

ESECUZIONE FORZATA E DIRITTO DI DIFESA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

a cura di A. Storto

INDICE

I. L'ESECUZIONE FORZATA COME PROCESSO.

- I.1. L'esecuzione forzata: premessa storica. Dal disegno del codice di procedura civile del 1865 (e del codice di commercio del 1882) all'impostazione del codice di rito del 1940, attraverso «il punto di vista del titolo esecutivo».*
- I. 2. Il dibattito dottrinale e l'impostazione del codice del 1940.*
- I. 3. Gli aspetti problematici e l'avvento della Costituzione repubblicana.*
- I. 4. I tentativi di riforma del processo esecutivo.*
- I. 5. Le modifiche "tecniche" e la novella del 2005-2006.*

II. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

- II. 1. Il processo esecutivo come strumento di effettività della tutela giurisdizionale.*
- II. 2. Il diritto di azione e il principio della domanda.*
- II. 3. La giurisdizione condizionata.*
- II. 4. L'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione esecutiva italiana.*
- II. 5. La previsione di limiti alla pignorabilità.*
- II. 6. Ulteriori (apparenti) limitazioni del diritto di difesa.*
- II. 7. La presenza di un giudice terzo ed imparziale.*
- II. 8. Il principio del contraddittorio e la parità delle armi.*
- II. 9. Diritto di difesa e ragionevole durata del processo esecutivo.*

PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE CITATE

I. L'ESECUZIONE FORZATA COME PROCESSO.

I.1. L'esecuzione forzata: premessa storica. Dal disegno del codice di procedura civile del 1865 (e del codice di commercio del 1882) all'impostazione del codice di rito del 1940, attraverso «il punto di vista del titolo esecutivo».

1. L'idea che l'esecuzione coattiva dei provvedimenti giudiziari di condanna si collochi, sebbene con caratteri e struttura diversi, sul medesimo piano dell'attività di cognizione ed affermazione del diritto, nella comune funzione di piena realizzazione della tutela delle posizioni giuridiche soggettive, è, tutto sommato, acquisizione recente.

In sostanza, se è connaturata all'esame storico di ogni tipo processuale l'intuizione che il *dictum* giudiziale – in tutti quei casi nei quali la pronuncia non sia l'utilità ultima richiesta da chi invoca giustizia – non realizza pienamente la pretesa azionata nel processo ove rimanga disgiunto da una attività di attuazione del comando, è pure vero che la concezione dell'esecuzione forzata come tipo peculiare di processo è essenzialmente moderna e solo in tempi moderni ha finito per dispiegare tutta la panoplia di interrogativi di cui è gravida, soprattutto in punto di contemperamento degli opposti interessi in gioco¹ attraverso la verifica della applicabilità di una serie di guarentigie e limiti la cui teorizzazione era stata nel tempo riservata al solo processo di cognizione.

L'indagine, senz'altro effettuata da ampi settori della dottrina già sotto la vigenza del codice di rito del 1865, si è tuttavia rivelata in tutta la sua urgenza e gravità con l'avvento della Costituzione repubblicana che, attraverso le proposizioni degli articoli 3, 24 e, da ultimo, 111, ha imposto un netto cambio di prospettiva in conseguenza del nuovo cono di luce proiettato non solo sulla normativa storicizzata, ma soprattutto sulla esperienza giurisprudenziale, attraverso l'obbligatoria riparametrazione, in stringenti termini costituzionali, di concezioni e schemi tradizionali.

L'accelerazione così impressa al processo interpretativo dell'esecuzione forzata è stata, al pari che per altri settori giuridici, ovviamente guidata dalla giurisprudenza costituzionale attraverso un percorso – di cui si cercherà di dar conto in questo lavoro – che, spesso connotato da frammentarietà, è riuscito tuttavia a sfociare nella connotazione di un «modello» processuale sufficientemente nitido. Questo percorso appare oggi caratterizzato da due elementi, entrambi molto significativi. Da un lato, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale è stata segnata, ancorché entro termini di formale continuità, da grandi mutamenti prospettici, figli indubbiamente della notevole evoluzione concettuale che questo tipo processuale – a differenza di altri – ha subito

¹ Spesso intersecantisi secondo direttrici non univoche, com'è per il peculiare rapporto che si instaura, nei processi di tipo espropriativo (quelli cioè volti a conseguire, mediante la vendita coattiva, la trasformazione di beni in danaro a soddisfazione di crediti ineseguiti), tra il creditore procedente, il debitore esecutato e gli eventuali creditori intervenuti. Questi ultimi, ad esempio, certamente “alleati” del primo nel compimento di atti esecutivi e di oneri processuali utili per l'efficace compimento della procedura sono, per altro verso, indubbiamente “ospiti” processuali sgraditi al precedente ogni volta che il ricavato della vendita è o si presume che sia insufficiente all'integrale soddisfazione della massa creditoria azionata; inoltre, risultano naturalmente “antagonisti” del soggetto passivo dell'esproprio, quali potenziali agenti surrogatori del creditore pignorante in caso di inerzia processuale di questi.

nell'ultimo cinquantennio. Per altro verso, proprio l'ultimo decennio ha mostrato segni di nuova vitalità, indotta da un maggior interesse dei rimettenti per un modello ormai percepito in termini pienamente processuali, soprattutto in conseguenza di una sempre più intensa (ancorché spesso disorganica) attività legislativa di riforma e di un rinnovato interesse anche della dottrina e della giurisprudenza.

1.1. Tratteggiare le origini dell'esecuzione forzata, nell'ottica di una lettura costituzionale del tema, significa soprattutto comprendere le ragioni della nascita, nonché il senso e la portata attuali, della nozione di «titolo esecutivo» che pervade la dommatica della materia.

In questa ottica è importante richiamare (ancorché molto brevemente) il passato per comprendere quali elementi di frattura ovvero di continuità siano ricavabili da esso e, nel compiere questa operazione, non si può che partire dall'esperienza romana,² nella quale, indubbiamente, l'esecuzione di una pronuncia, intesa quale invasione della sfera giuridica dell'*obligatus*, non era possibile senza l'esercizio dell'*imperium* da parte del magistrato. In sostanza, la natura privata del *iudex* si rifletteva sulla natura contrattuale, e dunque essenzialmente privata, della sentenza da questi pronunciata la cui esecuzione implicava l'esercizio di una nuova azione (l'*actio iudicati*) nei confronti del condannato il quale poteva o non contestare l'altrui pretesa (con conseguente definizione della causa mediante *duci iubere*), ovvero provocare, mediante la *infitiatio*, una nuova *litis contestatio* e, dunque, un nuovo giudizio con condanna al pagamento del doppio, secondo una serie potenzialmente infinita di giudizi riassunta nel sistema dell'*ordo iudiciorum privatorum*. Infatti, il diritto scaturente all'esito (confessorio o litigioso) dell'*actio iudicati* non generava nient'altro che una (rinnovata) *obligatio* la quale, a sua volta, non legittimava il compimento di atti esecutivi diretti nella sfera giuridica del debitore, ma piuttosto l'avvio di una nuova *actio*.

Come appena detto, solo con l'esercizio dell'*imperium* del magistrato era possibile passare dalla cognizione all'esecuzione, secondo un modello rimasto sostanzialmente invariato anche nel sistema della *congnitio extra ordinem* in cui, invece, la sentenza non era più il prodotto della cognizione di un *iudex* privato, ma dello stesso magistrato e che, tuttavia, non conteneva già l'ordine esecutivo il quale, trascorso il *tempus iudicati*, doveva comunque essere prodotto con un nuovo provvedimento dallo stesso magistrato.

In sostanza, sia nel sistema giuridico romano classico che in quello postclassico non è possibile rinvenire una nozione moderna di «esecuzione della sentenza», tenuto conto che questa costituisce niente di più che l'atto conclusivo di una fase di giudizio cognitoria e non ha in sé forza esecutiva.

Siamo dunque lontani dalla nozione di «titolo esecutivo» e di processo esecutivo.

