

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
DIPARTIMENTO  
DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI ED ECONOMICO-SOCIALI

---

18. GIULIO QUADRI, *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, 2004.
19. SALVATORE BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo. I*, 2005.
20. ANNA MARIA GRIECO, *Libertà e azione sindacale dei lavoratori autonomi*, 2005.
21. AA.VV., *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Anzecchino*, 2005.

---

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI ED ECONOMICO-SOCIALI

---

21

---

**SCRITTI SUL PROCESSO  
ESECUTIVO E FALLIMENTARE  
IN RICORDO DI  
RAIMONDO ANNECCHINO**

---

JOVENE EDITORE 2005

---

Ma, come si è detto, i contrasti continuano a manifestarsi. La S.C. ritiene, talvolta, ordinatorio e, talvolta, decisorio il provvedimento emesso su reclamo in sede di liquidazione dell'attivo, con apprezzamenti dai margini largamente discrezionali, che sconfinano talvolta nell'arbitrio. Il che produce gravi e persistenti incertezze<sup>98</sup>. E tali contrasti sarebbero destinati, inevitabilmente, ad aumentare nel momento in cui sull'opposizione agli atti esecutivi dovesse decidersi con ordinanza non impugnabile.

Se debbo dire la verità, con la massima franchezza, non mi pare che si sia fatto un gran passo in avanti estendendo al processo esecutivo singolare quell'aggrovigliata problematica della decisorietà dell'atto, responsabile di tanti dubbi nell'ambito del processo fallimentare, e non solo in tale ambito.

In una sentenza della Corte di Cassazione<sup>99</sup> per giustificare il ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* avverso un provvedimento reso in forma diversa dalla sentenza ed il cui carattere decisorio era molto dubbio, si legge che «negare la ricorribilità non può avere altro valore che quello di inaccettabile sofisma di mera impronta accademica».

Ecco, mi preoccupa, soprattutto, il sostanziale arbitrio che finisce con il riconoscersi alla S.C., libera di stabilire caso per caso, senza la predeterminazione di criteri sicuri ed univoci per l'operatore del diritto (il quale non può così fare affidamento, in materia processuale, su punti di riferimento certi), se ammettere o no il ricorso.

<sup>98</sup> Cfr. LO CASCIO, in *Giust. civ.*, 1989, I, 340 – nota a Cass., 26 ottobre 1988 n. 5796 –; TISCINI, in *Riv. esec. forz.*, 2000, 79, 81 ss.

<sup>99</sup> 6 aprile 1995 n. 4035, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2401.

NICOLA RASCIO

NOTE PROBLEMATICHE SULLA VIOLAZIONE  
DELL'ART. 485 C.P.C.  
E SULLE SUE CONSEGUENZE

SOMMARIO: 1. Esecuzione, effettività, ragionevole durata. – 2. Una recente dottrina e una giurisprudenza consolidata. – 3. Possibili fondamenti (e sicuri limiti) normativi del contraddittorio esecutivo. – 4. Le ragioni di un apparente paradosso. – 5. Legittimità di un tentativo (in nome della ragionevole durata del processo esecutivo). – 6. L'ordinanza pronunciata con violazione dell'art. 485 c.p.c. è viziata... – 7. (*Segue*) ...ma il suo vizio può essere fatto valere? – 8. Due obiezioni. – 8.1. Nullità, interesse, pregiudizio. – 8.2. Debitore, esecuzione, pregiudizio. – 9. Riepilogo e precisazioni.

1. *Esecuzione, effettività, ragionevole durata.* – Da più parti, con occasioni diverse, è stata ancora di recente riaffermata la particolare esigenza di effettività, anche con riguardo alla dimensione temporale, propria della tutela giurisdizionale esecutiva.

Nel dichiarare incostituzionale l'art. 66 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, laddove non consente il rilascio dell'originale o della copia esecutiva della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale se non dopo il pagamento dell'imposta di registro, la Corte costituzionale ha segnalato come la norma illegittima desse luogo ad una irragionevole diversità fra processo di cognizione e processo esecutivo nel «bilanciamento fra l'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale e quello alla riscossione dei tributi»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Corte cost., 6 dicembre 2002 n. 522, in *Corr. giur.*, 2003, 313, con nota di CONTE, *Diritto di difesa in executivis: cadono un privilegio fiscale ed un limite di pignorabilità*, e in *Riv. dir. proc.*, 2003, 599, con nota di DANOVÌ, *L'obbligo di registrazione non può condizionare l'avvio del processo esecutivo*: in motivazione la sentenza richiama la decisione (Corte cost., 5 ottobre 2001, n. 333, in *Foro it.*, 2001, I, 3017, con osservazioni di PIOMBO) che ha dichiarato illegittimo, sempre per violazione dell'art. 24 Cost., l'art. 7 della l. 9 dicembre 1998, n. 431, laddove condizionava l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato alla dimostrazione della regolarità della posizione fiscale del locatore.

Ancor più significativa appare l'altra decisione che, per violazione degli art. 3 e 24 Cost., ha riconosciuto illegittimo l'art. 30-bis c.p.c. nella parte in cui non esclude che la speciale regola di competenza per territorio da esso prevista trovi applicazione nei processi di esecuzione forzata promossi da o contro magistrati in servizio nel distretto di corte di appello comprendente l'ufficio giudiziario competente ai sensi dell'art. 26 c.p.c.<sup>2</sup>. Considerato che quello esecutivo «è un processo totalmente funzionale all'attuazione forzata del diritto consacrato nel titolo esecutivo, in cui tutti i provvedimenti del giudice dell'esecuzione... tendono alla realizzazione coattiva di quanto... statuito nel titolo» e che proprio «in evidente correlazione a tali caratteristiche... l'art. 26 c.p.c. radica la competenza territoriale in tema di esecuzione forzata nel luogo in cui la pretesa del creditore precedente può in concreto essere attuata», la Consulta spiega infatti che la norma al suo esame, se applicata al processo esecutivo «assume come preminente un'esigenza (quella di tutelare l'imparzialità-terzietà del giudice dell'esecuzione civile) concepita in termini del tutto astratti e generali, non correlati ai connotati tipici di quel processo, e trascura l'esigenza di garantire piena ed effettiva tutela giurisdizionale alle pretese azionate in via esecutiva»: di rilievo è dunque la circostanza, che in questo caso la Corte abbia riconosciuto la preminenza dell'effettività rispetto ad altro valore inerente al processo, in ragione delle peculiarità (non più dell'omogeneità) della tutela esecutiva rispetto ad altre forme di tutela giurisdizionale dei diritti.

Com'era prevedibile, in tema di diritto ad un'equa ripara- zione per violazioni del termine di ragionevole durata del processo (l. 24 marzo 2001, n. 89), la Corte di cassazione ha scelto

<sup>2</sup> Corte cost., 12 novembre 2002, n. 444, in *Foro it.*, 2002, I, 3262, con nota redazionale. In seguito Cass., 10 gennaio 2003 n. 274 (ord.), in *Giust. civ.*, 2003, I, 1245, deliberata però in una camera di consiglio tenutasi prima della pubblicazione della pronuncia della Consulta, ha invece negato in via interpretativa l'applicazione dell'art. 30-bis c.p.c. ai procedimenti di esecuzione forzata (ma non anche ai giudizi di opposizione).

di tenere «ben presenti» i principi elaborati dalla Corte di Strasburgo in ordine all'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo ed ha così statuito che va considerata anche la durata del processo esecutivo, precisando che pure il ritardo conseguente alla doverosa applicazione di atti normativi – disponibili nella specie proroghe legali degli sfratti – è rilevante, ferma la possibilità per il giudice di sottoporre al vaglio di legittimità costituzionale disposizioni di legge in contrasto con il novellato art. 111, 2° co., Cost.<sup>3</sup>.

Da tempo, per vero, la dottrina aveva segnalato la «mistificazione» consistente nel costruire un processo esecutivo (nel particolare quello per rilascio) come strumento liberamente utilizzabile dal creditore avente titolo, ma per effetto di scelte legislative «sicuramente destinato a non sfociare nell'attuazione del diritto in tempi ragionevoli»<sup>4</sup>. E più in generale già dal primo comma dell'art. 24 Cost. aveva tratto la rilevanza della durata (e dei risultati concreti) dell'esecuzione forzata nella verifica di adeguatezza della disciplina positiva «all'imperativo costituzionale di *effettività*» della tutela giurisdizionale dei diritti<sup>5</sup>. Di modo che la riflessione sui rapporti fra art. 111 Cost. ed esecuzione ha semplicemente rappresentato l'occasione per ribadire che l'effettività della tutela, importante nel processo cognitivo, «assume però una dimensione fondamentale nel processo di esecuzione, ove predomina il conseguimento del risultato pratico»<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Così, ad esempio, Cass., 22 ottobre 2002 n. 14885, in *Foro it.*, 2003, I, 837, con nota di GALLO, dove altre indicazioni.

<sup>4</sup> SALETTI, *Riflessioni de iure condendo sul processo esecutivo*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 43 e 52-53. Sui dubbi di legittimità costituzionale suscitati dal meccanismo di graduazione prefettizia nell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili locati per uso abitativo, TRISORIO LIUZZI, *L'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili*, in *Riv. esec. forzata*, 2003, 1 ss., spec. 24 ss.

<sup>5</sup> COMOGLIO, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 452, 454-455, 458, 465 ss. Sulla durata ragionevole quale «presupposto indeffettibile di un'efficiente tutela giurisdizionale» v. ancora ID., *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 10.

<sup>6</sup> CARPI, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 387.

Rimane tuttavia la prospettiva nuova per l'interprete che, tra possibili letture di una o di più norme di legge in combinato disposto, deve preferire quella più aderente al valore della ragionevole durata del processo (specie esecutivo), pur quando una diversa non parrebbe lesiva anche del diritto di azione: fermo il necessario contemperamento con gli altri pariorinati valori contemplati nell'art. 111 Cost.<sup>7</sup> e fermo il dovuto rispetto di preminenti garanzie processuali espresse, in special modo, dagli artt. 24, 2° co., e 25 della Carta fondamentale<sup>8</sup>.

2. *Una recente dottrina e una giurisprudenza consolidata.* – Proprio questa prospettiva mi pare sottesa alle valutazioni di autorevole dottrina, in uno studio avente ad oggetto la garanzia costituzionale del contraddittorio, intesa come necessariamente operante «all'interno dell'iter formativo del provvedimento»: imprescindibili esigenze di efficienza e non tardiva operatività della giustizia civile spingono infatti a considerare simile garanzia come non necessariamente operante in tutti i processi, essendo invece sufficiente che la legge assicuri, a chi abbia visto sacrificato un proprio interesse meritevole di tutela senza tutti i canoni imposti dal nuovo art. 111 Cost., la possibilità di un processo in cui, questa volta nel rispetto di quei canoni, «ogni giudizio di fatto e di diritto... sia integralmente rinnova-

<sup>7</sup> Corte cost., 4 luglio 2001, n. 216 (ord.), in *Giur. cost.*, 2001, 1926, e 19 novembre 2002, n. 462 (ord.), in *Foro it.*, 2003, I, 714, con nota di richiami, nel dichiarare manifestamente infondate questioni di legittimità costituzionale dell'art. 30-bis c.p.c. sollevate (pure) in rapporto all'art. 111 Cost. per la non applicabilità della disposizione ai giudizi in corso al momento della sua entrata in vigore, hanno contrapposto ai principi (asseritamente lesi) del giusto processo e della terzietà e imparzialità del giudice quello della ragionevole durata, che avrebbe potuto subire lesione in caso di assoggettamento dei giudizi in corso alla nuova regola.

<sup>8</sup> OLIVIERI, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, 251 ss., con affermazioni condivise da COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, cit., 29-30. Sulla necessità di contemperare le esigenze della ragionevole durata con gli altri principi costituzionali del processo v. pure SCARSELLI, *La ragionevole durata del processo civile*, in *Foro it.*, 2003, V, 126 ss.

to e rimosso». Fra i processi così sottratti alla predetta garanzia vi sono – a fianco di quelli monitorio, per convalida dello sfratto, cautelare, di dichiarazione del fallimento – i processi esecutivi, «i cui provvedimenti sono soggetti alle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi»<sup>9</sup>.

È difficile non avvertire assonanza fra l'impostazione appena riportata e il sedimentato orientamento giurisprudenziale a detta del quale non è consentito proporre opposizione ex art. 617 c.p.c. avverso un'ordinanza del g.e. sol perché non preceduta, pur richiedendo la legge l'audizione degli interessati, dalla (valida) convocazione per l'udienza secondo le modalità dell'art. 485 c.p.c.

A fondamento della soluzione, difatti, viene solitamente<sup>10</sup> indicata la circostanza che nel processo esecutivo, diretto non

<sup>9</sup> MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 ss. A conclusioni analoghe perviene COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, cit., 16-17.

L'affermazione, secondo cui «il contenuto minimo della garanzia del contraddittorio nel processo esecutivo consiste nella notizia che il debitore (o il terzo) esecutato ha dell'esistenza del processo e nella possibilità di opporsi (agli atti o all'esecuzione)», è peraltro già in MICCOLIS, *Il diritto di difesa nell'espropriazione per credito fondiario*, nota a Corte cost., 14 novembre 1984, n. 249, in *Foro it.*, 1985, I, 2540-2541 e 2544.

