell'11 giugno 2003, in *Giur. It.*, 2004, 746 a proposito della competenza del G.E., successiva alla declaratoria di estinzione, a statuire sulle eventuali questioni sull'applicazione del II comma dell'art. 632.
- 124)** L'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.
- 125)** Si veda in tal senso Cass. S.U. n. 25507 del 30 novembre 2006, in *Giur. It.*, 2007, I, 1717.
- 126)** Salvo aderire alla tesi secondo cui, non la presentazione dell'offerta, ma il provvedimento del giudice di indizione della gara produrrebbe la caducazione dell'aggiudicazione, ché, allora, occorrerebbe verificare nel caso di specie se la gara fosse già stata indetta o meno.