1.1.2. La prospettiva sostanzialmente non cambia durante la lunga esperienza del «diritto comune». E' ancora necessario, ai fini esecutivi, un nuovo intervento del magistrato sollecitato in

² Il confronto con l'esperienza romana è d'altra parte un passaggio che tutti gli esegeti hanno considerato, ancorché con esiti e prospettive diverse, quale necessario punto di partenza per un esame del rapporto tra cognizione ed esecuzione. Si vedano, ad esempio, sul punto, DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, Napoli, 1901, nonché il classico studio di LIEBMAN, *Opposizioni di merito nel processo esecutivo*, Roma, 2^a ed. 1936, oppure il saggio di VACCARELLA, *L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo*, che costituisce l'Introduzione del volume, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1993, o, ancora, la voce di ALLORIO, *Esecuzione forzata*, in *Nuovo Dig. It.*, Torino, V, 1937, 507.

esito ad un'*actio iudicati* ovvero al ricorso all'*officium iudicis*, senza bisogno, in quest'ultimo caso, di una nuova affermazione del diritto.

Si assiste invece all'equiparazione alla sentenza, sempre ai fini esecutivi, dei documenti notarili (i cc.dd. documenti confessionali o guarentigati),³ in quanto il notaio risulta investito di una *extraordinaria cognitio* sostitutiva di quella del giudice. L'effetto ultimo è quello per cui, in caso di inadempimento, il magistrato darà esecuzione dietro semplice esibizione del documento.

Si conferma dunque l'idea – di derivazione romana e destinata a riverberare i propri effetti fino ai nostri giorni – che il *cognoscere* e l'eseguire sono attività qualitativamente diverse e che quest'ultima, abbinabile all'*imperium*, non appartenga all'esercizio della giurisdizione.

1.1.3. In un *excursus* storico funzionale alla ricostruzione del percorso evolutivo compiuto dall'attività di esecuzione forzata, va certamente richiamata l'esperienza del regno di Francia nel quale, per peculiarissime ragioni storiche, a partire dal diciassettesimo secolo, ad essa venne senz'altro riconosciuta «natura amministrativa».⁴

Lettres obligatoires e sentenze, alle prime assimilate, sono documenti dotati di esecutività che non richiedono l'intervento di un magistrato per l'attuazione forzata, bastando a tal fine l'attività di organi amministrativi centrali costituiti dai *Sergents du Roy* e sollecitata dall'apposizione del sigillo, quale «impressione dell'*imperium* all'atto».⁵

Tale impostazione, figlia (anche se per ragioni storiche diverse) della concezione romana e medievale della separazione tra cognizione ed esecuzione, finirà per influenzare, se non altro come vestigia formale di un sistema non più corrispondente all'attualità, i codici di procedura civile italiani sia preunitari che unitari. In questi ultimi, in particolare, la previsione dell'art. 545 del *code de procédure civile*⁶ finirà per confluire in termini di disciplina della «spedizione in forma esecutiva» per «le sentenze e gli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria e gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale», i quali, «per valere come titolo per l'esecuzione forzata, debbono essere muniti della formula esecutiva, salvo che la legge disponga altrimenti»; attività che oggi «consiste nell'intestazione “Repubblica italiana – In nome della legge” e nell'apposizione da parte del cancelliere o notaio o altro pubblico ufficiale, sull'originale o sulla copia, della seguente formula: “Comandiamo a tutti gli ufficiali giudiziari che ne siano richiesti e a chiunque spetti, di mettere a esecuzione il presente titolo, al pubblico ministero di darvi assistenza, e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi quando ne siano legalmente richiesti”».⁷

³ L'esigenza di una rapida ed efficace tutela del credito generano dunque nuovi strumenti in applicazione del principio *confessus pro iudicato habet*, su cui v. LIEBMAN, *op. cit.*, 68 e VACCARELLA, *op. cit.*, 11.

⁴ Tale configurazione era il prodotto dell'assimilazione delle sentenze alle *lettres obligatoires*, atti di provenienza regia, che si era inteso sottrarre al controllo del potere giurisdizionale frammentato in numerosi organismi locali costituenti un sostanziale ostacolo all'affermazione del potere centrale del re.

⁵ VACCARELLA, *op. cit.*, 13.

⁶ Il quale prevedeva che «nessun giudicato o atto può essere messo in esecuzione se non ha la stessa intestazione che le leggi, e se non porta in fine il mandato agli ufficiali di giustizia conforme al prescritto dell'art. 146».

⁷ Si tratta del 1° e del 3° comma dell'art. 475 del codice di procedura civile vigente, sostanzialmente sovrapponibili al testo dell'art. 556 del codice di rito del 1865.

1.2. Quanto appena osservato con riguardo alla «formula esecutiva» costituisce nient'altro che l'epifenomeno di una più vasta filiazione dalla codificazione francese dei codici processuali italiani preunitari e di quello postunitario del 1865 che, per molti aspetti, costituiscono una mera trascrizione della prima.

Nell'impianto del codice di rito del 1865, ed è questa la specificità più importante ai fini della successiva evoluzione del sistema italiano, manca tuttavia il recepimento dell'idea che quella esecutiva sia attività puramente amministrativa.

I titoli esecutivi, elencati nell'art. 554,⁸ sono però solo le sentenze, le ordinanze e gli atti contrattuali, promananti dalla giurisdizione forzata dell'autorità giudiziaria ovvero da quella volontaria dei notai. Ciascuno di essi costituisce prova presunta certa di obbligazione vera ed è idoneo a rendere possibile l'esecuzione forzata perché proveniente dall'autorità, attraverso l'apposizione della formula esecutiva la quale costituisce il mezzo che consente il passaggio dalla giurisdizione all'*imperium*.

Pur nella ondivaga valutazione dottrinale della natura dei titoli esecutivi di formazione notarile,⁹ si può perciò dire, con buona approssimazione, che la sostanziale omogeneità di tutti i titoli esecutivi (ricondotti, in qualche modo, alla fonte di produzione dell'autorità)¹⁰ li riconosceva dotati di efficacia esecutiva propria che la formula dell'art. 556 valeva unicamente ad affermare in modo solenne ed estrinseco.

1.2.1. Un elemento di rottura, ed insieme di rinnovamento della dommatica su titolo esecutivo ed esecuzione forzata, fu costituito dal riconoscimento della qualità di titolo esecutivo alla «cambiale», effettuato dal codice di commercio del 1882 con l'art. 323. L'inserimento di questo documento tra quelli legittimanti l'intrapresa dell'esecuzione forzata fu dirompente perché mise in crisi l'idea, fin lì coltivata, del titolo esecutivo come atto proveniente dall'autorità, con implicito il comando alla coazione, ed idoneo a fornire la prova certa della esistenza del credito.

L'ammissione, tra i titoli esecutivi, di un documento di formazione privata, non contenente alcun accertamento sul credito né tantomeno un comando per l'esercizio dell'*imperium*,¹¹ impose

⁸ Anche questa è un'innovazione rispetto al codice francese il quale, invece, conteneva un richiamo generico agli *actes exécutoires*.

⁹ Celebre la posizione di MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, *Dell'esecuzione forzata sui beni. Dei procedimenti speciali*, Milano, 1910, 17 s., il quale stigmatizzava la scelta legislativa dell'aver confermato, al mero scopo di abbreviare il cammino processuale, tra i titoli esecutivi atti diversi da quelli di provenienza giudiziaria e, in particolare, quelli notarili, sforniti, finché il debitore non ritenga di spiegare un'opposizione esecutiva, dell'accertamento sul diritto, conseguibile solo attraverso la cognizione giudiziale.

¹⁰ Questa concezione, come si vede ben diversa da quella odierna, aveva peraltro impedito ogni tentativo di ricomprendere tra i titoli esecutivi le scritture private, per la loro inidoneità all'apposizione della formula esecutiva e, più in generale, perché questa non poteva che essere apposta su atti promananti direttamente da pubblici ufficiali.