<sup>10</sup> Cass., 30 marzo 1971 n. 924, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 72, e Cass., 13 gennaio 1976 n. 94, *ivi*, 1976, voce *cit.*, nn. 40-42: le due pronunce si riferiscono genericamente alle fattispecie in cui la legge prevede l'audizione del debitore; Cass., 6 marzo 1986 n. 1479, *ivi*, 1986, voce *cit.*, n. 58, accomuna la mancata preventiva convocazione per l'udienza e l'omessa successiva comunicazione dell'ordinanza del g.e. (come risulta dalla motivazione, quest'ultima era l'ipotesi concreta esaminata); Cass., 25 ottobre 1958 n. 3468, in *Temi nap.*, 1959, I, 390, e Cass., 21 maggio 1962 n. 1161, in *Giust. civ.*, 1962, I, 2149, in motivazione: in entrambi i casi il debitore si era opposto all'ordinanza di nomina dell'esperto per la determinazione del valore dell'immobile pignorato (ulteriore rilievo della Corte è che siffatto provvedimento costituisce non un atto di esecuzione, bensì un atto preparatorio); Trib. Trani, 22 gennaio 1986 (ord.), in *Foro it.*, 1986, I, 1060, su di una contestazione relativa (non ad un provvedimento del g.e., ma) alla circostanza che l'esperto nominato dal g.e. aveva comunicato l'inizio delle operazioni peritali direttamente al debitore anziché al suo difensore nel domicilio eletto; Cass., 27 aprile 1967 n. 761, *ivi*, 1967, I, 1224, e Cass., 26 luglio 1967 n. 1981, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *cit.*, n. 31, riferite al-

all'accertamento di diritti bensì alla loro pratica realizzazione sulla scorta di un preesistente titolo esecutivo, la convocazione

la mancata audizione del debitore ex art. 559 c.p.c. prima della sostituzione del custode e della redazione della consulenza tecnica: nella decisione più remota la Corte si premura anche di aggiungere che entrambi non sono atti esecutivi, ma, rispettivamente, provvedimento conservativo e atto preparatorio; Cass., 24 luglio 1993 n. 8293, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1042, con note di BESSO, relativa ad altre questioni affrontate dalla sentenza, e (in senso critico) di GILI, *Principio del contraddittorio ed esecuzione forzata*: nella specie erano viziate le notificazioni successive al pignoramento immobiliare, ma l'opposizione era comunque tardiva perché proposta dopo il decorso di cinque giorni dalla rituale notificazione del progetto di distribuzione del ricavato; Cass., 25 febbraio 1994 n. 1929, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce cit., nn. 44 e 57: la decisione conferma che la convocazione delle parti è diretta non ad assicurare il formale contraddittorio, ma solo ad un miglior esercizio della potestà ordinatoria, sicché la violazione delle disposizioni degli art. 569 e 485 c.p.c. non si riflette necessariamente sugli atti successivi, determinando invece senz'altro lo spostamento in avanti del termine per l'opposizione ex art. 617 c.p.c., il che basta ad escludere lesioni dell'art. 24 Cost., non verificandosi alcuna decadenza dal potere di far valere eventuali vizi; Cass., 30 luglio 1997 n. 7109, *ivi*, 1997, voce cit., n. 22, precisa che, essendosi il debitore doluto esclusivamente dell'omessa audizione, «mancava... il presupposto per l'accoglimento dell'opposizione» (il rilievo, peraltro, è reso nella specie superfluo dall'accertamento che legittimamente non era stata fissata l'udienza ex art. 530 c.p.c., trattandosi di piccola espropriazione); Cass., 4 luglio 1962 n. 1686, in *Foro it.*, 1963, I, 840, in un caso in cui il debitore si opponeva al provvedimento con cui il g.e. aveva disposto un secondo incanto senza procedere all'audizione delle parti e dei creditori iscritti ai sensi dell'art. 590 c.p.c. (qui il discorso si fa un po' più diffuso: secondo la Cassazione, non solo l'omissione delle formalità prescritte dagli artt. 590 e 485 c.p.c. non è positivamente sanzionata di nullità, ma neppure potrebbe esserlo, mancando nel processo esecutivo il principio del contraddittorio, destinato ad esplicarsi soltanto nell'ambito delle opposizioni; la convocazione mira solo ad attuare la collaborazione fra le parti e il giudice, per cui la sua mancanza non consente di proporre opposizione agli atti se non quando abbia provocato un autonomo vizio o l'incongruità dell'atto successivo); anche Trib. Massa, 29 marzo 1978, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 182, con nota adesiva di ENZIO ALLORIO, *Questioni in tema di decreto di trasferimento nell'esecuzione forzata immobiliare*, si occupa della mancata audizione del debitore nell'udienza fissata ai sensi dell'art. 590 c.p.c. (aggiungendo che le disposizioni di cui agli artt. 590-591 «sono dettate esclusivamente nell'interesse dei creditori»); Cass., 28 luglio 1969 n. 2865, in *Foro it.*, 1969, I, 2217: nella specie il debitore deduceva, oltre alla mancata audizione preventiva, che l'assegnazione dei beni era stata disposta al di fuori dei casi in cui la legge la consente, ma con un'opposizione tardiva, perché proposta dopo i cinque giorni dalla conoscenza dell'ordinanza di assegnazione; Cass., 28 giugno 2002 n. 9488, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 616, con nota critica di GIUSEPPE FI-

delle parti e degli eventuali altri interessati avviene per favorire il migliore esercizio della potestà ordinatoria del giudice e non per assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, estraneo a quel processo<sup>11</sup>. Solo in aggiunta sono talora svolti argomenti ulteriori, per un verso incentrati sulla distinzione, nell'ambito di ciascuna delle fasi in cui si può articolare l'esecuzione, tra gli atti preparatori (fra i quali si collocano quelli diretti a provocare l'audizione delle parti) e il finale atto esecutivo, unico opponibile ex art. 617 c.p.c., certo anche per la mancanza o l'irregolarità di atti preliminari, ma solamente nella misura in cui abbia influito su di esso, viziandolo<sup>12</sup>; per altro ver-

NOCCHIARO, *Concordato preventivo, divieto di azioni esecutive individuali e tutela dell'aggiudicatario*, relativa all'opposizione proposta dall'aggiudicatario avverso l'ordinanza con cui il g.e., senza preventiva audizione delle parti, dichiarava improcedibile l'esecuzione immobiliare essendo stata presentata, dopo il versamento del prezzo ma prima della pronuncia del decreto di trasferimento, domanda per l'ammissione al concordato preventivo: la Corte precisa, di rinvio agli argomenti consueti, che nella specie nessuna disposizione di legge prescrive l'audizione delle parti; e aggiunge che la mancata audizione non ha in concreto prodotto alcun effetto invalidante, perché l'ordinanza di improcedibilità appare del tutto legittima a mente dell'art. 168 l.f. e in considerazione del non ancora avvenuto effetto traslativo.

<sup>11</sup> Estraneità, questa, sovente richiamata dalla S.C. anche a fini diversi: così per spiegare perché il processo esecutivo non conosce vicende interruttrive (Cass., 8 ottobre 1968 n. 3164, in *Giust. civ.*, 1969, I, 1361; Cass., 24 luglio 1969 n. 2807, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 141; Cass., 13 giugno 1994 n. 5721, in *Giust. civ.*, 1995, I, 482); per giustificare la validità dell'istanza di vendita personalmente sottoscritta dal creditore (Cass., 14 maggio 1969 n. 1681, in *Foro it.*, 1970, I, 590, secondo cui fino a quando il processo esecutivo non si «ricostruisce come giudizio nell'opposizione», non vi sono parti cui possa applicarsi la necessità del patrocinio); per escludere l'applicazione degli artt. 214 ss. sul disconoscimento da parte del debitore delle scritture prodotte contro di lui (Cass., 1° aprile 1992 n. 3933, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Prova documentale*, n. 26, che definisce quello esecutivo un processo avente natura sommaria, caratterizzato dall'assenza di contraddittorio immediato).

<sup>12</sup> Cass., 13 febbraio 1988 n. 1550, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Esecuzione forzata in genere*, nn. 44-45, sull'opposizione proposta per far valere la mancata comunicazione al debitore dell'udienza per la determinazione delle modalità della vendita; Cass., 22 novembre 1994 n. 9885, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1198: qui era il terzo proprietario che si opponeva all'ordinanza di vendita e agli atti successivi perché non convocato per l'udienza ex art. 569 c.p.c.

so fondati sulla, in qualche misura connessa, necessità che l'opponente adduca «elementi concreti idonei a suffragare una fattispecie reale giustificatrice dell'interesse... all'opposizione per non essere stato sentito»<sup>13</sup>.

Con l'avvertenza che non mancano pronunce non (del tutto) in linea<sup>14</sup> e che altre invece pervengono ad esiti conformi ma

<sup>13</sup> Un cenno è già nella motivazione di Cass., 30 gennaio 1979 n. 688, in *Dir. giur.*, 1981, 961, con nota sostanzialmente adesiva di RICCIARDELLI, *Brevi riflessioni in tema di contraddittorio esecutivo*, relativa ad un caso in cui, in assenza dei presupposti di legge, la vendita era stata disposta con decreto, senza neppure fissare l'udienza per l'audizione delle parti; poi, in maniera più netta, la citata Cass. n. 1550/1988; Trib. Reggio Emilia, 8 gennaio 1996, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 589, con nota critica di BIFFI, *Successione nel processo esecutivo e principio del contraddittorio*: l'opposizione (ad ogni buon conto tardiva per decorso dei cinque giorni dalla conoscenza dell'atto) era proposta dall'erede del debitore esecutato (defunto dopo il pignoramento) avverso l'ordinanza di aggiudicazione per la mancata comunicazione dell'avviso di fissazione dell'udienza di audizione ex art. 569 c.p.c. e degli atti successivi. È forse possibile accostare a queste decisioni Cass., 18 giugno 1980 n. 3859, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 47, nella cui massima si legge che l'ordinanza in tema di conversione del pignoramento pronunciata, «in violazione del principio del contraddittorio», in udienza diversa da quella fissata, non è inesistente, bensì affetta da semplice invalidità, da far valere, «ove abbia comportato una lesione dell'interesse del debitore», con l'opposizione agli atti nel termine di legge.

<sup>14</sup> Si vedano: Cass., 15 ottobre 1966 n. 2474, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 1417, con nota sul punto perplessa di BUCCOLO, *La sospensione di fatto e la ripresa delle attività nella esecuzione specifica*, che ha ritenuto la nullità degli atti di esecuzione specifica per violazione del contraddittorio, non avendo il consulente portato a legale conoscenza dell'obbligato la ripresa delle operazioni già di fatto sospese; Cass., 25 marzo 1975 n. 1141, *ivi*, 1976, I, 1, 673, la cui motivazione sembra profilare la nullità dell'ordinanza di cui all'art. 612 c.p.c. pronunciata *inaudita altera parte* (per essere stata notificata all'obbligato una copia del decreto priva dell'indicazione dell'udienza di comparizione): si tratta peraltro di una considerazione formulata in via ipotetica, collocata com'è tra la recisa affermazione che «il processo esecutivo è un processo senza contraddittorio» e l'assorbente rilievo della tardività dell'opposizione; forse Cass., 12 aprile 1980 n. 2342, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Esecuzione forzata per obl. pecuniarie*, n. 11, per la quale, presentata istanza di conversione nella stessa udienza fissata per la vendita del bene, il g.e., qualora non siano presenti tutte le parti, deve fissare altra udienza, disponendone la comunicazione, «al fine di rispettare l'obbligo della loro preventiva audizione» (ma non precisa quali sarebbero le conseguenze della violazione); Cass., 14 maggio 1991 n. 5375, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 522,

seguendo itinerari diversi<sup>15</sup>, ben può dirsi che quella sopra riassunta rappresenta, ormai da diversi decenni<sup>16</sup>, la posizione «ufficiale» della Suprema Corte.

3. *Possibili fondamenti (e sicuri limiti) normativi del contraddittorio esecutivo.* – Neppure il più analitico riconoscimento del contraddittorio nel processo esecutivo giunge ad affermarne l'assoluta vigenza. Tanto in coerenza con la premessa

che in motivazione afferma che il g.e. non avrebbe potuto disporre la vendita dell'immobile stante (a quanto è dato comprendere) la nullità della notificazione (tra l'altro) del provvedimento di fissazione dell'udienza ex art. 569 c.p.c.: però la decisione, segnalata dalla dottrina come «una grossa novità» (ORIANI, *Il processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 349), pare pronunciata nell'inconsapevolezza dei precedenti difformi e comunque ormai sembra costituire «un incidente di percorso» piuttosto che «l'inizio di nuovi orientamenti»; Cass., 27 gennaio 1999 n. 718, in *Foro it.*, 1999, I, 2588, con nota di IOZZO, *Creditori personali del coniuge ed espropriazione forzata dei beni della comunione legale ex art. 189, 2° comma, c.c.*: la sentenza si preoccupa in motivazione di individuare le conseguenze della «mancanza dell'avviso di pignoramento» ai comproprietari del bene (in realtà sembra piuttosto riferirsi all'invito a comparire dinanzi al g.e.: art. 180, 2° co., disp. att. c.p.c.) e afferma che senza la prescritta audizione nessuna delle possibilità previste dall'art. 600 c.p.c. «può essere realizzata» e dunque «il processo esecutivo deve arrestarsi», per poi porre l'ulteriore problema, che però mi sembra lasci irrisolto, «della sorte dei provvedimenti adottati dal g.e. senza che sia stato dato avviso ai comproprietari non debitori».

<sup>15</sup> Per Cass., 19 marzo 1979 n. 1606, in *Foro it.*, 1979, I, 933, con nota di richiami di PROTO PISANI, non può essere opposta per mancata audizione (art. 559 c.p.c.) l'ordinanza di sostituzione del custode dell'immobile pignorato, essendo la stessa una misura conservativa, non incidente sul processo esecutivo e comunque non impugnabile ai sensi dell'art. 66 c.p.c. Secondo Trib. Cassino, 17 dicembre 1990, *ivi*, 1992, I, 234, con nota di GENOVESE, decaduto il debitore dal beneficio della conversione del pignoramento, concesso dopo che era stata già disposta la vendita all'incanto dei beni pignorati, l'incanto può essere fissato senza dover convocare nuovamente le parti e senza che ciò provochi alcuna nullità, essendo già stata soddisfatta la necessità della loro audizione prima della determinazione delle modalità della vendita.

<sup>16</sup> Cfr. anche Cass., 29 gennaio 1957 n. 307, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Esecuzione forzata per obbligazioni pecuniarie*, n. 54, e Cass., 26 febbraio 1966 n. 598, *ivi*, 1966, voce *cit.*, n. 62, secondo le quali «la mancata comunicazione al debitore esecutato dell'ordinanza riservata con cui il g.e. fissa la vendita non è causa di nullità degli atti del procedimento esecutivo».

posta, e cioè che detto riconoscimento sarebbe sì indispensabile per «la legittimità costituzionale ed internazionale (ai sensi della convenzione europea)» della disciplina positiva dell'esecuzione, ma ben potrebbe accontentarsi del «contenuto minimo» del contraddittorio, atteso che esso legittimamente può realizzarsi «in modi qualitativamente e quantitativamente diversi»<sup>17</sup>.

Inevitabile e scontata, in primo luogo, appare la limitazione «quantitativa» dal contraddittorio, che risulta «parziale» per l'esclusione «quanto meno, dei fatti costitutivi, modificativi, impeditivi ed estintivi del diritto portato dal titolo esecutivo»: ma la limitazione si rivela anche legittima, perché costituisce il riflesso, l'unico però, della disuguaglianza fra le parti che, «a

<sup>17</sup> TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 195.

In dottrina la (peculiare) struttura contraddittoria del processo esecutivo è riconosciuta, ad esempio, anche da CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, I, 105-106; ID., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 296-297; NASI, *Contraddittorio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 725-726; VERDE, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano, 1968, 111 ss., il quale in conclusione consente a che si parli di contraddittorio nel processo esecutivo, «purché si tenga presente che si tratta di una immagine decolorata di quello esistente nell'ordinario processo di cognizione»; LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 391 ss.; ID., *Esecuzione forzata*, I, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 3-4; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1093-1094; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 233; LUISO, *L'esecuzione «ultra partes»*, Milano, 1984, 2, in nota 1, 5-6, 184 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, Milano 2000, I, 31, e III, 53 ss.; BONSIGNORI, *Esecuzione forzata in genere*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1991, 604 ss.; VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1993, 87 ss.; COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del)*, I, Aggiornamento, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1997, 19; VERDE-CAPPONI, *Profili del processo civile*, III, Napoli, 1998, 13 ss.; CAPPONI, *Alcuni problemi su contraddittorio e processo esecutivo (alla luce del nuovo art. 111 della Costituzione)*, in *Riv. esec. forzata*, 2001, 28 ss.; CARPI, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, cit., 403 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2002, I, 116, e III, 13 ss.; VALERIA VERDE, *Sul principio del contraddittorio nel processo esecutivo e sulla tutela del debitore esecutato di fronte all'intervento dei creditori*, in *Riv. esec. forzata*, 2002, 455 ss.

monte dell'esecuzione», deriva dall'efficacia incondizionata del titolo esecutivo<sup>18</sup>.

Invece – riconosciuto nella fase, pur unilaterale ed esterna al processo, di notificazione del titolo esecutivo e del precetto il risultato, indispensabile al contraddittorio, di informare il debitore della pretesa esecutiva<sup>19</sup>; giustificata con l'esigenza «assicurativa lato sensu», cui il pignoramento risponde, la possibilità di imporre il vincolo esecutivo senza la partecipazione del debitore, in un momento dell'esecuzione al quale il g.e. è del resto estraneo<sup>20</sup> – rivolta alla «fase giudiziale dell'espropriazione», cui non è aliena un'attività di «cognizione» degli organi esecutivi «in relazione ai presupposti del loro operare ed alle modalità da seguire nell'esecuzione», darebbe esito positivo l'indagine, diretta a verificare se «ogni qual volta il giudice dell'esecuzione debba assumere un provvedimento... il debitore non solo ne sia messo a conoscenza, ma sia posto in grado di compiere preventivamente le attività assertive e probatorie, consentanee con la struttura del processo, ed idonee ad influire sul contenuto del provvedimento giudiziale»<sup>21</sup>.

Giustifica questa conclusione, specialmente, la triade composta dagli artt. 485, 486 e 487 c.p.c.<sup>22</sup>: il primo di essi perché nello stabilire le modalità della convocazione in udienza, per le occasioni fissate dalla legge o individuate dal giudice, distingue la posizione delle «parti» (pignorante, creditori intervenuti e debitore) da quella degli «altri interessati», e cioè prevede solo per l'assenza di taluna delle prime, qualora appaia indipendente «dalla sua volontà», il rinvio ad altra udienza; il secondo per la circostanza che consente di individuare lo scopo dell'audizione, prima e ancor più che nell'acquisizione di notizie utili, nella formulazione e trattazione delle domande e delle istanze che possono essere proposte al g.e.; il terzo non solo

<sup>18</sup> TARZIA, *op. cit.*, 202-204 e 247.

<sup>19</sup> TARZIA, *op. cit.*, 208-210.

<sup>20</sup> TARZIA, *op. cit.*, 214-218.

<sup>21</sup> TARZIA, *op. cit.*, 201-203.

<sup>22</sup> TARZIA, *op. cit.*, 218-224.



perché prescrive in linea generale per i provvedimenti del g.e. la forma dell'ordinanza, che è tipicamente resa in contraddittorio e motivata, bensì pure per il conseguente, espresso richiamo all'art. 186, con l'effetto di rendere generale l'obbligo del g.e. di sentire le ragioni delle parti prima di provvedere, e agli artt. 176 ss., così che risulta assicurata pure la conoscenza del provvedimento (art. 176, 2° co.) ai fini della proposizione dei rimedi di legge.

Il contraddittorio, pertanto, non si imporrebbe soltanto in forza di puntuali previsioni del codice di rito (tra le quali vengono segnalate quelle degli artt. 495, 496, 530, 541-542, 569, 572, 590, 596-598) e delle sue disposizioni di attuazione (art. 175) relative all'esercizio «dei principali poteri esecutivi materiali» del g.e. (e si pensi anche, senza pretesa di completezza, agli artt. 510, 515, 552, 554, 559, 595, 600 e 163, 168, 171, 172, 176, 178, 180 disp. att.). Ma attraverso il segnalato richiamo dell'art. 487 all'art. 186 sarebbe destinato a realizzarsi anche in mancanza di una prescrizione specifica, com'è per l'eliminazione del cumulo dei mezzi di espropriazione (art. 483) e per i «provvedimenti ordinatori» che il g.e. è chiamato a pronunciare quando «rilevi, su osservazione di parte o d'ufficio, una questione processuale». E andrebbe inoltre assicurato in occasione dell'esercizio dei poteri di revoca e modifica attribuiti al g.e. dallo stesso art. 487, il regime non potendo essere altro da quello del provvedimento su cui si incide<sup>23</sup>.

Tutto questo, peraltro, con l'ulteriore limitazione, «qualitativa» adesso, del contraddittorio esecutivo, che risulta anche «attenuato, in relazione ai limitati poteri delle parti»<sup>24</sup>, nonché, mi sentirei di aggiungere, assolutamente *deformalizzato*<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> TARZIA, *op. cit.*, 224-228, testo e nota 112, e 230-233.

<sup>24</sup> TARZIA, *op. cit.*, 203-204 e 247.

<sup>25</sup> Cfr. quanto scrive lo stesso TARZIA, *op. cit.*, 230: «La struttura del processo influisce poi sui modi dell'assunzione, svincolando il processo esecutivo dagli schemi propri del processo di cognizione ordinario, e consentendo dunque che la prova sia raccolta nella forma che apparirà più idonea». E v. pure la motivazione di Cass., 15 maggio 1967 n. 1017, in *Foro it.*, 1967, I, 1152, dove si legge che il g.e. «nell'am-

Senza trascurare, infine, che emergono «momenti» dell'esecuzione nei quali non appare imposta, proprio alla luce della disciplina positiva, quella audizione attraverso cui si ritiene garantito il contraddittorio: così è per i provvedimenti diretti ad eliminare le «difficoltà» insorte nelle esecuzioni in forma specifica (artt. 610 e disp. att. 183; art. 613), che vanno assunti con decreto e rispetto ai quali dunque, già per questo, non è possibile estendere il richiamo operato dall'art. 487 all'art. 186 (mentre l'audizione della parte obbligata è oggetto di specifica previsione nell'art. 612)<sup>26</sup>; così ancora può accadere «per l'emanazione di provvedimenti su situazioni consequenziali ad altre, sulle quali le parti sono state sentite», come ad esempio per la decadenza del debitore dal beneficio della conversione del pignoramento<sup>27</sup>. Ma si può anche pensare, facendo applicazione dei medesimi criteri, al decreto con cui viene autorizzata la vendita o l'assegnazione nella piccola espropriazione mobiliare (art. 530, 5° co.); nonché, se è vero che la partecipazione alla fase di ricognizione dei presupposti del provvedimento andrebbe consentita, perché il contraddittorio possa dirsi rispettato, prima di tutto a coloro che degli effetti del provvedimento stesso sono i destinatari<sup>28</sup>, ai decreti con cui l'aggiudicatario inadempiente viene dichiarato decaduto e poi condannato a versare la differenza fra il prezzo da lui offerto e quello minore successivamente realizzato (art. 587 e artt. 176-177 disp. att.), come pure al decreto che consente di pignorare cose nella di-

bito dei poteri direttivi attribuitigli dalla legge, fissa con criteri di ampia discrezionalità i termini, non legati a rigide misure di legge, che ritiene di dover concedere alle parti o agli altri interessati per la comparizione dinanzi a lui e per la loro audizione (art. 485 c.p.c.)».

<sup>26</sup> TARZIA, *op. cit.*, 241-246.

<sup>27</sup> TARZIA, *op. cit.*, 227, nota 111, nonché ID., *La conversione del pignoramento con versamento rateale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 455, nota 61, e 456-457.

<sup>28</sup> Secondo la prospettiva, particolarmente feconda proprio con riferimento al processo esecutivo, di chi suggerisce di «guardare il fenomeno delle parti come strumento attraverso cui si realizza la partecipazione al processo – il diritto di difesa – dei soggetti destinatari degli effetti (diretti o indiretti) del provvedimento del giudice»: PROTO PISANI, *Parte (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1981, 925 e 930 ss.

sponibilità del debitore ma che si trovano in luoghi non a lui appartenenti (art. 513, 3° co.).

Comprensibile allora il conclusivo riconoscimento che, a ragione della sua attenuazione all'interno di un processo il quale «tende alla maggiore celerità ed immediatezza nell'attuazione della sanzione esecutiva», la realizzazione della «garanzia costituzionale» non sarebbe piena «se non sussistesse un'ampia gamma di possibilità di far luogo a giudizi di cognizione ordinaria», anche, fra l'altro, «sull'esistenza dei presupposti processuali e sulla legittimità, e persino l'opportunità degli atti esecutivi»<sup>29</sup>.

4. *Le ragioni di un apparente paradosso.* – Il notissimo studio, di cui ora si sono riportati così ampi passaggi, precede la riforma dell'art. 111 Cost. e trae dalla garanzia del diritto di difesa (art. 24, 2° co., Cost.) l'esigenza del contraddittorio esecutivo ed insieme del suo completamento mediante giudizi a cognizione ordinaria diretti (anche) al controllo dei provvedimenti del g.e.<sup>30</sup>. Le più recenti considerazioni della dottrina ricordata al principio del § 2. invece, proprio alla luce del novellato art. 111 Cost., che il contraddittorio esplicitamente riconosce, giungono ad escluderne la necessaria vigenza nel processo esecutivo, in nome dei valori di efficienza e tempestività della tutela giurisdizionale e della sufficienza della previsione di un successivo giudizio in cui il soggetto pregiudicato dal provvedimento del g.e. possa conseguire, questa volta nel rispetto del contraddittorio, la rivalutazione dei presupposti di quel provvedimento ed eventualmente la sua rimozione.

Non si tratta di un esito paradossale.

Il fatto è, che per costruire un processo esecutivo già al suo interno in regola con il contraddittorio che la Costituzione oggi impone, sarebbe necessario non soltanto eliminare le residue

<sup>29</sup> TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, cit., 247.

<sup>30</sup> Così pure COMOGLIO, *Principi costituzionali*, cit., 460 e 462. E poi ancora, più di recente, lo stesso TARZIA, *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 334-336.

ipotesi di provvedimenti non preceduti dall'audizione dei destinatari, ma anche prevedere – a meno di non voler cogliere la semplice posizione di una riserva di legge nella formula dell'art. 111, 1° co., Cost., per la quale il «giusto processo» deve essere anche «regolato dalla legge»<sup>31</sup> – che nel corso di questa audizione le iniziative delle parti si svolgano sempre secondo moduli predeterminati dalla legge e non rimessi, com'è nell'attuale modello deformalizzato, alla discrezionalità del g.e.

Ad un simile risultato si oppone però il contestuale riconoscimento del valore della ragionevole durata del processo e con esso del principio di economia processuale<sup>32</sup>. Riconoscimento che anzi consente di identificare un'esigenza costituzionalmente rilevante (tanto più per la tutela esecutiva), in nome della quale sarebbe possibile giustificare (persino) l'integrale sacrificio del contraddittorio all'interno dell'esecuzione, purché bilanciato dalla previsione di una sede idonea in cui recuperare pienamente, all'occorrenza ed in via posticipata, tutte le garanzie della difesa, secondo forme predeterminate dalla legge<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> V. però PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 265 ss. Per altri riferimenti: RASCIO, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale*, *ivi*, 2001, I, 608-609, testo e note.

<sup>32</sup> OLIVIERI, *La «ragionevole durata»*, cit., 254.

<sup>33</sup> Con la considerazione svolta nel testo, unita al rilievo che la tempestiva conoscenza delle ordinanze del g.e. non pronunciate in udienza è (almeno sul piano normativo) assicurata dalla previsione della comunicazione entro i tre giorni successivi (art. 176, 2° co., c.p.c.), dovrebbe trovare risposta la preoccupazione espressa da TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, cit., 207-208 e 247, il quale, pur riconoscendo che «laddove la reazione al provvedimento illegittimo o inopportuno sia possibile soltanto con l'opposizione agli atti... il contraddittorio, nella sua forma posticipata ed eventuale, è comunque assicurato» e che «il rimedio dell'opposizione agli atti assicura dunque sempre la garanzia costituzionale del contraddittorio», osserva che però «non si ritrovano nell'esecuzione forzata, globalmente considerata, né quella serie di misure che sono poste nel procedimento monitorio a tutela della parte ingiunta (notificazione del provvedimento a pena di inefficacia, al fine della provocazione al contraddittorio, e normale sospensione dell'efficacia del provvedimento durante il termine concesso per l'opposizione), né, d'altro canto, quelle ragioni d'urgenza e di immediatezza che presiedono all'esclusione del contraddittorio, sovente anche se non sempre, dalla fase iniziale dei procedimenti cautelari».

Sede idonea è senza dubbio il giudizio di opposizione agli atti dell'art. 617 c.p.c.<sup>34</sup>.

Il rimedio, infatti: va introdotto in un termine che decorre dalla notizia dell'atto<sup>35</sup>; pur strutturalmente autonomo è funzionalmente collegato al processo esecutivo; spetta a tutti coloro che vi partecipano avverso atti invalidi (e anche irregolari, ma solo quando riguardi il titolo esecutivo o il precetto)<sup>36</sup>, illegittimi, inopportuni<sup>37</sup>, senza alcuna limitazione legata alla possibilità di richiedere per i medesimi motivi allo stesso g.e. la revoca o la modifica delle sue ordinanze (art. 487 c.p.c.)<sup>38</sup>; con-

<sup>34</sup> Le cui principali caratteristiche sono di recente riepilogate da ORIANI, *L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi*, in *Riv. esec. forzata*, 2001, 8 ss., al fine di segnalare il «rischio che il giudice dell'opposizione agli atti sia prevenuto nel decidere sull'opposizione avverso i suoi provvedimenti»: ma il rischio, cui pure andrebbe posto rimedio (cfr. le soluzioni proposte da ORIANI, *op. cit.*, 19 ss., ma v. anche Corte cost., 28 novembre 2002 n. 497, in *Riv. esec. forzata*, 2003, 188, che ha dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 51, 617 e 618 c.p.c., nella parte in cui non prevedono l'astensione obbligatoria del giudice dell'opposizione agli atti proposta avverso un provvedimento da lui stesso pronunciato), non intacca l'idoneità del giudizio ex art. 617 c.p.c. come sede per la piena realizzazione del contraddittorio eventuale e differito. Su quanto segue nel testo v. anche VACCARELLA, *Opposizioni all'esecuzione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 9 ss. Una ricostruzione assolutamente diversa è prospettata invece da TOMELI, *Il problema delle opposizioni nel processo esecutivo*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Milano, 1995, II, 711 ss.