¹¹ Ed inoltre non abbisognevole, per l'esercizio dell'azione esecutiva, dell'apposizione della formula esecutiva, secondo quanto espressamente disposto dall'art. 67 del reg. esec. cod. comm. Una ricostruzione delle origini e della portata storica ed attuale della formula esecutiva è tratteggiata in modo esauriente da Cass. 5 giugno 2007, n. 13069, ove si afferma che «sotto il codice di procedura vigente la dottrina ritiene in prevalenza che la nozione e la funzione della formula esecutiva accolte nel codice del 1865 sia stata mantenuta, perché la formula non ha alcun carattere

inoltre nuovi sforzi interpretativi volti a chiarire la natura dell'esecuzione forzata, ormai definitivamente sganciata da una previa attività cognitiva giudiziale.¹² Al di là della immediata percezione che quella esecutiva fosse attività giudiziaria, la disomogeneità dei titoli esecutivi indicati dal legislatore implicava l'esigenza di comprendere che tipo di attività giudiziaria fosse richiesta per l'attuazione dei diritti e, in definitiva, se vi fosse processo e quale fosse la qualità di questo in raffronto col modello paradigmatico della cognizione.

In altre parole, il contrasto – latente nell'innovazione in esame – tra l'esigenza di rendere più spedita la tutela *effettiva* del credito (ed in particolare del credito professionale) e quella di impedire che l'aggressione patrimoniale del debitore avvenisse senza alcuna spendita del potere cognitivo da parte del giudice, ha funzionato da spinta iniziale per la verifica del carattere integralmente giurisdizionale del processo di esecuzione forzata.

E proprio gli strali che la migliore dottrina dell'epoca indirizzò contro il nuovo titolo esecutivo¹³ segnano l'inizio del percorso evolutivo che condurrà, attraverso la consapevolezza dell'esistenza di titoli esecutivi giudiziali e stragiudiziali (tra i quali ultimi erano da ricomprendere ormai anche gli atti notarili), ad una nuova concezione dell'istituto e, in particolare, alla prima e più importante conquista ai fini della percezione interamente giurisdizionale dell'esecuzione coattiva.

Innanzitutto, si colse per la prima volta pienamente il fatto che il processo esecutivo aveva inizio a prescindere da una valutazione di ammissibilità e senza la necessità di alcuna preventiva validazione giudiziale: il titolo esecutivo rendeva l'esercizio dell'azione esecutiva autonomo rispetto al diritto fatto valere.

In secondo luogo, definitivamente acquisita la consapevolezza che la forza esecutiva era «immanente» in ogni tipo di titolo esecutivo e non veniva ad esso conferita *ab externo*, si stabilizzò

di essenzialità, tenuto presente il regime delle opposizioni, e perché con la spedizione in forma esecutiva non si accerta l'attuale efficacia del titolo esecutivo e non si verifica neppure l'avveramento della condizione sospensiva, la esecuzione della controprestazione, l'avvenuta scelta nella obbligazione alternativa e, più in generale, l'inesistenza di fatti impeditivi ed estintivi dell'azione esecutiva. Inoltre, alcun controllo è consentito compiere all'ufficiale giudiziario che non sia quello della semplice lettura delle risultanze estrinseche del titolo esecutivo, non essendo egli adatto a compiere indagini più delicate». La pronuncia richiama inoltre la costante giurisprudenza di legittimità la quale, disconoscendo l'opinione (minoritaria) di chi «ha sostenuto che la spedizione in forma esecutiva adempie alla funzione di delibare l'esistenza, l'appartenenza e la validità formale del titolo esecutivo e che, sul piano strutturale, la spedizione del titolo in forma esecutiva è un elemento alla cui presenza la legge subordina la valenza dell'atto come titolo ed è comunque un requisito essenziale per la produzione dei suoi effetti; per cui, prima che sia apposta la formula esecutiva il diritto a procedere ad esecuzione forzata è soggetto ad una condizione impropria (*condicio iuris*), il cui avveramento soltanto ne consente l'esercizio», ha invece affermato «che la spedizione in forma esecutiva non accerta l'efficacia del titolo esecutivo, né l'inesistenza di fatti impeditivi o estintivi dell'azione esecutiva, ma rappresenta un elemento di consapevolezza per il debitore dell'esistenza del titolo esecutivo: Cass. 5 luglio 1990, n. 7074».

¹² Attraverso questa consapevolezza si acquisì inoltre, definitivamente, anche quella del carattere non autoritativo, ma privato, degli atti ricevuti da notaio, su cui v. la critica di MORTARA alla nota 9.

¹³ Sono le note posizioni di MORTARA, *op. cit.*, 17 s. e MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario italiano*, V, Torino, 235 ss. e, in particolare, la posizione di quest'ultimo che, nell'impossibilità di ricondurre congruamente la cambiale alla concezione tradizionale, la definì titolo esecutivo di *natura speciale*.

anche l'idea che quella esecutiva non fosse attività di governo, qualitativamente diversa dall'attività giurisdizionale, ma integrasse una modalità di attuazione della tutela giurisdizionale.¹⁴

Il percorso evolutivo del processo di esecuzione continuò tuttavia a scontare il pregiudizio che l'attuazione presupponesse un «*accertamento*» e che l'accertamento per antonomasia fosse quello effettuato dal giudice. Di qui l'idea, direttamente discendente dalla convinzione che il titolo esecutivo archetipico fosse la *sentenza*, che i titoli stragiudiziali contenessero un accertamento convenzionale, *equiparabile* a quello recato dai provvedimenti del giudice e, pertanto, fossero capaci di analoghe conseguenze in punto di coercizione.¹⁵

Seppure con alcuni tentennamenti e ricadute nella pregressa concezione antinomistica processo-esecuzione,¹⁶ il tentativo di cogliere l'aspetto unificante di tutti i titoli esecutivi dovette però, alla fine, necessariamente prescindere dal fatto risolutivo dell'accertamento per cogliere invece, ma quale punto di partenza dell'indagine, la specificità dell'istituto – ed insieme del processo esecutivo – nella circostanza che sia i titoli giudiziali (ancorché non definitivi) che quelli stragiudiziali hanno la medesima idoneità a sorreggere l'esecuzione coattiva a prescindere dalla «*certezza*»¹⁷ del diritto rappresentato e, in definitiva, dalla sua stessa esistenza; la loro intrinseca forza esecutiva è cioè idonea di per sé sola a mantenere in vita il processo fino a quando il titolo rimanga formalmente intatto.¹⁸

1.2.2. La conquista così effettuata, che si colloca alla base della concezione moderna del processo di esecuzione forzata, postulava peraltro la risoluzione di un'altra decisiva questione collegata al sistema dell'intervento dei creditori nel processo di esecuzione forzata di tipo espropriativo, quello cioè volto a soddisfare i diritti di credito mediante la trasformazione in danaro dei beni del debitore esecutato, ottenuta ordinariamente col mezzo della vendita forzata.

Nel sistema del codice del 1865 l'espropriazione era infatti condotta in modo *individuale* dal solo creditore procedente munito di titolo esecutivo. Era questi che rappresentava di diritto tutti gli altri creditori (titolati o meno) che fossero intervenuti nella fase espropriativa, mentre era nella sola fase distributiva che il procedimento acquistava carattere *concorsuale* attraverso la domanda esecutiva degli intervenuti, la quale assumeva la forma della «*opposizione sul prezzo*» della vendita, e cioè, in sostanza della opposizione a che il ricavato della vendita forzata fosse assegnato al solo procedente.

La contrapposizione tra queste due fasi, espropriativa e distributiva (o soddisfattiva), faceva peraltro emergere con forza il problema, nella seconda di esse, della verifica della sussistenza, della entità e del carattere privilegiato o meno dei crediti fatti valere dagli intervenuti senza titolo esecutivo. Ora, a prescindere dal fatto di voler riconoscere alla fase di graduazione dei crediti – successiva alla vendita ed inerente quella del riparto – natura cognitiva o meramente esecutiva, era innegabile che, posta la premessa interpretativa della possibilità di intervento anche di chi non fosse

¹⁴ E' affermazione che per primo fa CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1904, 45 ss., il quale, seppure in modo embrionale e con alcune limitazioni di cui si dirà nel testo, coglie per intero il fenomeno della «*interiorizzazione*» della forza esecutiva.

¹⁵ CHIOVENDA, *ult. cit.*

¹⁶ E' quanto ancora predica la ricerca del CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 139, il quale finisce per definire quello esecutivo un «*processo non giurisdizionale*».