<sup>35</sup> ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, in *Dig. Civ.*, XIII, Torino, 1995, 612 e 628; VACCARELLA, *op. cit.*, 13.

<sup>36</sup> LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali*, cit., 488-490, testo e nota 14; ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, I, in *Enc. giur.*, XXI, Roma 1990, 6. *Contra*, MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel diritto processuale civile*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, II, Milano, 1979, 1276-1277, testo e nota 22, nonché ID., *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 450 ss.

<sup>37</sup> PROTO PISANI, *In tema di poteri del giudice dell'opposizione agli atti esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 387. Cfr. anche Cass., 20 febbraio 1993 n. 2072, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 67.

<sup>38</sup> ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 613-614; VITTORIA, *Il controllo sugli atti del processo di esecuzione forzata, l'opposizione agli atti esecutivi e i reclami*, in *Riv. esec. forzata*, 2000, 379-380; STORTO, *Il potere di revoca delle ordinanze del g.e.: la Cassazione mette alcuni punti fermi ed evidenzia un contrasto di giurisprudenza*, no-

sente di ottenere, in un ordinario processo a cognizione piena, la rivalutazione degli elementi di fatto e di diritto già considerati dal g.e. in sede di emanazione dell'ordinanza opposta<sup>39</sup>; determina il litisconsorzio necessario fra tutti i soggetti interessati alle sorti dell'atto, sovente individuati dalla giurisprudenza proprio mediante il richiamo all'elenco dell'art. 485 c.p.c.<sup>40</sup>; contempla misure, *i.e.* i provvedimenti «opportuni» e «indilazionabili» dell'art. 618 c.p.c., atte ad assicurare l'efficacia della futura decisione, neutralizzando il pregiudizio nel frattempo arrecato dall'atto opposto<sup>41</sup>; si chiude con sentenza, ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost., che in caso di accoglimento dell'opposizione non opera la sostituzione del provvedimento opposto ma, quando essa debba avvenire ad opera del g.e., ne predetermina i contenuti, con prescrizioni cui il g.e. è tenuto ad uniformarsi<sup>42</sup>.

ta a Cass., 10 febbraio 2003 n. 1936, in *Corr. giur.*, 2003, 902 ss.: si tratta di rimedi concorrenti, il cui coordinamento si fonda sulla diversità della sede di esercizio e dell'evento preclusivo, non richiede altresì differenziazione nei motivi (cfr. al riguardo Cass., 21 aprile 1997 n. 3427, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 76: «la scelta tra l'uno o l'altro rimedio, esperibile indifferentemente per motivi di opportunità o motivi di legittimità (art. 177 c.p.c.), è rimessa al richiedente»).

<sup>39</sup> Cfr., solo in via d'esempio, Cass., 19 luglio 1997 n. 6665, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 117, relativa ad un'opposizione avverso il provvedimento con cui, ai sensi del primo comma dell'art. 624 c.p.c., l'esecuzione era stata sospesa: si legge, tra l'altro, in motivazione che il sindacato del giudice dell'opposizione agli atti può avere ad oggetto «anche il contenuto del giudizio espresso dal giudice dell'esecuzione in ordine alla sussistenza o no dei gravi motivi che giustificano la sospensione».

<sup>40</sup> Cass., 23 giugno 1997 n. 5591, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 29, e Cass., 11 febbraio 1999 n. 1150, in *Giur. it.*, 1999, 2253. Sul punto v. ancora ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 622-623, e VACCARELLA, *Opposizioni all'esecuzione*, cit., 13.

<sup>41</sup> ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 623-624; LUISO, *Sospensione (processo di esecuzione forzata)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 65.

<sup>42</sup> ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 435 ss. e 439 ss. La più generica affermazione che al g.e. «competerà, sempre in quanto possibile, il mettere un altro atto al posto di quello viziato» si trova, ad esempio, pure in MANDRIOLI, *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, cit., 462, e in BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1996, 330.

5. *Legittimità di un tentativo (in nome della ragionevole durata del processo esecutivo)*. — I superiori svolgimenti non preludono alla formulazione di proposte *de iure condendo*, dirette a ridurre i momenti dialettici nell'esecuzione<sup>43</sup>: ad esempio sulla scia della Commissione Tarzia, la quale, costituita con l'obiettivo di perseguire mediante un disegno di legge delega per la revisione del codice di procedura civile «la razionalizzazione e l'effettiva accelerazione delle procedure, nel più scrupoloso rispetto dei diritti di difesa delle parti»<sup>44</sup>, appariva propensa ad abbandonare il modello del processo esecutivo per udienze<sup>45</sup>; ovvero attraverso l'ulteriore dilatazione dell'ambito di applicazione del procedimento semplificato oggi previsto per la piccola espropriazione mobiliare (art. 530, 5° co., c.p.c.), la cui «rivitalizzazione»<sup>46</sup> (art. 72, l. 26 novembre 1990, n. 353) a suo tempo non ha suscitato dubbi di costituzionalità in punto di difesa debitore, incontrando piuttosto diffusi consensi<sup>47</sup>.

Né, *de iure condito*, essi vogliono rinnovare l'idea secondo la quale la convocazione disciplinata dall'art. 485 c.p.c. serve

<sup>43</sup> Per la semplificazione delle forme del processo esecutivo, avvertendo l'esigenza di recuperarne «i valori di insopprimibile adeguatezza», si esprime COMOGLIO, *Principi costituzionali*, cit., 465 ss.

<sup>44</sup> TARZIA, *Per la revisione del codice di procedura civile. Qualche notizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 945.

<sup>45</sup> Cfr. la Relazione, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 1000, nonché VACCARELLA, *Le linee essenziali del processo esecutivo secondo il progetto della Commissione Tarzia*, *ivi*, 1998, 366-367 e 373.

<sup>46</sup> PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 291.

<sup>47</sup> SALETTI, *Art. 72*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile (l. 26 novembre 1990, n. 353)*, Commentario a cura di Tarzia e Cipriani, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, 290-291, dove si segnala che l'innovazione legislativa trova riscontro in un diffuso «rito pretorio, secondo il quale, nelle esecuzioni mobiliari di minor valore, la vendita viene disposta con decreto, senza udienza di comparizione delle parti»; ID., *Riflessioni de iure condendo*, cit., 42; NELA, *Art. 72*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, il quale riconosce che l'udienza di autorizzazione della vendita si rivela «spesso priva di utilità», indicando tuttavia una diverso inconveniente, legato alle possibili compressioni della *par condicio creditorum*.

(non a realizzare una forma, per quanto «minore» e di per sé insufficiente, di contraddittorio, bensì) a provocare la reazione dell'esecutato mediante il ricorso alle opposizioni<sup>48</sup>.

L'obiettivo è assai più modesto. Quanto si intendeva riscontrare è la legittimità costituzionale, nonché la maggiore aderenza alla direttiva della ragionevole durata imposta al legislatore dal novellato art. 111 Cost., del risultato cui perviene la ricordata giurisprudenza della Corte di Cassazione, che non ammette l'opposizione agli atti sol per far valere la mancata osservanza, da parte del g.e., delle regole di convocazione delle parti.

Per quanto detto, in effetti, appare non costituzionalmente doverosa ed invece portatrice di gravi diseconomie processuali — nei mezzi da impiegare come nei risultati conseguibili — la di-

<sup>48</sup> Solo la cui proponibilità collocherebbe il contraddittorio, e però nella sua forma piena e completa, fin dentro l'esecuzione: si tratta della ricostruzione di MAZZARELLA, *Sul contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 622 ss., spec. 637-641, sulla quale, in chiave critica, v. le osservazioni di VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., 83 ss.

Più in generale, escludono che nel processo esecutivo (in senso stretto) riceva attuazione il principio del contraddittorio, tra gli altri, FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, 17 ss., 82-83, 105 ss., per il quale la previsione di udienze innanzi al g.e. risponde al principio di collaborazione fra le parti e il giudice; ID., *La sospensione del processo esecutivo*, Milano, 1956, 110 ss.; DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 13; MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 461; ALLORIO-COLESANTI, *Esecuzione forzata (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 734-735; MICHELI, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Libro VI, *Tutela dei diritti* (artt. 2900-2969), Bologna-Roma, 1962, 378-379; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, 65, 229 ss., 255; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965, 88 ss., 126-127; BUCOLO, *La sospensione di fatto e la ripresa delle attività nella esecuzione specifica*, cit., 1418; COLESANTI, *Il terzo debitore nel pignoramento di crediti*, Milano, 1967, II, 234-235, testo e nota 42; REDENTI-VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1999, 195 ss., dove il contraddittorio nel processo esecutivo viene definito, in ragione della possibilità di opposizioni, «virtuale»; NICOLETTI, *Profili istituzionali del processo esecutivo*, Milano, 2001, 134 ss., con un'impostazione assai vicina a quella di Mazzarella; MASSARELLI, *Ragionevole durata dell'espropriazione immobiliare e realtà territoriale*, in *Riv. esec. forzata*, 2003, 100-102.

versa soluzione, sostenuta da numerosa dottrina<sup>49</sup>, che ad esempio consente al debitore di aprire un processo a cognizione piena, in contraddittorio con il pignorante e i creditori intervenuti, nel quale a sua richiesta sarebbero suscettibili di integrale (ri)valutazione tutti gli elementi alla base dell'ordinanza di vendita, al fine di ottenerne la caducazione sol perché su questi elementi egli non è stato messo in condizione di interloquire preventivamente nella sede sommaria esecutiva<sup>50</sup>. Per poi scoprire, nella successiva udienza per l'autorizzazione, magari fissata a distanza di anni<sup>51</sup>, ed eventualmente dopo le rinnovate operazioni di stima, che il debitore non ha nessuna osservazione da svolgere circa il tempo e la modalità della vendita, sicché il g.e. potrà sostituire l'ordinanza opposta con altra di corrispondente contenuto (ma non per questo sottratta a nuova opposizione)<sup>52</sup>.

Occorreva insomma sgombrare il campo dalla possibile obiezione, che la mancata provocazione al contraddittorio esecutivo sarebbe sanzionata da una nullità «di ordine costituzionale»<sup>53</sup>. Così da poter poi verificare, senza la preoccupazione di ledere (ed anzi con la consapevolezza di tutelare) valori di rango costituzionale, se alla luce della disciplina vigente la conclu-

<sup>49</sup> Cfr., insieme a TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, cit., 223-224, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1954-1964, III, 67; SATTI, *L'esecuzione forzata*, cit., 65, e *Commentario al codice di procedura civile*, III, cit., 126; VERDE, *Intervento e prova del credito*, cit., 114; LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali*, cit., 498-499, testo e nota 19; ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 620; BIFFI, *Successione nel processo esecutivo e principio del contraddittorio*, cit., 602-603; LUISO, *Diritto processuale civile*, III, cit., 230.

<sup>50</sup> In concreto, questa dovrebbe essere una delle ipotesi più frequenti, almeno se si vuole riconoscere un qualche rilievo statistico alla giurisprudenza riportata nelle note del § 2.

<sup>51</sup> SALETTI, *Riflessioni de iure condendo*, cit., 43.

<sup>52</sup> Non siamo dunque neppure in presenza di una di quelle diseconomie che si giustificano perché utili al fine di prevenire altri e distinti processi: OLIVIERI, *La «ragionevole durata»*, cit., 254.

<sup>53</sup> COMOGLIO, *Contraddittorio*, in *Dig. civ.*, IV, Torino, 1989, 27, però non con riferimento al nostro tema.

sione, secondo cui in caso di mancata conoscenza dell'udienza si può ottenere senz'altro la rimozione del provvedimento del g.e. (e degli atti successivi, da esso dipendenti), sia davvero «inevitabile», come la definisce, direi quasi a malincuore, chi pure in essa individua l'occasione per comportamenti dilatori del debitore e ad essa lega l'eccessività di «un apposito giudizio di cognizione per vizi del genere, che comportano interventi meramente demolitivi con salvezza di una futura contestazione sulla legittimità e l'opportunità»: e perciò ammonisce che «un eccessivo garantismo pregiudica la funzionalità del processo esecutivo» e riconosce pure, ma *de lege ferenda*, che il preventivo contraddittorio esecutivo «è sì vantaggioso sotto molti aspetti, ma presenta altresì costi talvolta esorbitanti e non accettabili»<sup>54</sup>.

Alla verifica proposta è del tutto estraneo, beninteso, l'intento di sminuire il significato o addirittura di incoraggiare la disapplicazione dell'art. 485 c.p.c. e delle collegate disposizioni del terzo libro del codice di rito, mirando essa solo a rimuovere un potenziale ostacolo alla ragionevole durata del processo esecutivo. Per un verso<sup>55</sup>, infatti, neppure il riconoscimento della conformità a Costituzione di un processo esecutivo costruito con assoluta assenza di contraddittorio giustifica la svalutazione funzionale delle vigenti disposizioni, che permettono ai soggetti coinvolti nell'esecuzione di influire sul provvedimento del g.e. affinché sia secondo i casi più giusto e più opportuno<sup>56</sup>. Per altro verso, il comportamento del g.e.,

<sup>54</sup> ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 254 ss.

<sup>55</sup> VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., 87-89.

<sup>56</sup> Cfr. Corte cost., 31 luglio 2000 n. 407, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1461, secondo cui attraverso le disposizioni degli artt. 485, 512 e 530 c.p.c. «si sviluppa il contraddittorio tra le parti con garanzia per il reciproco diritto di difesa», sia pure in un processo le cui caratteristiche «lo distinguono da quello ordinario di cognizione in quanto destinato ad assicurare la realizzazione della già accertata pretesa giuridica rappresentata dal titolo esecutivo» (tanto per giustificare l'infondatezza della questione di legittimità, rispetto all'art. 24 Cost., dell'art. 525 c.p.c. nella parte in cui non prevede la notificazione al debitore del ricorso per intervento del creditore fondato su scrittura privata).

che dette disposizioni dovesse sistematicamente violare, mettendo a repentaglio la fiducia di cui il magistrato deve godere e il prestigio dell'ordine giudiziario (art. 18, r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511), lo esporrebbe a sanzioni disciplinari<sup>57</sup> e in casi estremi (si pensi alla pronuncia dell'ordinanza che autorizza la vendita con incanto di un immobile, non preceduta neppure dalla fissazione dell'udienza ex art. 569 c.p.c.) potrebbe anche integrare la fattispecie di «colpa grave» di cui all'art. 2, 3° co., lett. a), della l. 13 aprile 1988, n. 117, ove produca (ad esempio per l'incongruità del prezzo base, o per altro motivo) un «danno ingiusto» non più rimediabile con l'opposizione agli atti<sup>58</sup> (così per essere poi intervenuta la vendita, in forza dell'art. 2929 c.c.)<sup>59</sup>.

6. *L'ordinanza pronunciata con violazione dell'art. 485 c.p.c. è viziata...* – La progressione di attività delineata dall'art. 485 c.p.c. permette di immaginarne due violazioni significative, entrambe imputabili al g.e., il quale ometta del tutto di fissare l'u-

<sup>57</sup> La responsabilità disciplinare del magistrato in caso di reiterata violazione, mediante comportamenti omissivi, di specifiche disposizioni relative al processo, viene ad esempio affermata con riferimento al ritardo nel deposito dei provvedimenti: cfr. Cass., sez. un., 18 ottobre 2002 n. 14832, in *Mass. Foro it.*, 2002, 1107, e 22 settembre 2000, n. 1039, in *Giur. it.*, 2001, 229, con nota di BIONDI, *Il ritardo del giudice nel deposito delle sentenze e il principio della ragionevole durata dei processi: un diverso «uso» della sanzione disciplinare?*

<sup>58</sup> La cui proposizione «normalmente» integra la condizione per l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno contro lo Stato prevista dall'art. 4, 2° co., l. n. 117/1988: PROTO PISANI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati. Il giudizio nei confronti dello Stato*, in *Foro it.*, 1988, V, 418-419.

<sup>59</sup> Sui rapporti fra art. 2929 c.c. – i cui effetti preclusivi, legati alla vendita o assegnazione del bene e poi alla distribuzione del ricavato, non sono ovviamente influenzati dalla scelta di attribuire o meno autonoma efficacia invalidante alla violazione delle regole sull'audizione delle parti – e opposizione agli atti: ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 410 ss.; BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, Milano, 1988, 279 ss.; BARLETTA, *La stabilità della vendita forzata*, Napoli, 2002, 65 ss. Per un caso, in cui l'opposizione agli atti per violazione degli artt. 569 e 485 c.p.c. era stata rivolta contro il decreto di trasferimento: Cass. n. 1929/1994, cit.

dienza prescritta ovvero di rinviarla pur quando risulti o appaia probabile che «alcuna delle parti non sia comparsa per cause indipendenti dalla sua volontà». Altro non rileva: in particolare tanto la mancanza quanto gli eventuali vizi formali della fase di comunicazione del decreto sono destinati ad essere eliminati dal (ovvero: a confluire nel mancato) rinvio dell'udienza.

Gli effetti delle indicate violazioni sono molteplici, con riferimento anzitutto all'impossibilità di fare scaturire determinati oneri in capo a coloro che non sono stati messi in condizione di partecipare all'udienza prevista dalla legge.

Non opera ad esempio, non trattandosi di parti tenute a comparire, la presunzione di conoscenza delle ordinanze pronunciate in udienza (art. 176, 2° co., c.p.c., richiamato dall'art. 486), con conseguente slittamento del termine per proporre opposizione agli atti al momento della effettiva conoscenza del provvedimento (o dell'atto successivo nella serie procedimentale)<sup>60</sup>; sempre in tema di opposizione agli atti, all'udienza fissata a seguito dell'istanza di vendita o di assegnazione (artt. 530, 2° co., e 569, 2° co., c.p.c.) non si verifica la decadenza per la deduzione delle cd. «nullità insanabili»<sup>61</sup>. Né, mi pare, sarebbe validamente dichiarato estinto il processo esecutivo ai sensi dell'art. 631 c.p.c., ove l'assenza dei creditori alla seconda udienza sia dipesa dall'omessa comunicazione del decreto che la fissava, sicché un ulteriore rinvio andava disposto in ossequio, appunto, dell'art. 485, 3° co., c.p.c.

Nell'ipotesi da ultimo raffigurata può ben dirsi che il g.e., il quale dichiara l'estinzione del processo esecutivo, ancora non è fornito del relativo potere: manca infatti il segmento procedimentale rappresentato dalla seconda volontaria assenza dei creditori, la cui presenza avrebbe impedito l'estinzione.

In maniera analoga va ricostruito il caso, in cui il g.e. ad esempio autorizzi la vendita senza fissare l'udienza ovvero sen-

<sup>60</sup> ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 262.

<sup>61</sup> Perciò sottratte al termine di cinque giorni ma non (di regola) allo sbarramento costituito dall'udienza per l'autorizzazione alla vendita: ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 614-616.

za disporre, ricorrendone i presupposti, il doveroso rinvio: la formulazione dell'art. 485 c.p.c. lascia intendere che il provvedimento è emesso quando il g.e. ancora non ne ha il potere, mancando o essendo incompleto il segmento procedimentale, successivo all'istanza di vendita, diretto a consentire alle parti e agli altri interessati l'esercizio dei poteri connessi alla comparizione in udienza.

Diviene arduo contestare, in virtù di questa (ineludibile) prospettiva<sup>62</sup>, la invalidità dell'ordinanza del g.e.: invalidità propria, cioè non derivata dalla nullità (che potrebbe anche non esserci) di atti precedenti<sup>63</sup>, e che prescinde dal riconoscimento del contraddittorio esecutivo<sup>64</sup>.

Non mi sembra, in particolare, che si possano utilmente richiamare gli argomenti di chi sostiene che è perfettamente valida la sentenza fondata sul rilievo ufficioso di questioni non segnalate alle parti, la previsione dell'art. 183, 3° co., c.p.c., rispondendo «al principio della reciproca collaborazione del giudice con le parti al fine di garantire la leale condotta del processo e la giustizia del provvedimento», non già a quello del contraddittorio<sup>65</sup>. Simile richiamo è escluso in radice dalla complessiva perentorietà del dettato dell'art. 485 c.p.c., con il quale – se anche non posto al servizio del contraddittorio esecutivo – comunque non appare comparabile la formula assai meno rigorosa di quelle regole di organizzazione del processo

<sup>62</sup> Mutuata da FABBRINI, *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 721 ss., spec. 724-728.

<sup>63</sup> Sulla natura non derivata della nullità dell'atto successivo in mancanza di quello presupposto: LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali*, cit., 501 ss.; BOCCAGNA, *Estinzione del processo esecutivo e opposizione ex art. 617 c.p.c. (con alcune considerazioni sulla distinzione atti «preparatori» – atto «finale» ai fini della proponibilità dell'opposizione agli atti esecutivi)*, nota a Cass., 18 luglio 1997 n. 6637, in *Foro it.*, 1998, I, 1243-1244.

<sup>64</sup> In questi termini, ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 257.

<sup>65</sup> CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, (1987, ora) in *Formalismo e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, 175 ss. Per una replica, FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 780 ss.

in cui la dottrina o la giurisprudenza a volte individuano *leges minus quam perfectae*<sup>66</sup>.

Peraltro, ricordato che di recente la Suprema Corte ha per la prima volta cassato per violazione dell'art. 183 c.p.c. una sentenza fondata su di una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti<sup>67</sup>, l'accento va posto sul seguente punto. Vale a dire che, pur a voler riconoscere la nullità della sentenza per violazione del contraddittorio, essa nullità potrà essere fatta valere unicamente dal soccombente il quale, almeno quando si tratti di impugnazioni in cui il giudice «è in grado di porre rimedio alla violazione e di pronunciare conseguentemente nel merito» (il riferimento è naturalmente all'appello, ma esso viene addirittura esteso al ricorso per cassazione, «ove la questione sia di puro diritto e non ponga una *quaestio facti*»), non potrà limitarsi a denunciare la violazione del contraddittorio, ma dovrà pure indicare le ragioni di ingiustizia della decisione «che egli avrebbe addotto se la questione rilevata d'ufficio gli fosse stata segnalata»<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 184 ss., si riferisce naturalmente all'art. 183 c.p.c., laddove recita che «Il giudice... indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione», ma ricorda anche (in nota 26) la giurisprudenza relativa all'omissione dell'interrogatorio libero nel processo del lavoro (art. 420, 1° co., c.p.c.). Si pensi pure all'art. 429, 1° co., c.p.c. e alla dottrina che esclude la nullità della sentenza per la mancata lettura del dispositivo in udienza (PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 221-222 e 839; ID., *Controversie individuali di lavoro*, Torino, 1993, 103-104, dove altre indicazioni anche della contraria giurisprudenza, approvata invece da MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 4-5).

<sup>67</sup> Cass., 21 novembre 2001 n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1611, con nota di LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?», e in *Giur. it.*, 2002, 1363, con nota di CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* Va detto che già Cons. Stato, ad. plen., 24 gennaio 2000 n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 305, con nota di TRAVI, aveva trattato spunto proprio dall'art. 183 c.p.c. per affermare che il principio del contraddittorio impone al giudice di segnalare alle parti, prima della decisione, le questioni rilevate d'ufficio.*

<sup>68</sup> LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio*, cit., 1614-1615. Per PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 101, la violazione in tanto è «denunciabile dalla parte

7. (Segue) ... *ma il suo vizio può essere fatto valere?* – Una direzione di indagine è stata in questo modo suggerita. Nel tentativo di giustificare la soluzione giurisprudenziale che neutralizza le possibili gravi diseconomie conseguenti alla violazione dell'art. 485 c.p.c., il riconoscimento della nullità dell'ordinanza del g.e. non preceduta dalla doverosa audizione delle parti, per quanto ineluttabile, non impedisce di verificare se davvero gli strumenti di reazione predisposti dall'ordinamento ne consentono senz'altro l'utile deduzione<sup>69</sup>.

soccombente (indipendentemente dalla censura sull'erroneità della risoluzione della questione) in quanto questa denunci che l'*error in procedendo* l'ha messa nell'impossibilità di chiedere la rimessione in termini per l'esercizio dei poteri processuali il cui esercizio era stato reso necessario dal tardivo rilievo officioso». Così pure CIVININI, *Poteri dei giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, 8-9, che applica la medesima soluzione anche nell'ipotesi in cui la violazione dell'art. 183 c.p.c. sia fatta valere con ricorso per cassazione. Invece ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, 280-281, distingue, in ragione della circostanza che il giudice di appello deciderà sempre e comunque nel merito, sicché l'appellante non può esimersi dal far valere l'ingiustizia della sentenza. Viceversa, secondo CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione*, cit., 1364-1365, la mera deduzione della violazione del contraddittorio non sarebbe mai sufficiente, indipendentemente dalle caratteristiche del mezzo di impugnazione, perché per aversi nullità della sentenza «non basta che il giudice abbia rilevato d'ufficio una questione senza sottoporla al previo contraddittorio delle parti, ma occorre in più che la risoluzione della questione abbia determinato... l'apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non presi in considerazione dalle parti».

<sup>69</sup> Con riferimento all'opposizione dopo la convalida disciplinata dall'art. 668 c.p.c., la dottrina più recente appare divisa tra chi la qualifica come impugnazione sostitutiva, caratterizzata dalla peculiarità che la decisione sul rapporto dedotto in giudizio è subordinata alla preliminare verifica di ammissibilità del mezzo, verifica che se anche positiva non comporta la caducazione dell'ordinanza di convalida (CAVALLINI, *In tema di «decisione» sull'ammissibilità dell'opposizione tardiva alla convalida di sfratto*, nota a Cass., 2 dicembre 1993 n. 11923, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1121 ss., il quale [1127-1128, testo e nota 13] riconosce che pure la «delibazione del merito della lite, ed in particolare della plausibile fondatezza dell'opposizione» rientra nei «gravi motivi» cui la legge condiziona l'inibitoria prevista dal quarto comma dell'art. 668 c.p.c. V. anche GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979, spec. 347-348, testo e nota 82, secondo cui «l'opposizione deve essere rigettata se, nonostante l'er-

La conformazione concretamente assunta dall'opposizione agli atti (e tratteggiata nel § 4) denota notevoli differenze rispetto al modello che probabilmente era presente al legislatore del 1940: un rimedio, cioè, concesso soltanto al debitore esecutato (nonché al terzo proprietario) ed unicamente avverso le carenze formali

rore *in procedendo* nel quale è incorso il giudice della convalida, il giudice dell'opposizione accerta la fondatezza della domanda del locatore); e chi, pur aderendo all'autorevole «ricostruzione dell'opposizione come un mezzo di impugnazione con duplice fase rescindente e rescissoria» (PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1379, la cui opinione trova conforto in un passaggio della motivazione di Corte cost., 18 dicembre 1987 n. 572 (ord.), in *Foro it.*, 1988, I, 1009), ritiene che la sentenza di rigetto nel merito dell'opposizione dichiarata ammissibile o «conferma la legittimità del già disposto rilascio dell'immobile a favore del locatore con effetti risalenti al momento della pronuncia dell'ordinanza ex art. 663 c.p.c.» (TRIFONE, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Vaccarella e Verde, IV, Torino, 1997, 261-262 e 269-273, secondo cui «i gravi motivi, che debbono essere alla base dell'ordinanza di sospensione, sono i medesimi che il pretore deve valutare nella ipotesi del diniego dell'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c.») o quantomeno produce «effetti... idonei a giustificare anche quella parte del procedimento esecutivo che si era basata sull'ordinanza pur caducata» (FRASCA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 2001, 496 ss. e 509 ss., il quale esclude che l'esecutività dell'ordinanza di convalida possa essere sospesa per il solo riscontro dell'ammissibilità dell'opposizione). Ne risulta, in ogni caso, la scarsa utilità di un'opposizione proposta dall'intimato che abbia da lamentare soltanto la violazione dell'art. 663, 1° co., c.p.c. (di questo avviso sembrerebbe anche CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 457-459, laddove spiega che l'atto introduttivo «contiene in primo luogo la richiesta di rimessione nel termine... In secondo luogo saranno indicati i motivi che sostengono l'opposizione nel merito... Se la richiesta è ammissibile, il giudice dovrà passare all'esame del merito, dei motivi adottati dall'intimato per contestare la fondatezza della domanda proposta con la citazione per la convalida». Lo stesso A., tuttavia, ritiene pure che «un grave motivo per concedere la sospensione derivi dall'accertamento sommario della non imputabilità della mancata comparizione all'udienza, senza che sia necessario valutare sommariamente la fondatezza nel merito dell'opposizione»).

Analogamente la giurisprudenza richiede che l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo prevista dall'art. 650 c.p.c. contenga pure «contestazioni sulla pretesa creditoria», appunto perché in mancanza essa «non è atta ad alcun risultato utile per l'opponente»: Cass., sez. un., 30 dicembre 1991 n. 14017, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Ingiunzione (procedimento)*, n. 57; Cass., 6 maggio 1993 n. 5231, *ivi*, 1993, voce *cit.*, n. 64.



degli atti esecutivi<sup>70</sup>. A questa ricostruzione, in effetti, ben si attaglia l'idea che il debitore possa insorgere per dolersi, semplicemente, della non perfetta conformità allo schema predisposto dal legislatore di uno qualsiasi degli atti del processo esecutivo.