¹⁷ E, in altre parole, dall'esistenza e dalla stabilità dell'accertamento che precede o accompagna la formazione del titolo esecutivo.

¹⁸ E' la sintesi operata da LIEBMAN, *Opposizioni cit.*, 158 ss.

munito di un titolo esecutivo, la verifica dei crediti di questi ricadesse pienamente nell'alveo del processo esecutivo (ancorché non connotabile, anche in questa fase, dall'unità dell'azione esecutiva di espropriazione¹⁹), ma con connotazioni analoghe a quelle del processo di cognizione, trattandosi di conoscere ed accertare il credito, richiesto in collocazione, «con ufficio analogo ad una citazione per pagamento».²⁰

Si poneva così, per la vicinanza imposta ai due moduli processuali (cognitivo ed esecutivo) dalla fase di riparto, la necessità di tracciare chiaramente un *discrimen* e di farlo solo a seguito della precisazione del *proprium* di ciascuno di essi e della verifica, quantitativa e qualitativa, della comune natura processuale.

I. 2. Il dibattito dottrinale e l'impostazione del codice del 1940.

2. Toccò al legislatore del 1940 il compito di sciogliere i nodi che la precedente esperienza aveva posto in rilievo e gli toccò di farlo, in tempi ristretti,²¹ spesso prescegliendo soluzioni che, da subito, si rivelarono insufficienti a regolare la realtà processuale.

Così, il disegno del nuovo codice fu quello di separare nettamente l'esecuzione dalla cognizione allo scopo di liberare il processo esecutivo (e quello di espropriazione forzata, in particolare) dalle «pastroie» dell'accertamento e di consentirgli di conseguire, senza inutili rallentamenti, l'effetto satisfattivo fissato nel titolo.²²

¹⁹ Premessa, infatti, negata pure da chi, come GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori*, Milano, 1938, 324 ss., riconosceva natura totalmente esecutiva alla fase di riparto del ricavato.

²⁰ MORTARA, *op. cit.*, V, 496

²¹ E' noto, infatti, che il III Libro del codice di rito civile venne approvato, per far seguito alla entrata in vigore dei primi due, in gran fretta ed in assenza della approfondita verifica elaborativa che aveva connotato la redazione delle norme generali e di quelle sulla cognizione.

²² Recita infatti testualmente la Relazione al Re (par. 31) che «*tutto il processo esecutivo, ma specialmente quello di espropriazione immobiliare, era dominato finora dalle forme, e perfino dalla terminologia, del processo di cognizione: le garanzie del contraddittorio e della collegialità, che sono preziose e insopprimibili quando si tratta di decidere, si trovavano impiegate fuor di luogo nel processo di esecuzione dove non si tratta più di decidere ma di operare in conformità di un titolo già di per sé esecutivo. Questo spreco di forme contenziose in un processo in cui non sussiste contesa derivava dalla mancanza di chiara distinzione teorica tra i due momenti, cognizione ed esecuzione, in cui si scinde la funzione giurisdizionale, e dalla assoluta prevalenza che nella considerazione degli studiosi aveva avuto nel secolo passato il processo di cognizione. La rinnovata attenzione che la più recente dottrina ha portato sul processo esecutivo ha dato anche qui i suoi frutti, in quanto il nuovo Codice, mettendosi sulla via tracciata dagli studi, ha potuto liberare la esecuzione di tutte le ingombranti sovrastrutture imitate dal procedimento contenzioso, e distinguere nettamente il procedimento esecutivo dalle fasi di cognizione che eccezionalmente possono incidere nel suo corso. Tale distinzione è stata tenuta sopra tutto presente nel disciplinare la materia delle opposizioni del debitore e dei terzi; riservate le forme del processo di cognizione a quei soli casi in cui la opposizione rende veramente necessaria una decisione con tutte le garanzie formali ad essa inerenti, il restante procedimento esecutivo è stato sveltito e purificato dai residui delle forme contenziose, dandosi forma di semplice ricorso alla domanda di autorizzazione a vendita che prima si proponeva con citazione, e forma di ordinanza o di decreto a quei*

Il titolo esecutivo assumeva dunque definitivamente il ruolo di «innalzare una barriera tra la cognizione e l'esecuzione, quale è l'effetto del dato di diritto positivo secondo cui è titolare della azione esecutiva e, quindi, è legittimato a proporla non chi è titolare del credito, ma chi è *rappresentato come titolare* del credito in uno dei documenti ai quali la legge riconosce la qualità di titolo esecutivo».²³

In sostanza, il processo di esecuzione forzata venne disegnato come autonomo dalle vicende (giudiziali o negoziali) che hanno preceduto la formazione del titolo esecutivo. Ciò che, per un verso e finché esiste il titolo, rende il processo insensibile alle vicende, anche estintive, del diritto sostanziale per la cui soddisfazione si opera e, per altro verso, impedisce che tali vicende possano essere decise all'interno dell'esecuzione, incanalandole, invece, in veri e propri giudizi esterni di cognizione ordinaria, la cui proposizione non ha alcun rilievo immediato sul processo esecutivo; quest'ultimo, infatti, può essere sospeso solo con un apposito provvedimento del giudice della esecuzione (art. 624 cod. proc. civ.).

Emergono in via immediata da questa impostazione due dati, entrambi funzionali alla ricerca in esame.

In primo luogo, le intenzioni denunciate dal Legislatore nella Relazione al Re riproponevano una concezione la quale, avendo come premessa «una correlazione necessaria ed indissolubile tra i concetti di giurisdizione, accertamento e giudicato»²⁴, suscitava ancora una volta interrogativi in ordine al carattere giurisdizionale dell'esecuzione forzata e, ormai più propriamente, in ordine al modo concreto di atteggiarsi, nel processo esecutivo, delle garanzie proprie del processo cognitivo.

Inoltre, la stessa formulazione della norma cardine del processo esecutivo – quella sul titolo esecutivo appunto – disvelava come il disegno codicistico fosse stato modellato con riguardo prevalente all'espropriazione forzata e non anche all'esecuzione in forma specifica (cioè per consegna o rilascio, per fare o non fare, per un *pati*); dato che si coglie nitidamente nel primo comma dell'art. 474 cod. proc. civ. (rubricato “*Titolo esecutivo*”), laddove si stabilisce che il diritto incorporato nel titolo esecutivo deve essere, oltre che certo ed esigibile, anche *liquido* con evidente riferimento ad una caratteristica propria dei soli crediti di denaro e, dunque, sostanzialmente inutilizzabile per obbligazioni diverse da quelle pecuniarie.

2.1. L'impianto del codice del 1940 disciplina, dunque, due tipi di processo esecutivo – quello di espropriazione forzata per la realizzazione dei crediti e quello di esecuzione in forma specifica per gli obblighi diversi – prevedendo tuttavia che, in ogni caso e per ogni tipo processuale, la fase esecutiva fosse preceduta dalla notifica, all'avente diritto, del titolo esecutivo e del precetto.

Quanto al titolo esecutivo, la nuova codificazione recepiva la distinzione storicamente recata tra titoli giudiziali (art. 474, secondo comma, n. 1: sentenze e provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva) e di formazione stragiudiziale (n. 2: le cambiali e gli altri titoli di credito e gli atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva; n. 3: gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli, relativamente

provvedimenti esecutivi che prima venivano rivestiti con le inutili solennità della sentenza di autorizzazione a vendere, o della sentenza di aggiudicazione».

²³ Così VERDE, *Attualità del principio «Nulla executio sine titulo»*, in *Rivista di diritto processuale*, 1999, 964.

²⁴ VERDE - CAPPONI, *Profili del processo civile. 3. Processo di esecuzione e processi speciali*, Napoli, 1998, 9.

alle obbligazioni di somme di danaro in essi contenute), secondo una regola di legalità e tipicità (sono titoli esecutivi solo quelli espressamente qualificati come tali dalla legge).

Il titolo, spedito in forma esecutiva mediante l'apposizione della relativa formula (art. 475, primo comma: che la prevede solo per i provvedimenti giudiziari e gli atti notarili o comunque pubblici), ha comunque una sua flessibilità soggettiva, potendo essere rilasciato, in forma esecutiva, anche in favore dei successori del soggetto individuato al suo interno come avente diritto (art. 475, secondo comma), ed utilizzato contro gli eredi dell'obbligato (art. 477, primo comma), con alcune garanzie procedurali, consentendosi, in tal modo, la c.d. esecuzione *ultra partes*.

Quanto al precetto, disciplinato dall'art. 480 del codice di rito, consiste nella intimazione di adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo entro un termine non minore di dieci giorni, con l'avvertimento che, in mancanza, si procederà ad esecuzione forzata.

In buona sostanza, ogni tipo di processo esecutivo deve essere preceduto dall'invito ad adempiere e dalla contestuale «minaccia» della sua intrapresa. Da notare che il precetto, nell'individuare esattamente l'obbligazione di cui si chiede l'adempimento, ove rivolto al pagamento di una somma di denaro – ed a differenza di quanto avviene per le «altre» obbligazioni, prodromiche a ben individuati tipi di esecuzione in forma specifica²⁵ – si manifesta generico; cioè, pur precludendo ad una espropriazione forzata, non rivela a quale tipo di processo espropriativo si antepone, potendo il creditore, in caso di mancato adempimento, avviare una espropriazione mobiliare (diretta o presso terzi), immobiliare, di crediti, contro il terzo proprietario.

2.2. Proprio con riguardo al processo espropriativo – che, come si è detto, costituisce l'archetipo legislativo dell'esecuzione – il Legislatore del 1940 dettò delle regole comuni, sia con riguardo agli incumbenti più strettamente procedurali (nomina del g.e. formazione del fascicolo dell'esecuzione, notifiche, pubblicità), che disciplinando, in linea generale, gli istituti ricorrenti in ciascun tipo processuale: il pignoramento, l'intervento dei creditori, la vendita, l'assegnazione e la distribuzione delle somme da esse ricavate.

Importante, in questa operazione normativa, fu l'introduzione dell'art. 485 (Audizione delle parti) il quale dispone ancora oggi che *«quando la legge richiede o il giudice ritiene necessario che le parti ed eventualmente altri interessati siano sentiti, il giudice stesso fissa con decreto l'udienza alla quale il creditore pignorante, i creditori intervenuti, il debitore ed eventualmente gli altri interessati debbono comparire davanti a lui»*, offrendo agli interpreti una indicazione ampiamente valutabile nel senso di un assetto contraddittorio del processo espropriativo.

Letterale – ancorché ampiamente discussa in dottrina, almeno per un certo periodo²⁶ – era l'indicazione in ordine al fatto che il processo di espropriazione forzata inizia solo col pignoramento

²⁵ Per i quali, infatti, oltre ai requisiti prescritti dall'art. 480 cod. proc. civ., è necessario effettuare nel precetto la descrizione sommaria dei beni mobili da consegnare e di quelli immobili da rilasciare (art. 605, primo comma) ovvero indicare il risultato da conseguire in via esecutiva (art. 612, primo comma).

²⁶ Polemiche i cui echi si sono propagati fino all'attualità. V. ad es. VERDE - CAPPONI, *Profili cit.*, 52, i quali, nel sottolineare la natura incerta del precetto, si domandano ancora come spiegare una serie di dati non univoci, tra i quali il fatto che contro quest'atto, necessario ma preprocessuale, siano consentite le tipiche impugnazioni esecutive dell'opposizione all'esecuzione (615, primo comma) e dell'opposizione agli atti esecutivi (art. 617, primo comma), anziché quelle negoziali; o, ancora la circostanza che l'art. 480, secondo comma, cod. proc. civ. include nel contenuto del

e che la notifica del titolo e del precetto sono meri atti «prodromici» alla fattispecie processuale. Quanto al pignoramento – i cui effetti sostanziali trovano ancora oggi la loro disciplina nel codice civile (artt. 2912 – 2918) – è definito in linea generale come consistente in «una ingiunzione che l'ufficiale giudiziario fa al debitore di astenersi da qualunque atto diretto a sottrarre alla garanzia del credito esattamente indicato i beni che si assoggettano all'espropriazione e i frutti di essi».

La scarna indicazione contenuta nell'originario art. 492 cod. proc. civ., tratteggiando l'unico elemento unificante tutte le ipotesi di pignoramento, rimanda alla compiuta disciplina dei singoli tipi di processo espropriativo, ordinati in relazione alla natura dei beni staggiti ovvero alla loro condizione giuridica o alla loro particolare relazione giuridica con il creditore precedente.

Nel primo gruppo rientrano le norme sull'espropriazione mobiliare presso il debitore (artt. 513 ss.), sulla espropriazione presso terzi di crediti o di cose mobili del debitore che sono in possesso di un terzo (artt. 543 ss.), sulla espropriazione di beni immobili (artt. 555 ss.). Nel secondo gruppo, l'espropriazione di beni indivisi (artt. 599 ss.) e quella contro il terzo proprietario (artt. 602 ss.). Quest'ultima, in particolare, opera (con rilevanti ricadute in termini di bilanciamento della effettività dell'azione esecutiva con l'esigenza di garanzia del diritto di difesa del debitore, del terzo espropriato e dei creditori particolari di quest'ultimo) in ipotesi definite, con espressione immaginifica, di «*responsabilità senza debito*» quale quella del terzo datore di terzo di ipoteca (ma anche dell'acquirente del bene ipotecato o dato in pegno a garanzia di un debito altrui) ovvero del pignoramento del bene la cui alienazione da parte del debitore è stata revocata per frode, con conseguente esercizio dell'azione esecutiva, da parte del beneficiario della sentenza revocatoria, nei confronti dell'acquirente revocato.²⁷

Il modello processuale dell'espropriazione forzata detta inoltre, in via generale, la disciplina della vendita forzata (e dell'assegnazione) – quale passaggio necessario per la trasformazione giudiziale del bene pignorato in danaro, in ossequio al principio del divieto del patto commissorio (art. 2477 cod. civ.) – e della distribuzione della somma ricavata tra i creditori aventi diritto.

Centrale, in particolare ai fini della verifica del modello legislativo della separatezza tra esecuzione e cognizione, è la scelta che il Legislatore del codice di rito fece in tema di intervento dei creditori.

precetto previsto a pena di nullità «*l'indicazione delle parti*», così facendo riferimento alle parti processuali e non anche a quelle dell'obbligazione in esecuzione (che possono essere diverse dalle prime).

Gli stessi Autori sottolineano come la questione si sia posta per la prima volta proprio col codice del 1940, visto che nella vigenza del codice di rito del 1865 non si dubitava del fatto che il precetto fosse un atto processuale e che quello immobiliare fosse soggetto a trascrizione nei pubblici registri.

²⁷ In realtà l'elenco delle situazioni che legittimano l'intrapresa del processo *ex artt. 602 e ss. cod. proc. civ.* è molto più esteso e può dirsi che corrisponda, sostanzialmente, a quello stilato da TARZIA, voce *Espropriazione contro il terzo proprietario*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1960 967 ss.; MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, 2° ed., Torino, 1998, 53 ss. e, con particolare riguardo all'espropriabilità di beni della comunione legale per debiti personali di uno dei coniugi, con conseguente costituzione dell'altro in una posizione analoga a quella del terzo proprietario, ACONE, *Spunti critici e ricostruttivi in tema di espropriazione dei beni della comunione legale coniugale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, 3 ss.

Il sistema prescelto fu quello della c.d. *porta aperta* e, cioè, quello nel quale - posta la necessità di provocare l'intervento dei c.d. creditori iscritti²⁸ - tutti gli altri creditori del soggetto esecutato potevano intervenire liberamente nel processo esecutivo, ancorché non muniti di titolo esecutivo, partecipando alla procedura e dovendo essere sentiti ogni volta che la legge prescrivesse di sentire le parti. L'unica differenza con i primi si coglieva nella diversità dei poteri processuali, visto che solo gli intervenuti muniti di titolo esecutivo potevano, in caso di inerzia del creditore procedente, provocare gli ulteriori atti esecutivi consentendo al processo di andare avanti.