Esaminando il modello «attuale» emergono invece alcuni aspetti, che si prestano ad essere valorizzati: a) l'opposizione è ammessa non soltanto per ragioni di invalidità, bensì pure di illegittimità e di inopportunità degli atti; b) ove l'opposizione sia rivolta avverso un provvedimento del g.e., il giudice è in grado di valutare, nelle forme della cognizione piena e in contraddittorio fra tutti gli interessati, gli elementi di fatto e di diritto già considerati dal g.e., nonché (non si vedono ostacoli) quelli nuovi, eventualmente dedotti con l'opposizione; c) in questi casi, nell'accogliere l'opposizione la sentenza, ove non ci si debba arrestare alla caducazione (dell'intera esecuzione, di una sua fase o quantomeno) del provvedimento opposto, indica in motivazione quale atto il g.e. avrebbe dovuto emanare per legge o per convenienza, così vincolandone la successiva attività.

L'opposizione dunque *per un verso* appare sede idonea a porre rimedio alla violazione che ha impedito al debitore di influire in udienza sulle determinazioni del g.e., consentendogli di evidenziarne, per di più con una pienezza di poteri assertivi e istruttori sconosciuta alla fase sommaria esecutiva, ogni profilo di illegittimità o inopportunità; *per altro verso* è in grado di condurre, sia pure per il tramite necessario<sup>71</sup> dell'attività vinco-

<sup>70</sup> ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 608-609. Sull'evoluzione giurisprudenziale dell'opposizione agli atti v. pure VACCARELLA, *Opposizioni all'esecuzione*, cit., 9 ss.; ID., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., 67 ss.; VERDE-CAPPONI, *Profili del processo civile*, III, cit., 223 ss.

<sup>71</sup> Necessario sol perché la diversità strutturale che corre fra il giudizio di opposizione e il processo esecutivo non consente senz'altro la sostituzione del provvedimento opposto (PROTO PISANI, *In tema di poteri del giudice dell'opposizione*, cit., 383-384; ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 438): non a caso chi definisce l'opposizione agli atti esecutivi come «una fase del procedimento esecutivo» e attribuisce alla relativa sentenza «natura... puramente e prettamente esecutiva», ritiene che la stessa «prende il posto del provvedimento che più rettamente avrebbe dovuto adottare il giudice dell'esecuzione» (CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, cit., 111 e 113).

lata del g.e.<sup>72</sup>, alla sostituzione del provvedimento opposto con quello legittimo o conveniente.

Si potrebbe pensare così di fare leva su queste caratteristiche per introdurre un filtro – certo non imposto, ma neppure escluso da ragioni di ordine sistematico o da puntuali disposizioni normative – fondato sull'interesse: nel senso di ritenere inammissibile, per carenza di interesse appunto, l'opposizione rivolta avverso un provvedimento del g.e. che non indichi ragioni tali per cui, accolta l'opposizione stessa, sarebbe preclusa al g.e. la sostituzione del provvedimento rimosso con altro di contenuto identico<sup>73</sup>.

Ecco allora che il debitore, cui non sia stato (validamente) comunicato il decreto che fissava l'udienza di cui all'art. 569 c.p.c., potrà sì opporsi all'ordinanza che autorizza la vendita ma a condizione che sostenga, sulla base degli elementi valutati dal g.e. o anche di quelli che egli potrà dedurre nel giudizio di cognizione, che a seguito dell'accoglimento dell'opposizione

<sup>72</sup> Di cui ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 444, segnala l'analogia con l'ottemperanza al giudicato amministrativo

<sup>73</sup> Nelle affermazioni di ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 445-446, in nota 214 – «se è vero che la sentenza sull'opposizione agli atti esecutivi non ha carattere sostitutivo, è pur vero, però, che il giudice dell'opposizione deve prefigurare l'atto al quale sarebbe dovuto pervenire il g.e. In tale necessaria indagine, ove si convinca che non si sarebbe mai potuto pervenire ad un atto diverso da quello emanato, il giudice dovrà rigettare l'opposizione per carenza di interesse» – potrebbe cogliersi una sia pur indiretta apertura nella direzione auspicata. Apertura che, però, in ogni caso non andrebbe sopravvalutata, specie perché occasionata da una particolarissima vicenda (decisa da Cass., 20 settembre 1961 n. 2040, in *Foro it.*, 1962, I, 738), in cui un'istanza di sospensione del processo esecutivo ai sensi dell'art. 618 c.p.c., che era stata dichiarata irricevibile dal g.e. sull'errato presupposto della sua tardività, irricevibile era comunque, non essendo accompagnata dalla necessaria proposizione dell'opposizione agli atti al medesimo g.e.

Cfr. pure – ancorché dirette a negare la nullità dell'ordinanza e non a verificare l'interesse a farla valere – le considerazioni di RICCIARDELLI, *Brevi riflessioni in tema di contraddittorio esecutivo*, cit., 966-967, per il quale sarebbe «oltremodo imprudente collegare alla omessa fissazione della udienza di comparizione la nullità dell'atto esecutivo emanando, sa la parte interessata si dolga esclusivamente di non essere stata sentita senza dimostrare altresì che, nell'ipotesi contraria, l'atto esecutivo sarebbe stato per essa meno pregiudizievole o maggiormente opportuno».

il g.e. non potrà emettere affatto una nuova ordinanza di vendita in sostituzione di quella opposta (così per difetto di giurisdizione o di competenza, oppure perché l'istanza di vendita è stata presentata prima del decorso del termine dilatorio dell'art. 501 c.p.c. o da un creditore sfornito di titolo esecutivo) o almeno dovrà darle un contenuto diverso (ad esempio disponendo senz'altro l'incanto; oppure formando in altro modo i lotti o fissando un prezzo-base più elevato). Potrà e dovrà insomma sottoporre direttamente al giudice dell'opposizione quelle ragioni che, se fosse stato convocato per l'udienza, egli avrebbe speso per indurre il g.e. a pronunciare un'ordinanza di vendita dal contenuto diverso o a non pronunciarla proprio<sup>74</sup>. Ma non potrà, per difetto di interesse, limitarsi a dedurre l'invalidità dell'ordinanza per violazione dell'art. 485 c.p.c.

Criteri analoghi, ovviamente, dovrebbero valere quando non è stato messo in condizione di comparire dinnanzi al g.e. un soggetto diverso dal debitore: non solo per questo, ad esempio, il creditore potrà opporsi all'ordinanza che dispone la riduzione del pignoramento (art. 496 c.p.c.), ma dovrà invece dedurre che è stato sovrastimato il valore dei beni pignorati o sottostimato quello delle spese e dei crediti, e così via. Peraltro, come si è giustamente notato<sup>75</sup>, ha una rilevanza pratica assai modesta il problema delle conseguenze della violazione dell'art. 485 c.p.c. in danno del creditore, la cui opposizione entra abitualmente «nel merito» anche di fronte a provvedimenti formalmente viziati: e ciò perché questi, a differenza del debitore, avrebbe di norma «interesse» ad eliminare «in via definitiva (e non provvisoria)» il provvedimento cui si oppone.

<sup>74</sup> «La fissazione dell'udienza tende a consentire a tutti i soggetti di interloquire in ordine alla ricorrenza dei presupposti di fatto e di diritto del provvedimento, nonché di influenzare, nei casi in cui vi è discrezionalità, il corretto esercizio del potere da parte del g.e. Nulla esclude infatti che, attraverso le osservazioni e i rilievi svolti all'udienza, il g.e. si convinca che il provvedimento non va emanato affatto o va disposto con un contenuto diverso da quello preteso dall'istante»: ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 242.

<sup>75</sup> ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 259.

Quest'ultima spiegazione lascia già intravedere due fattori di resistenza, che contrastano la soluzione prospettata.

8. *Due obiezioni.* – Si tratta:

– della constatazione per la quale «la regola *pas de nullité sans grief* non risulta... né dall'art. 157, 2° co., né dal sistema delle nullità». Essendo la valutazione dell'interesse compiuta una volta per tutte dal legislatore nel momento in cui prescrive determinati requisiti formali, la parte, a tutela della quale il requisito mancante era posto, nell'eccepire la nullità di un atto non deve allegare e provare che la stessa le ha provocato un pregiudizio: nel processo esecutivo questo comporta che «la mera discrepanza dell'atto dal suo modello... legittima la proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi, che va accolta sulla base del riscontro del vizio denunciato»<sup>76</sup>;

– dalla più specifica considerazione della figura del debitore, per il quale costituisce un pregiudizio il fatto stesso che «il processo inizi, prosegua, si concluda, stanti gli effetti che esso è in grado di produrre nella sfera patrimoniale dell'esecutato»: sicché, nel proporre l'opposizione dell'art. 617 c.p.c., egli potrà limitarsi a denunciare «che l'atto è stato compiuto ed il provvedimento adottato in violazione di una disposizione di legge»<sup>77</sup>.

8.1. *Nullità, interesse, pregiudizio.* – In realtà la regola tratta dall'art. 157, 2° co., c.p.c., che nel conferire il potere di opporre la nullità dell'atto alla parte nel cui interesse è stabilito il requisito mancante sol per questo lo abilita alla relativa istanza, non è, forse, in discussione.

<sup>76</sup> ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, cit., 11, nonché ID., *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 120 ss. (dove però il principio, pur enunciato in termini assoluti, viene concretamente applicato all'opposizione proposta per far valere vizi della fase preliminare dell'esecuzione: del tutto in coerenza, mi pare, con l'idea che nel corso dell'esecuzione il «requisito del pregiudizio» rappresenta invece un «fattore determinante al fine di stabilire la presenza di un atto di esecuzione», come tale soggetto ad opposizione: ORIANI, *op. ult. cit.*, 240 ss.).

<sup>77</sup> ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 273-274.

Essa, infatti, mi pare disciplini esaustivamente il profilo della legittimazione a dedurre nullità solo all'interno della fase o del grado di giudizio, in cui si verificano: tanto suggerisce, anzitutto, il contestuale riferimento alla «prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso»; e tanto conferma il principio che le nullità (proprie e derivate) della sentenza possono farsi valere «nei limiti e secondo le regole» dei mezzi di impugnazione (art. 161, 1° co., c.p.c.), sicché la platea dei legittimati viene ulteriormente circoscritta, con l'esclusione in particolare di chi, pur essendo astrattamente tutelato dal requisito mancante, non possa lamentare alcun pregiudizio dalla sentenza e, più precisamente, non abbia interesse ad aprire la fase di impugnazione per mancanza di soccombenza.

Qui non importa segnalare che nel processo esecutivo il meccanismo preclusivo mobile della prima istanza o difesa – pure astrattamente applicabile, almeno dopo la fase preliminare – non opera, perché il legislatore ha seguito una diversa via, imponendo il rispetto del termine perentorio dell'art. 617 c.p.c.<sup>78</sup>. Né occorre forzare il collegamento sovente instaurato fra l'opposizione agli atti esecutivi e la regola della conversione dei vizi di nullità della sentenza in motivi di gravame<sup>79</sup>. Assai più significativa, nonché del tutto sufficiente allo scopo, si rivela la circostanza, che per far valere le nullità del processo esecutivo non basta proporre, nel termine di legge, una mera «eccezione», ma occorre dare inizio ad un'autonoma (per quanto funzionalmente collegata) fase cognitiva<sup>80</sup>.

Diviene allora concepibile pretendere, senza per questo imporre come generale la regola *pas de nullité sans grief*, che uno specifico interesse – suscitato dalla necessità di rimediare al pregiudizio arrecato dall'atto opposto – giustifichi l'opposi-

<sup>78</sup> ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, cit., 10-11.

<sup>79</sup> ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 58 ss., testo e nota 147, dove pure altre indicazioni, e 352 ss., testo e nota 6, anche per l'esame delle conseguenze derivanti dal qualificare l'opposizione agli atti come mezzo di impugnazione.

<sup>80</sup> ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, cit., 10-11.

zione diretta a dedurre la nullità del provvedimento del g.e.: ferma la preliminare selezione soggettiva operata dal secondo comma dell'art. 157 c.p.c., è dall'art. 100 c.p.c. che si desume l'ulteriore condizione per l'apertura di quello che, nonostante riguardi un atto processuale, pur sempre rimane un distinto processo di cognizione<sup>81</sup>.

In questo modo, del resto, credo possano spiegarsi limitazioni generalmente poste nella individuazione dei soggetti, diversi dal debitore e dal terzo proprietario, cui viene concesso il ricorso all'opposizione agli atti.

Così è per il creditore procedente e per quelli intervenuti, i quali, si dice, possono opporsi ad atti del processo esecutivo solo in quanto dagli stessi subiscano un pregiudizio, consistente nella eliminazione o riduzione dell'aspettativa di soddisfazione del credito<sup>82</sup>: sicché il creditore non potrà far valere vizi del-

<sup>81</sup> Al contrario per LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali*, cit., 526, «l'interesse ex art. 157 cpv. c.p.c... prevale, benché l'opposizione ad atti esecutivi sia un processo di cognizione, sull'interesse ex art. 100 c.p.c.». Così pure MANDRIOLI, *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, cit., 462, testo e nota 239. Invece secondo CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, cit., 109: «Anche l'opposizione agli atti esecutivi suppone l'interesse dell'opponente, il quale si risolve nel danno che l'irregolarità o l'incongruenza dell'atto gli può cagionare». In modo analogo BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, cit., 321, richiede che il vizio dell'atto abbia prodotto all'opponente un «pregiudizio concreto».

<sup>82</sup> ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 311; VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., 299.

Interessante è la vicenda esaminata da Cass., 6 settembre 1996 n. 8153, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 53. Avverso l'ordinanza che aveva assegnato il credito pignorato al creditore procedente e ad altro intervenuto, un terzo creditore, il cui intervento era tardivo, proponeva opposizione rilevando la tardività anche dell'intervento del creditore assegnatario: la S.C., riconosciuto in linea di principio l'interesse ad opporsi «quando l'atto esecutivo, di cui si deduce la nullità, abbia come conseguenza la eliminazione o la diminuzione dell'aspettativa del creditore intervenuto al soddisfacimento totale o parziale del suo credito», ha però escluso nella specie la sussistenza del necessario interesse, sul rilievo che il credito pignorato non era neppure sufficiente a soddisfare il creditore procedente, sicché l'opponente (a differenza del procedente, che però non aveva proposto analoga opposizione agli atti) «nessun vantaggio concreto avrebbe potuto trarre dalla dichiarazione di intempestività dell'intervento» del creditore assegnatario; in defini-

l'ordinanza che nega la riduzione del cumulo dei mezzi di espropriazione o la riduzione del pignoramento<sup>83</sup>; come pure il creditore ipotecario, nell'opporli all'ordinanza che dispone la vendita, non potrà limitarsi a rilevare la mancanza dell'avviso prescritto dall'ultimo comma dell'art. 498 c.p.c., occorrendo invece che allegghi e provi elementi per l'adozione di un provvedimento diverso e più vantaggioso per il ceto creditorio<sup>84</sup>. Analogamente, vizi dell'incanto non potranno essere fatti valere da chi si è reso aggiudicatario<sup>85</sup>: questo perché anche coloro che concorrono al procedimento di vendita ritagliano la propria legittimazione all'opposizione agli atti nei limiti in cui essa è diretta a tutelare l'interesse a partecipare all'incanto e ad acquistare il bene al prezzo più basso possibile<sup>86</sup>.

tiva, spiega la Corte, occorre che il provvedimento richiesto dall'opponente «renda, non già ipoteticamente e condizionatamente, bensì attualmente e concretamente possibile il conseguimento dell'interesse sostanziale qualificato come situazione giuridica attiva».