Il codice di rito del 1940 disegnava dunque l'espropriazione forzata come un processo aperto a tutti i creditori, a prescindere dal possesso di un titolo esecutivo, dando attuazione - secondo l'insegnamento classico - al principio, scolpito dall'art. 2741 cod. civ., della *par condicio creditorum*.²⁹

La trama del processo di espropriazione rivelava, tuttavia, una notevole varietà di poteri degli intervenienti commisurata in via generale, per un verso, proprio al possesso del titolo esecutivo e, sotto altro profilo, al tempo dell'intervento. Con riguardo al primo requisito, infatti, dagli articoli 526, 551 e 564, nonché dall'esame letterale degli articoli 499, secondo comma («il ricorso deve contenere... la domanda per partecipare alla distribuzione della somma ricavata») e 500 c.p.c. («l'intervento dà diritto a partecipare alla distribuzione della somma ricavata»), emergeva con evidenza che il concorso paritario avrebbe trovato la propria realizzazione, salve le cause legittime di prelazione, nella sola fase distributiva, connotando già a monte l'intervento dei creditori chirografari alla stregua di una azione tipicamente «satisfattiva», essendo quella «espropriativa» riservata al procedente ed agli intervenuti titolati, unici soggetti in grado di «provocare» i singoli atti dell'espropriazione.³⁰ Solo dopo la vendita, dunque, il riparto avrebbe potuto essere sollecitato, a prescindere dal possesso di un titolo, da tutti i creditori concorrenti, gli stessi dei quali era richiesta la rinuncia per pronunciare, in questa fase, l'estinzione del processo (art. 629, secondo comma, c.p.c.).

²⁸ Cfr. l'art. 498 cod. proc. civ. il quale dispone, ancora oggi, che «*debbono essere avvertiti dell'espropriazione i creditori che sui beni pignorati hanno un diritto di prelazione risultante da pubblici registri*» e che a tal fine è loro notificato un avviso con l'indicazione sommaria dei soggetti e dell'oggetto dell'espropriazione. Infine, «*in mancanza della prova di tale notificazione, il giudice non può provvedere sull'istanza di assegnazione o di vendita*».

Secondo la giurisprudenza di legittimità, tuttavia, l'art. 498 «*non contiene alcuna sanzione di nullità insanabile per il caso in cui l'assegnazione o la vendita avvengano egualmente senza avviso, ma comporta che il creditore procedente è tenuto a rispondere, a norma dell'art. 2043 c.c., delle conseguenze dannose subite dai creditori iscritti a seguito del provvedimento di vendita o di assegnazione emesso illegittimamente, giacché la mancata notifica dell'avviso, costituendo violazione di un obbligo imposto da una norma giuridica, concreta un'ipotesi di fatto illecito extracontrattuale*» (così, *ex multis*, Cass., 23 febbraio 2006, n. 4000).

²⁹ Sulla continuità storica del principio del pari trattamento dei creditori e sulla origine dell'art. 2741 del codice civile, v. lo studio di ZIINO, *Esecuzione forzata e intervento dei creditori*, Palermo, 2004, 25 ss.

³⁰ Cfr. sul punto l'ampia ricostruzione delle diverse opinioni offerta da CAPPONI, in (Capponi, Bove, Martinetto, Sassani), *L'espropriazione forzata. Giurisprudenza sistematica di dir. proc. civ.*, diretta da Proto Pisani, Torino, 1988, 152 ss. ID., *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990, 50 ss.

V'era peraltro da sottolineare – ed è il secondo corno del problema generale dell'attuazione del pari trattamento – come l'effettività del concorso nella fase soddisfattiva rimanesse condizionata, per i chirografari, dal tempo del loro intervento. Ai soli interventori tempestivi (ai sensi di quanto disposto dagli articoli 525, secondo e terzo comma, 551 e 563, secondo comma, c.p.c.) si concedeva infatti di concorrere paritariamente in sede distributiva, mentre i chirografari tardivi avrebbero potuto soddisfarsi unicamente sul compendio eventualmente residuo dal riparto tra creditori titolati, tempestivi ed iscritti (artt. 528 e 565 c.p.c.).

Era stato tuttavia osservato che la disciplina degli interventi così delineata, ancorché marcatamente intesa a convogliare i poteri dei creditori chirografari nella fase di realizzazione concorrente dei rispettivi diritti, attribuiva agli intervenuti non titolati un peso, in alcuni casi decisamente rilevante per gli esiti della procedura, già nella fase espropriativa ed in tal modo confinava il rilievo del titolo esecutivo alla proposizione dell'istanza di vendita o di assegnazione ed al potere di rinuncia di cui al primo comma dell'art. 629 c.p.c.³¹

D'altra parte, lo stesso dato di fatto della esistenza e dell'ammontare del credito dell'interveniente finiva per rivestire un ruolo decisivo in tutte le fasi di liquidazione, dalla riduzione alla conversione del pignoramento, dalla cessazione della vendita a lotti all'estensione del pignoramento, con l'ovvia conseguente richiesta di stabilità dei diritti affermati.³²

Questo complesso impianto, dunque, imponeva, nel bilanciamento tra l'esigenza di realizzazione della *par condicio creditorum* e quella di tutela del debitore dagli eccessi del processo esecutivo incondizionatamente aperto agli interventi non titolati, la verificabilità anticipata dei crediti, secondo il modello cognitivo, e insieme poneva forti interrogativi in ordine alla qualità della «prova» del credito affermato nella domanda di intervento.

Tra gli istituti appena menzionati appare fondamentale, proprio per le implicazioni sul piano appena considerato, quello della conversione del pignoramento – e cioè della sostituzione ai beni pignorati, mediante un apposito provvedimento del g.e. che ne stabilisse l'entità e i tempi di versamento, di una somma commisurata al complesso dei crediti azionati nella procedura – che l'art. 495 del codice di rito del 1940 consentiva «in qualsiasi momento anteriore alla vendita».

Più avanti si avrà modo di vedere come proprio attraverso questo istituto è stato messo a fuoco il fallimento dell'idea di separatezza tra cognizione ed esecuzione.

³¹ V., in questo senso, ORIANI, *La determinazione dei crediti ai fini del concorso*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, 1, 140 s. che, con riguardo al penetrante ruolo rivestito già nella fase espropriativa dai creditori chirografari intervenuti nel processo esecutivo, menzionava gli obblighi di audizione (previsti dagli artt. 530, 552 e 569 all'udienza per disporre l'assegnazione o la vendita, dall'art. 590 a seguito di asta immobiliare andata deserta e dall'art. 572, primo comma sull'offerta di acquisto dell'immobile staggio), la decisività del loro dissenso per respingere, ove inferiore ad un quarto del valore dell'immobile, l'offerta di acquisto dell'immobile nella vendita senza incanto (art. 572, secondo comma), la necessità del loro consenso per disporre l'amministrazione giudiziaria del bene immobile invenduto (art. 592) nonché, tendenzialmente, le attività di cui agli artt. 538, 553, 559, 575, 588, 595 e 631 del codice di rito.

³² *Ibidem*.

2.3. Due modelli processuali – normativamente più scarni – venivano invece dettati per le c.d. esecuzioni in forma specifica che sono, come detto, quelle volte ad attuare obblighi di consegna o rilascio, obblighi di fare e di non fare.³³

Accanto a queste forme di esecuzione diretta (artt. 2930, 2931, 2933), nel codice civile (sezione II, capo II, Titolo IV del libro VI – *Dell'esecuzione forzata in forma specifica*) è rinvenibile anche, all'art. 2932, la disciplina della «*esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*», attuabile mediante una sentenza che tiene luogo del contratto non concluso, la quale tuttavia non dà luogo ad un processo esecutivo, ma rappresenta una forma di tutela cognitiva a carattere costitutivo.

Quanto alle forme esecutive dirette della consegna/rilascio e del fare/non fare, si tratta all'evidenza di processi strutturalmente e funzionalmente diversi da quello espropriativo, la cui eterogeneità è segnata dalla diversità della situazione giuridica sostanziale fatta valere.

Laddove quello è volto a trasformare un bene in danaro a soddisfazione esclusiva di un diritto di credito, questi sono diretti a reimmettere l'avente diritto nella disponibilità dei beni mobili o immobili ovvero a garantirgli l'esecuzione di un *facere* fungibile ovvero di un *non facere*.