<sup>83</sup> Né, tanto meno, potrà far valere la nullità del pignoramento, ancorché deduca di aver iscritto ipoteca sull'immobile pignorato (o di averne acquistato la proprietà con atto trascritto) dopo la trascrizione del pignoramento. Mancà infatti l'interesse ad agire con l'opposizione dell'art. 617 c.p.c. appunto perché l'atto esecutivo opposto non ha come conseguenza «la eliminazione o la diminuzione dell'aspettativa del creditore intervenuto al soddisfacimento totale o parziale del suo credito»: Cass., 23 marzo 1978 n. 1408, in *Foro it.*, 1979, I, 1855, con nota di ORIANI, *Nullità del pignoramento, acquisto del bene pignorato e opposizione agli atti esecutivi*, di cui vanno evidenziati i passaggi (poi ripresi dalla giurisprudenza successiva, ad esempio dalla citata Cass. n. 8153/96) nei quali «l'ambito oggettivo della legittimazione... all'opposizione ex art. 617 c.p.c.» per far valere la nullità di atti esecutivi viene delimitato attraverso l'interesse ad agire, individuato nello «scopo ulteriore di eliminare il pregiudizio alla situazione giuridica del creditore intervenuto». Più di recente, su questa specifica ipotesi, cfr. ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 621.

<sup>84</sup> ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 316-317.

<sup>85</sup> Costui avrà piuttosto interesse a opporsi per evitare una nuova gara a seguito di offerte in aumento di sesto (ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 621-622; Cass., 10 novembre 1993 n. 11085, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1340, con nota di DOMINICI, *Aumento di sesto e opposizione agli atti nell'espropriazione immobiliare*), o per contrastare (come nel caso deciso da Cass. n. 9488/2002, cit.) l'ordinanza che dichiara improcedibile l'esecuzione a seguito della presentazione di domanda per l'ammissione al concordato preventivo.

<sup>86</sup> ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 340-341.

8.2. *Debitore, esecuzione, pregiudizio.* – Allo stesso modo, neppure il debitore avrà interesse ad opporsi per dedurre l'invalidità dell'ordinanza che, accogliendo la sua richiesta, abbia ad esempio imposto al creditore di limitare l'espropriazione (art. 483 c.p.c.), ridotto il pignoramento (art. 496 c.p.c.), ordinato la cessazione della vendita forzata (art. 504 c.p.c.).

Tuttavia al di fuori di queste e di consimili ipotesi il pregiudizio per il debitore, lo si è già ricordato, sarebbe *in re ipsa*, nel semplice progredire del processo esecutivo: «è nel sistema stesso della legge che egli non sia tenuto a subire l'esecuzione se non nei modi, nelle forme e col rispetto delle competenze prescritte dalla legge medesima»<sup>87</sup>. In questa prospettiva, evidentemente, il debitore avrebbe sempre interesse ad opporsi per far valere un vizio formale di provvedimenti del g.e.: non solo per arrestare o modificare il corso del processo esecutivo, bensì anche per rallentarlo, come appunto nel caso dell'ordinanza di autorizzazione alla vendita non preceduta dalla sua regolare audizione e di cui egli neppure postuli la sostituzione con altra di contenuto diverso.

L'interprete è chiamato ad una scelta.

A domandarsi cioè se il canone della ragionevole durata non possa essere invocato per limitare (come in definitiva lo limita la giurisprudenza, quando nega il contraddittorio esecutivo) il potere del debitore di pretendere il rispetto della disciplina dell'esecuzione a tutte le ipotesi in cui il progredire dell'esecuzione stessa gli abbia provocato un pregiudizio che egli,

<sup>87</sup> REDENTI-VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 415: avrebbe perciò, senz'altro, «colore giuridico» l'interesse dell'esecutato «a contrastare il passo della procedura». Cfr. anche LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali*, cit., 526, il quale segnala che «l'intero processo esecutivo, se si guardano le cose in prospettiva storica, è stabilito nell'interesse dei suoi soggetti passivi», nonché Cass., 19 agosto 1971 n. 2566, in *Foro it.*, 1972, I, 413, nella cui motivazione è detto che «per la funzione e per la principale direzione soggettiva dell'atto esecutivo, il debitore ha interesse... alla regolarità formale ed alla validità sostanziale dell'atto medesimo: il quale interesse si traduce nella legittimazione attiva del debitore esecutato a proporre opposizione contro l'atto esecutivo formalmente irregolare o sostanzialmente invalido».

mediante l'accoglimento dell'opposizione, eviterebbe o subirebbe in misura minore o in modo diverso<sup>88</sup>. Dovrebbe sostenersi, insomma, che oltrepassato questo (peraltro non angusto) confine non appare giuridicamente rilevante il generico interesse del debitore a non subire il pregiudizio da esecuzione se non nelle forme di legge<sup>89</sup>: secondo una prospettiva che balugina in quelle (non numerose) decisioni<sup>90</sup>, le quali dopo aver

<sup>88</sup> Mi pare possa qui utilmente richiamarsi la decisione di Cass., 22 marzo 1996 n. 2512, in *Foro it.*, 1997, I, 2279, con nota adesiva di BIAGINI (mentre critico è il commento di ORIANI, *Ancora sul regime degli atti del notaio delegato nell'espropriazione immobiliare* (art. 591 ter c.p.c.), *ivi*, 1999, V, 107-108, nota 20), che ha dichiarato inammissibile per difetto di interesse l'opposizione avverso l'ordinanza di aggiudicazione proposta dal debitore denunciando la mancata osservanza del sistema delle candele vergini previsto dall'art. 581 c.p.c. (nel testo anteriore alla sostituzione operata dall'art. 2 della l. 3 agosto 1998, n. 302). La Corte, dopo aver riconosciuto che la mancata adozione del sistema di legge (o di altri equipollenti) «vizia indubbiamente l'aggiudicazione, ed il vizio può essere fatto valere mediante l'opposizione agli atti esecutivi», soggiunge che «condizione anche per la proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi è l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.)... per l'eliminazione della lesione di un diritto del soggetto che agisce»: per conseguenza «l'interesse dell'esecutato ad agire per far valere l'eventuale violazione delle disposizioni che presiedono alla gara sussiste solo in quanto vi si sia stata e, comunque, si deduca non tanto la violazione in sé, bensì che dalla stessa sia derivata la lesione del proprio diritto a conseguire, con l'aggiudicazione, il maggior prezzo possibile, consentendo, attraverso la scansione temporale, ulteriori e maggiori offerte, ovvero, in quanto si assuma che quella violazione abbia comportato l'esclusione di una successiva offerta o, quanto meno, della pretesa di un diverso partecipante alla gara ad avanzarla».

<sup>89</sup> In quest'ordine d'idee non basterebbe, per giustificare l'interesse all'opposizione, la mera eventualità che, nel tempo intercorrente fra l'annullamento dell'ordinanza opposta e la sua sostituzione con altra di contenuto corrispondente da parte del g.e., possano verificarsi eventi (conversione del pignoramento, estinzione dell'esecuzione ai sensi del primo comma dell'art. 632 c.p.c.: così ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 278) in grado di evitare la perdita del bene pignorato: occorre invece che l'ipotizzato accoglimento dell'opposizione produca l'arresto o la modificazione del corso dell'esecuzione come conseguenza propria (anche se all'occorrenza mediata dall'attività del g.e.). Situazione diversa sarebbe invece quella del debitore, che lamenti di aver incolpevolmente perduto, per effetto di violazioni di regole del processo esecutivo, poteri che la legge gli attribuiva: sul punto cfr. le precisazioni del § 9.

<sup>90</sup> Citate in nota 13.

escluso lesioni del contraddittorio per effetto di violazioni dell'art. 485 c.p.c. (così adducendo l'argomento «classico» della giurisprudenza della Suprema Corte), si preoccupano di precisare che, ad ogni modo, il debitore opponente è tenuto a indicare «elementi concreti idonei a suffragare una fattispecie reale giustificatrice dell'interesse... all'opposizione per non essere stato sentito».

Il punto è cruciale. Solo la risposta affermativa alla domanda appena formulata consente di ritenere che l'opposizione agli atti, almeno quando (per le ragioni espresse nel § 7.) sia rivolta avverso provvedimenti del g.e.<sup>91</sup>, debba sempre fondarsi su ragioni che, se condivise dal giudice della cognizione, impedirebbero al g.e. la reiterazione del provvedimento opposto: pena altrimenti l'inammissibilità dell'opposizione medesima per difetto di interesse, dato che il suo eventuale accoglimento seguito dalla pronuncia di un provvedimento eguale a quello annullato «lascerebbe l'attore nella medesima situazione in cui egli si trovava *ante litem*»<sup>92</sup>.

Sembra invece difficile immaginare limitazioni analoghe quando l'opposizione del debitore si diriga, anziché contro provvedimenti del g.e., contro atti del creditore, dell'ufficiale giudiziario o di altri soggetti dell'esecuzione.

<sup>91</sup> Rispetto ai quali, è il caso di rilevare (con ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 129-130; secondo cui «l'ingresso definitivo sulla scena del giudice dell'esecuzione» determina una «metamorfosi» dell'opposizione agli atti «rispetto a quella diretta contro il titolo esecutivo, il precetto e anche... contro il pignoramento»), i vizi di difformità dal modello legale rivestono un rilievo assai marginale a confronto di quelli di inopportunità e illegittimità, rispettivamente caratterizzati da una violazione delle regole dell'esperienza ovvero da un errore nella ricostruzione o valutazione giuridica del fatto: sicché le ipotesi, in cui l'opposizione del debitore può rivelarsi carente di interesse, si circoscrivono ulteriormente.

<sup>92</sup> Per la nozione di interesse ad agire incentrata sulla «utilità dello stesso effetto sostanziale perseguito con il processo» e sulla sua conseguente carenza quando «l'azione esercitata si riveli... inadeguata al raggiungimento dello scopo per il quale era stata tipizzata dall'ordinamento», cfr. SASSANI, *Interesse ad agire*, I, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 3-6, e LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, 207-209.

Non mi riferisco solo alle opposizioni relative «alla irregolarità formale» e «alla notificazione del titolo esecutivo e del precetto», che sono espressamente contemplate dall'art. 617 c.p.c.<sup>93</sup>

Più al fondo, e in linea generale, la ragione mi pare possa cogliersi nella circostanza, che in questi casi la «sostituzione» dell'atto annullato, sempre che sia possibile<sup>94</sup>, non dipende mai esclusivamente da un'attività doverosa del g.e. sui binari tracciati dal giudice dell'opposizione<sup>95</sup>, ma è meramente eventuale o comunque condizionata da molteplici (e talora imponderabili) fattori esterni<sup>96</sup>, sicché la possibilità del riprodursi o meno della situazione precedente l'eventuale accoglimento dell'opposizione non può trarsi dalla preliminare valutazione (non certo di concreta fondatezza, ma neppure) di astratta congruenza dei motivi della stessa e dunque non può ergersi a parametro della sua ammissibilità<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Di «tipizzazione del vizio» nell'ambito delle opposizioni preesecutive, con conseguente superfluità del requisito del pregiudizio, discorre ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 244.

<sup>94</sup> Ad esempio non lo sarà quando ne siano venute meno le necessarie condizioni temporali, come per l'offerta dopo l'incanto che non aveva i requisiti prescritti dagli artt. 584 e 571 c.p.c.: cfr. BOCCAGNA, *Estinzione del processo esecutivo*, cit., 1241 ss., dove altri riferimenti (nelle note 10-11) e ampio esame dei criteri per la individuazione degli atti opponibili anche all'interno di ciascuna delle fasi in cui si articola il processo esecutivo.

<sup>95</sup> Ai limitati fini del discorso che si svolge nel testo non pare inconferente il richiamo alla nota distinzione, nell'opposizione agli atti, di «due tipi secondo che si diriga contro *semplici atti di parte* o *d'ufficio* oppure contro *provvedimenti*: la prima ha carattere d'*invalidazione*; la seconda d'*impugnazione*; la prima tende ad escludere l'efficacia di un atto; la seconda a ottenere il riesame delle questioni concernenti la regolarità o la congruenza del provvedimento in vista della sua revoca o modificazione»: CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., III, 105.

<sup>96</sup> Così per il pignoramento affetto da nullità, che pure ad ammetterne la rinnovazione (sul punto ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 440), ben difficilmente cadrà sugli stessi beni. Ma anche l'istanza di vendita, già proposta senza il rispetto del termine dilatorio dell'art. 501 c.p.c., potrebbe non essere riprodotta.

<sup>97</sup> Invero una diversa spiegazione giustifica ipotesi (tratte da ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 274-276, testo e nota 2), in cui pure si esclude che il debitore possa far valere con l'opposizione dell'art. 617 c.p.c. vizi di atti esecutivi. Si

9. *Riepilogo e precisazioni.* – L'esigenza di evitare comportamenti dilatori del debitore alimenta quella soluzione giurisprudenziale radicata – alla cui considerazione, perciò, non ci si può semplicemente sottrarre contestandone la validità ermeneutica – che, al fine di escludere che possa essere senz'altro opposta ai sensi dell'art. 617 c.p.c. l'ordinanza pronunciata dal g.e. in violazione dell'art. 485 c.p.c., cancella il contraddittorio dal processo esecutivo.

Al di là dalla motivazione addotta, si tratta di un'esigenza cui occorre essere sensibili: non solo per la sua rilevanza concreta, dimostrata dalla frequenza delle decisioni da essa ispirate, ma anche per la sua (ormai indiscutibile) rispondenza ai valori costituzionali che innervano il processo. La ragionevole durata deve essere perseguita dal legislatore e di riflesso dall'interprete, tenuto a preferire, tra letture consentite del dato normativo, quella che permette di conseguire la tutela giurisdizionale, cui il processo è preordinato, senza ingiustificati rallentamenti o ripetizioni fini a sé stesse.