E' chiaro che in un tale contesto non v'è alcuno spazio per aspetti concorsuali e, quindi, per categorie quale quella della *par condicio creditorum*, potendosi al più parlare di colegittimazione di aventi diritto alla medesima prestazione.

La differenza dalla espropriazione è inoltre segnata dal fatto che solo i titoli esecutivi di formazione giudiziale legittimano le esecuzioni in forma specifica.

2.4. Infine, come ampiamente anticipato attraverso il richiamo della “Relazione al re”, il codice completava il proprio disegno separatore dell'attività cognitiva da quella meramente esecutiva incanalando le eccezioni di merito in appositi giudizi di cognizione strutturati in forma di opposizioni.

Prima fra tutte, l'opposizione all'esecuzione, disciplinata dall'art. 615 cod. proc. civ., per contestare il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata, spendibile, prima dell'avvio dell'espropriazione, contro il precetto e, dopo il perfezionamento di questo, avverso il pignoramento fino alla definizione del processo esecutivo.

E' il rimedio di merito per eccellenza, di volta in volta inteso dalla dottrina come diretto a contestare il *diritto processuale* di agire *in executivis* ovvero il *diritto sostanziale* rappresentato nel titolo esecutivo.

Attorno al perno di questo paradigmatico rimedio di merito ruotavano inoltre l'*opposizione distributiva* ex art. 512 cod. proc. civ., intesa a risolvere le controversie tra creditori concorrenti o tra creditore e debitore in ordine alla sussistenza o all'ammontare di uno o più crediti o circa la sussistenza di diritti di prelazione, e l'*opposizione di terzo all'esecuzione* (art. 619) azionabile, appunto, dal terzo il quale pretende di avere la proprietà o altro diritto reale su beni pignorati.

Il contenuto di quest'ultimo rimedio coincide infatti sotto il profilo sostanziale – e se ne discosta per quello dei soggetti legittimati ad opporre – col contenuto che il secondo comma dell'art. 615, risolvendo una *querelle* insorta già sotto il vigore del codice del 1865, assegna all'opposizione all'esecuzione con riguardo alla impignorabilità di singoli beni assoggettati all'esecuzione.

³³ Il codice di rito, per la verità, non utilizza mai la locuzione «*esecuzione in forma specifica*» che è invece mutuata dal codice civile.

Peculiare, infine, l'opposizione agli atti esecutivi che l'art. 617 del codice di rito consente per contestare la regolarità formale del titolo esecutivo,³⁴ del precetto e di tutti gli atti esecutivi compiuti nel corso del processo esecutivo.

Diversa dunque, nell'intendimento del legislatore, la funzione delle due categorie di opposizione: quelle volte a contestare il diritto (alla radice o nella sua entità) di promuovere l'esecuzione forzata ovvero di parteciparvi con poteri di impulso, quest'ultima diretta a censurare il *quomodo* del processo esecutivo.

Con evidenti riflessi sulla competenza, sui tempi e sui termini di proposizione del giudizio e, infine, sul regime delle impugnazioni: le opposizioni di merito sono definite con sentenza appellabile e, poi, ricorribile in via ordinaria in cassazione, mentre l'opposizione di forma è definita con sentenza dichiarata espressamente «*non impugnabile*» (art. 618, secondo comma).

L'idea è dunque quella che l'opposizione agli atti sia un rimedio interno, una sorta di reclamo, che esaurisce rapidamente la materia del contendere, limitata alle questioni di forma (essenzialmente le «*nullità formali*») degli atti esecutivi per poi consentire il sollecito prosieguo del processo esecutivo. Incidendo infatti sugli atti esecutivi, è questa l'impugnazione che può determinare con più incisività l'arresto del procedimento esecutivo attraverso l'adozione da parte del g.e., nei casi urgenti, degli «opportuni provvedimenti»; tant'è che l'art. 569, secondo comma, del codice di rito – il quale disciplina l'udienza di autorizzazione alla vendita immobiliare – dispone che «all'udienza le parti possono fare osservazioni circa il tempo e le modalità della vendita, e devono proporre, a pena di decadenza, le opposizioni agli atti esecutivi, se non sono già decadute dal diritto di proporre», esigendo così la preventiva risoluzione delle questioni formali prima che venga avviato il meccanismo di liquidazione dei beni staggiti.

In ogni caso, le opposizioni *ex art.* 615 e 619, incanalate in separati giudizi di merito, non determinano *ipso jure* la sospensione del giudizio se non per effetto di un espresso provvedimento del giudice il quale si convinca, attraverso una prognosi non dissimile da quella effettuata dal giudice cautelare, che ricorrono gravi motivi.³⁵

I. 3. Gli aspetti problematici e l'avvento della Costituzione repubblicana.

3. Questo – ancorché sommariamente descritto – il quadro normativo al momento dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana la quale, come già detto, pone con urgenza, all'interno del processo esecutivo, il tema delle garanzie connesse al diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. e impone la verifica della natura dello stesso, rendendo non più rinviabile il chiarimento dei rapporti col modello paradigmatico della cognizione.

Vero è, inoltre, che la Costituzione pose non solo dei parametri di verifica della legittimità delle norme esistenti e, ancor prima, una nuova rima ermeneutica per l'intero processo esecutivo, ma in alcuni casi incise direttamente sull'assetto processuale, determinando un mutamento di fisionomia di singoli istituti, già oggetto peraltro di, spesso rilevanti, assestamenti per via dottrinale e giurisprudenziale.

³⁴ A differenza della opposizione *ex art.* 615, primo comma, cod. proc. civ., la quale si configura, prima dell'avvio dell'esecuzione, esclusivamente in termini di «opposizione al precetto», non potendo essere proposta se non dopo la notifica di quest'atto e non anche del solo titolo esecutivo.

³⁵ L'art. 624 disponeva, invece, che «il giudice sospende totalmente o parzialmente la distribuzione della somma ricavata quando sorge una delle controversie previste nell'art. 512», con un effetto sospensivo considerato sostanzialmente automatico.

E' il caso proprio dell'opposizione agli esecutivi di cui all'art. 617 cod. proc. civ., delineata come un agile rimedio interno al processo esecutivo in grado di risolvere rapidamente le questioni formali che dovessero costellarlo e, pertanto, definita con sentenza non impugnabile. Il carattere decisorio di tale pronuncia apre tuttavia uno scenario nuovo alla luce dell'art. 111, secondo comma, Cost.,³⁶ il quale consente sempre, «*contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali*», il ricorso in Cassazione per violazione di legge, e cioè il c.d. «*ricorso straordinario per cassazione*». Il rimedio oppositivo formale, caricatosi via via di nuovi contenuti,³⁷ è dunque definito con un provvedimento censurabile in cassazione, quantomeno con la ricaduta di un aumento dei tempi di definizione degli incidenti esecutivi.

Il dibattito dottrinale e l'esperienza giurisprudenziale sono stati dunque significativamente arricchiti dalla entrata in vigore della Carta costituzionale, peraltro in una sostanziale continuità con la tradizione dei temi discussi, spesso ampiamente, già sotto il vigore del codice del 1865.

Due direttrici di ricerca vanno dunque seguite in funzione del tema prefissato per questo lavoro.

In primo luogo, occorre dare conto dei risultati che dottrina e giurisprudenza hanno conseguito sul piano della individuazione della natura processuale dell'esecuzione forzata, e della connessa garanzia del diritto di difesa, sotto lo stimolo degli articoli 3, 24 e, infine, 111 novellato, della Costituzione.

In secondo luogo, non si può non tracciare un quadro della evoluzione e della crisi – ovviamente sempre con riguardo al tema delle garanzie connesse al diritto di difesa – degli istituti del processo esecutivo, fino a cogliere i motivi animatori dei vari tentativi di modifica del codice, tracciando, infine, un quadro essenziale dell'assetto che fuoriesce dalla riforma del 2005-2006, anche nella prospettiva di nuove criticità rilevabili sul piano del rispetto del diritto costituzionale di difesa.