Ciò è tanto più vero per il processo esecutivo.

L'incisivo «appunto metodologico» di chi già da tempo ha avvertito come la preoccupazione di «salvaguardare le (pur sa-

pensi a contestazioni relative alle modalità del pignoramento, che sia stato effettuato nelle forme dell'espropriazione mobiliare presso il debitore senza la preventiva spontanea esibizione del terzo possessore (art. 513, 4° co., c.p.c.) o che abbia ad oggetto beni non di proprietà del debitore: nel primo caso la nullità non può essere fatta valere dal debitore non perché egli non abbia interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), ma perché il terzo possessore è il soggetto nel cui esclusivo interesse (art. 157, 2° co., c.p.c.) era prescritta la modalità esecutiva violata; nel secondo caso l'interesse ad agire manca (non perché si è prodotto un pregiudizio da esecuzione, che non verrà scongiurato dall'eventuale accoglimento dell'opposizione agli atti, bensì) perché il pregiudizio da esecuzione manca del tutto (cfr. Cass., 4 maggio 1994 n. 4282; in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Esecuzione forzata per obbligazioni pecuniarie*, n. 24, secondo cui «solo il debitore ed il terzo assoggettato all'esecuzione, in quanto proprietari dei beni staggiti (art. 2910 c.c.), hanno interesse al corretto svolgimento del processo di esecuzione che si svolge nei loro confronti», mentre «l'esigenza di ricorrere al giudice per evitare una lesione di un proprio diritto... nell'opposizione agli atti esecutivi non può essere ridotta alla denuncia della non conformità dell'atto al suo modello legale»).

crosante) *garanzie di difesa* del debitore esecutato» abbia sovente condotto a trascurare «il (non meno sacrosanto) *livello di effettività delle forme di tutela esecutiva*, che occorre assicurare al creditore per l'*attuazione* dei suoi diritti», era propedeutico alla indicazione, tra gli altri «fondamentali obiettivi di riforma, che le norme costituzionali designano come irrinunciabili», della «semplificazione delle forme» e della «decisa accelerazione dei tempi» del processo esecutivo<sup>98</sup>. Esso ispira pure, ancorché sul diverso piano del vigente, queste pagine e il tentativo in esse prospettato.

Un fondamento per la dominante soluzione giurisprudenziale in tema di violazioni dell'art. 485 c.p.c. è stato così ricercato, senza mascherare il valore precettivo della disposizione né fondarsi sull'aprioristica esclusione di ogni forma per quanto «minore» di contraddittorio *nel* processo esecutivo, valorizzando il giudizio di opposizione promosso ai sensi dell'art. 617 c.p.c. avverso provvedimenti del g.e. come momento di integrale recupero successivo dei poteri non esercitati nell'udienza e insieme negando consistenza giuridica al generico interesse del debitore a non subire il pregiudizio da esecuzione se non nelle forme di legge fin quando non si traduca nella postulazione, almeno, di un esito o di uno sviluppo diversi della vicenda esecutiva. L'irrilevanza, *ex se*, dell'iniziale sacrificio del contraddittorio esecutivo e la (non intollerabile) compressione del naturale interesse del debitore a rallentare l'azione esecutiva sembrano trovare invero adeguata giustificazione nella necessità di assicurare la ragionevole durata (da cui facilmente dipende la stessa effettività) della tutela giurisdizionale esecutiva.

Il quadro d'insieme appare, se non soddisfacente, almeno accettabile.

Certo per chi non ha partecipato all'udienza è assai più agevole, nel breve volgere dei cinque giorni dalla conoscenza dell'ordinanza di autorizzazione alla vendita, proporre un'op-

<sup>98</sup> COMOGLIO, *Principi costituzionali*, cit., 465 ss.

posizione fondata sulla sola violazione dell'art. 485 c.p.c. piuttosto che sull'inopportunità delle modalità prescelte dal g.e.: ma si tratta di una perplessità che l'opposizione agli atti suscita in linea generale<sup>99</sup>. Tuttavia, ed è questo che va rimarcato, viene così impedito l'uso meramente dilatorio di un rimedio, nei cui confronti parte della dottrina mostra qualche insofferenza<sup>100</sup>, senza pregiudicare il diritto di difesa del debitore, cui non è precluso lo svolgimento di quelle osservazioni, ma neppure la deduzione di quelle invalidità, che egli avrebbe potuto svolgere e dedurre nell'udienza fissata a seguito dell'istanza di vendita: la preminente garanzia dell'art. 24, 2° co., Cost., non tollera infatti decadenze incolpevoli.

L'ultima precisazione segna il limite della ricostruzione proposta, perché il valore della ragionevole durata – su cui si reggono le conclusioni attinte in ordine alle conseguenze della violazione dell'art. 485 c.p.c. – si rivelerebbe insufficiente ogniqualvolta l'opposizione agli atti non dovesse assicurare il pieno recupero di poteri consumati dalla pronuncia del provvedimento del g.e.

Mi sembra tuttavia difficile immaginare ipotesi in cui non possa tenersi fermo il criterio, per il quale l'interesse all'opposizione *ex art.* 617 c.p.c. avverso provvedimenti del g.e. sussiste solo quando sia prospettata, come conseguenza del suo accoglimento, quantomeno l'adozione di un provvedimento diverso in sostituzione di quello opposto.

Si pensi, in via d'esempio, al creditore che si è visto precludere l'esercizio di poteri conferitigli dalla legge in conseguenza della violazione dell'art. 485 c.p.c. perché:

a) nella vendita immobiliare senza incanto, non ha potuto esprimere il suo dissenso, che sarebbe stato sufficiente a impedire la vendita in favore dell'unico offerente, la cui offerta non

<sup>99</sup> ORIANI, *L'imparzialità del giudice*, cit., 14.

<sup>100</sup> SALETTI, *Riflessioni di iure condendo*, cit., 53. V. però la replica di ORIANI, *Ancora sul regime degli atti del notaio delegato nell'espropriazione immobiliare*, cit., 98-99, nota 4.

superava di un quarto il valore attribuito all'immobile (art. 572 c.p.c.);

b) nell'udienza fissata a seguito dell'incanto andato deserto non ha potuto richiedere l'assegnazione dell'immobile che il g.e. avrebbe dovuto prendere in considerazione prima di disporre un nuovo incanto (artt. 590-591).

Oppure si consideri l'eventualità che:

c) l'involontaria assenza del debitore (ma anche del creditore non integralmente soddisfatto) abbia contribuito alla pronuncia del provvedimento con cui il g.e., dato atto dell'avvenuta approvazione del progetto di distribuzione del ricavato dalla vendita dell'immobile, ordina il pagamento delle singole quote ai sensi degli artt. 596 ss. La parte, ove fosse stata messa in condizione di comparire in udienza avrebbe potuto dare vita ad una controversia distributiva; ed invece, una volta approvato il progetto, non è in grado di muovere efficacemente alcuna contestazione ai crediti in esso compresi senza prima eliminare il provvedimento del g.e.<sup>101</sup>;

d) la mancata convocazione abbia impedito al debitore di esercitare per tempo il potere di richiedere la conversione del pignoramento: così, ad esempio, qualora all'udienza dell'art. 572

<sup>101</sup> Cfr. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 220-221, testo e note 283-284, ancorché con riferimento all'ipotesi che il g.e. abbia approvato il progetto di distribuzione nonostante le contestazioni dei crediti intervenute in udienza. Per l'opponibilità dell'ordinanza di approvazione da parte di coloro che non sono stati messi in condizione di partecipare alle udienze di cui agli artt. 542 o 596 c.p.c.; cfr. BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, 335-336; DENTI, *Distribuzione della somma ricavata*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 333-334; BONGIORNO, *Espropriazione immobiliare*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1998, 67; ID., *Espropriazione mobiliare presso il debitore*, *ivi*, 90; REDENTI-VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 322. Cfr. anche Cass., 4 luglio 1997 n. 6037, in *Giust. civ.*, 1998, I, 131, scaturita dall'opposizione agli atti promossa dal creditore intervenuto per far valere vizi (consistenti nella mancata predisposizione del progetto di distribuzione e quindi nell'esclusione del suo credito dal riparto sul presupposto che fosse necessaria un'apposita domanda di partecipazione) dell'ordinanza con cui il g.e. aveva assegnato l'intero ricavato della vendita al creditore precedente, unico comparso in udienza: nella specie il giudice della cognizione, revocata l'ordinanza opposta, aveva egli stesso provveduto, con la sentenza, al nuovo riparto della somma ricavata.

c.p.c. il bene sia venduto all'unico offerente ovvero all'udienza dell'art. 590 c.p.c. sia assegnato al creditore richiedente<sup>102</sup>.

Neppure in questi casi mi pare che l'opponente possa limitarsi a dedurre il difetto di convocazione. Piuttosto, il ricorso *ex art. 617 c.p.c.* dovrà qui strutturarsi come una domanda di rimessione in termini<sup>103</sup>, fondata sull'affermazione che il tempestivo esercizio di un determinato potere, attribuito dalla legge all'opponente e capace di condurre l'esecuzione a sviluppi diversi da quelli consacrati con il provvedimento opposto, è stato impedito dalla violazione dell'art. 485 c.p.c.<sup>104</sup>: il cui riconoscimento, con la sentenza che decide l'opposizione, riporta il processo esecutivo nella direzione che avrebbe seguito se il potere in questione fosse stato esercitato in udienza.

Sussiste naturalmente il rischio, che la necessità di non conculcare il diritto di difesa produca un inutile prolungamento dei tempi dell'esecuzione.

Se pure nel caso a) si può immaginare che – una volta dichiarata nulla la vendita per la violazione dell'art. 485 c.p.c. che ha impedito al creditore di manifestare il suo dissenso nei confronti dell'unica offerta (non dovrebbe operare, infatti, l'osta-

<sup>102</sup> Non diversamente, anticipato il momento preclusivo indicato nell'art. 495 c.p.c. – così come previsto nell'art. 22 del Disegno di legge recante «Modifiche urgenti al codice di procedura civile» approvato nella riunione del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 2001, n. 31 (sul quale CAPPONI-STORTO, *Prime considerazioni sul d.d.l. Castelli recante «Modifiche urgenti al codice di procedura civile»*, in *relazione al processo di esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forzata*, 2002, 163 ss.) – la facoltà di chiedere la conversione verrebbe sottratta al debitore dalla mancata audizione prima della pronuncia dell'ordinanza che dispone la vendita o l'assegnazione a norma degli artt. 530, 552, 569 del codice di rito.

<sup>103</sup> La possibilità di estendere al processo esecutivo la rimessione in termini prevista dall'art. 184-bis c.p.c. è stata di recente negata da Trib. L'Aquila, 28 giugno 2002 (ord.), in *Foro it.*, 2003, I, 925 (nella specie il creditore precedente aveva chiesto di essere ammesso a produrre tardivamente l'estratto del foglio di mappa al fine di scongiurare l'estinzione dell'espropriazione immobiliare).

<sup>104</sup> Per CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., 447-448, la disposizione del terzo comma dell'art. 485 c.p.c. «profilo un esonero da autoresponsabilità per la mancata comparizione, quando risulta o appare probabile che una delle parti non sia comparsa per cause indipendenti dalla sua volontà».



colo posto dall'art. 2929 c.c.) – il g.e. dovrà senz'altro disporre l'incanto, nelle altre ipotesi prospettate le cose stanno diversamente.

Innanzitutto, posto che il giudice dell'opposizione non può valutare la domanda di assegnazione non proposta all'udienza dell'art. 590 c.p.c. o le contestazioni dei crediti non sollevate in quella dell'art. 596 c.p.c.<sup>105</sup>, né pronunciare i provvedimenti di cui all'art. 495 c.p.c., nulla impedisce che, una volta accolta l'opposizione, le successive vicende del processo esecutivo conducano *in concreto* alla conferma del provvedimento annullato nonostante l'esercizio innanzi al g.e. del potere «recuperato». Ma non è questa evenienza a destare preoccupazione.

Il rischio grave è che all'accoglimento dell'opposizione addirittura non segua l'esercizio del potere. Al riguardo, tuttavia, l'esigenza che almeno *in astratto* l'opposizione appaia di per sé idonea a condurre l'esecuzione verso sviluppi diversi potrebbe essere ancora invocata per ritenere non sufficiente che l'opponente prospetti, insieme alla violazione dell'art. 485 c.p.c., la semplice intenzione di chiedere l'assegnazione dell'immobile o di contestare crediti inclusi nel progetto di distribuzione o (soprattutto) di presentare istanza di conversione<sup>106</sup>: occorrendo invece che egli alleggi di aver provveduto a tanto, mediante deposito in cancelleria del ricorso previsto dall'art. 486 c.p.c. –

<sup>105</sup> Cfr. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 216-217, testo e nota 275.

L'impedimento dovrebbe però venire meno qualora – secondo quanto prevede l'art. 24 del predetto Disegno di legge «Modifiche urgenti al codice di procedura civile» – l'art. 512 c.p.c. venisse modificato nel senso di attribuire la risoluzione delle controversie distributive al g.e., che «provvede con ordinanza, impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'articolo 617, secondo comma»: le contestazioni, che la parte non convocata avrebbe altrimenti sollevato in udienza, potranno allora essere oggetto di esame diretto da parte del giudice dell'opposizione agli atti.

<sup>106</sup> Alla decadenza incolpevole, come detto, va posto rimedio. Però andrebbe evitata, per quanto possibile, la caducazione dell'ordinanza del g.e. ogniqualvolta il debitore non intenda davvero procedere alla conversione, ma spera soltanto di posticipare la liquidazione del bene.

accompagnato nel caso dell'art. 495 c.p.c. dalla somma indicata nel secondo comma della disposizione<sup>107</sup> – su cui, beninteso, il g.e. sarà chiamato a provvedere solo qualora sia riconosciuta l'involontarietà dell'assenza dell'opponente all'udienza e sia perciò annullata l'ordinanza opposta.

<sup>107</sup> In ordine alla possibilità che il rispetto delle prescrizioni imposte al debitore dall'art. 495 c.p.c. assuma rilievo ai fini dell'ammissibilità dell'opposizione agli atti, cfr. Cass., 27 ottobre 1995 n. 11178, in *Foro it.*, 1996, I, 3468, con nota di SCALA, secondo cui difetta di interesse ad opporsi il debitore il quale deduca l'eccessività della somma determinata dal g.e. ai fini della conversione del pignoramento, senza però depositare nel termine fissato dall'ordinanza la somma che ritiene dovuta: si verifica infatti «una decadenza che non dipende dalla erronea determinazione della somma contenuta nell'ordinanza, sicché... una diversa determinazione della somma sostitutiva non varrebbe a determinare la ripresa del procedimento di liberazione del bene dal pignoramento conclusosi per altra causa».