3.1. Quanto al primo aspetto – quello cioè della verifica della natura processuale e delle specificità dell'esecuzione forzata su questi piano – occorre esaminare il modo ed i limiti con cui si è giunti a verificare la ricorrenza nel processo esecutivo delle garanzie che specificano il precetto dell'art. 24 Cost. (ed oggi anche dell'art. 111 della Carta costituzionale), ravvisabili nel *diritto ad un giudice indipendente ed imparziale* per un processo *equo e giusto*, nella *eguaglianza delle parti* che, sul piano effettuale, si risolve nella *parità delle armi*, nei *diritti di azione e difesa* ed in una serie di *diritti e poteri processuali di base* (domanda giudiziale, difesa ed eccezione, diritto alla prova), nonché nei *principi dispositivo e dell'impulso di parte* e nel *principio del contraddittorio*; tutti collegati in una combinazione funzionale, quali «*condizioni minime ed essenziali di effettività*, da cui dipende il riconoscimento del “diritto ad un equo processo”».³⁸

³⁶ E' l'attuale settimo comma dell'art. 111 Cost. novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

³⁷ Su cui v. oltre in questo lavoro.

³⁸ E' questa la sintesi operata da COMOGLIO, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, 453 s. il quale, per come è dato evincere dalla definizione testuale riportata, pone l'accento soprattutto sul fatto che le garanzie, riguardate dal punto di vista dell'avente diritto e, in definitiva, del sistema processuale, devono comunque avere ad oggetto l'effettività del risultato da conseguire.

In questo senso, dunque, non si nutre oggi più alcun dubbio circa il fatto che la funzione esecutiva, considerata dal punto di vista dell'unitarietà dell'azione esecutiva, abbia natura pienamente giurisdizionale in quanto concorre con il processo di cognizione alla realizzazione di quella funzione. E' stato inoltre opportunamente osservato in proposito che l'effettività della tutela, intesa in termini di conseguimento del bene della vita mediante un processo giusto, «assume un contenuto ancor più *sostanziale e concreto*, laddove (come accade con l'azione esecutiva, per la tutela forzata di un diritto già consacrato in un titolo esecutivo, di formazione giudiziale o meno) l'oggetto da garantire non sia più l'*adeguatezza modale* del processo di cognizione e delle sue strutture, ma sia invece l'*effettività* delle forme e dei tempi in cui, nel susseguente processo di esecuzione, chi abbia ottenuto il riconoscimento giurisdizionale del proprio diritto ne possa poi ottenere l'*attuazione coattiva*».³⁹

E' chiaro, peraltro, che le esigenze di effettività della tutela, manifestantesi soprattutto in termini di celerità nel conseguimento dell'esatta utilità costituente il bene della vita, vanno temperate, nella piena attuazione dei precetti costituzionali richiamati, con il diritto del debitore – e, più in generale, del soggetto sottoposto ad esecuzione – a subire un processo esecutivo senz'altro conforme alle norme che lo regolano, ma anche «*giusto*» ed «*opportuno*».⁴⁰

D'altra parte, il carattere pienamente giurisdizionale della tutela esecutiva, posta in tal modo sullo stesso piano di quella cognitoria, può dirsi un dato ormai pienamente acquisito nelle maggiori legislazioni europee.

Così è infatti nei sistemi di *civil law*,⁴¹ così è in Spagna, dove l'art. 117, terzo comma, della Costituzione del 1978 attribuisce agli organi giudiziari prestabiliti per legge «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, zigando y haciendo ejecutar lo juzgado»⁴², così è, infine, nel sistema europeo delle garanzie, nel quale la Corte europea dei diritti dell'Uomo, in sede di applicazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo,⁴³ ha ripetutamente chiarito che il processo esecutivo, proprio per la sua natura pienamente giurisdizionale, non può essere considerato in modo dissimile da quello di cognizione, insieme al quale persegue il medesimo risultato ultimo della *tutela effettiva* dei diritti.

3.1.1. Il primo interrogativo che storicamente ha contrassegnato la ricerca degli «indici» di giurisdizionalità dell'esecuzione forzata, è quello dell'applicabilità del «**principio della domanda giudiziale**», cardine del nostro sistema processuale sancito normativamente dagli articoli 99 cod.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Per questi ultimi concetti v. lo studio di BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996.

⁴¹ V. sul punto W. GRUNSKY, voce *Esecuzione forzata. V) Diritto comparato*, in Enc. Giur.. XIII, 1989, §2.1, nonché COMOGLIO, *L'individuazione dei beni da pignorare*, in *Rivista di diritto processuale*, 1992, 83 ss. e 97 ss. Unica eccezione, nel senso dell'affidamento dell'intera attività esecutiva ad organi amministrativi, è costituita dal sistema svedese.

⁴² E dove l'art. 24, primo comma, della medesima Costituzione stabilisce che tutte le persone hanno un «derecho a obtener la *tutela efectiva* de los jueces y tribunales» e, dunque, anche il diritto ad una esecuzione effettiva delle sentenze giurisdizionali; su cui v. ancora COMOGLIO, *Principi* cit., 454 s.

⁴³ Con particolare riguardo al diritto alla ragionevole durata dei processi ed alla imparzialità del giudice, nelle sentenze 26 febbraio 1993, Billi; 23 novembre 1993, Scopelliti; 21 maggio 1996, Ausiello, 26 settembre 1996, Di Pede e Zappia.

proc. civ. e 2907 cod. civ.⁴⁴ in relazione all'art. 24, primo comma, della Costituzione («*tutti possono agire in giudizio...»*).

Nel caso di specie, peraltro, si è verificata una sorta di rovesciamento prospettico, posto che è stato il riconosciuto carattere giurisdizionale della tutela esecutiva, percepita, anzi, come la forma più incisiva di realizzazione dei diritti, a spingere gli interpreti ad una serrata e, si vedrà tra un attimo, non facile ricerca per esso di una domanda giudiziale.⁴⁵

L'origine di questa inversione è in qualche modo collegata anche alla semplificazione derivante dal dato normativo offerto dal codice di rito del 1865 nel quale – come già sopra detto – solo l'art. 569 disponeva, al primo comma, che «*nel caso di morte del debitore, l'esecuzione cominciata può proseguirsi contro gli eredi senza che debba sospendersi o riassumersi*» e, al secondo comma, che «*l'esecuzione s'intende cominciata, riguardo ai mobili col pignoramento e riguardo agli immobili con la notificazione del precetto*». Questo articolo, peraltro, venne prevalentemente inteso, per la verità non senza contrasti, nel senso che il secondo comma costituisse unicamente una particolare applicazione del primo, senza esprimere una regola generale, ravvisabile invece nel dato per cui il precetto, e in particolare quello immobiliare, era atto esecutivo e che in esso (secondo alcuni integrato dalla notificazione del titolo) si esprimesse la domanda esecutiva, intesa secondo la nota formula chiovendiana, quale «*atto con cui la parte (attore), affermando la esistenza d'una volontà concreta della legge che le garantisce un bene, dichiara la volontà che questa si attua di fronte all'altra parte (convenuto) e invoca a questo scopo l'autorità dell'organo giurisdizionale*».⁴⁶

Le cose si complicarono con l'entrata in vigore del codice di rito del 1940 nel quale più dati normativi congiuravano nel collocare il precetto, quale atto prodromico necessario, al di fuori del processo esecutivo,⁴⁷ con la conseguenza che risultava difficile cogliervi la domanda esecutiva se dalla sua notificazione non derivava l'inizio dell'esecuzione forzata.

A questa difficoltà si aggiungeva l'idea ben più radicale, coltivata da una autorevole parte della dottrina, per cui «*la domanda non ha luogo nel processo di esecuzione, che è essenzialmente un processo non contraddittorio, e non provoca alcun giudizio sulla pretesa che si vuol far valere*»,

⁴⁴ Il primo disponendo che «*chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente*» ed il secondo che «*alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio*».

⁴⁵ Ne dà ampio conto SALETTI, *Processo esecutivo e prescrizione. Contributo alla teoria della domanda esecutiva*, Milano, 1992, 14 ss.

⁴⁶ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2° ed., I, Napoli, 1935, 145.

Nel senso che il processo esecutivo fosse caratterizzato da una vera e propria domanda esecutiva paragonabile a quella introduttiva del processo di cognizione e, cioè, alla citazione, ALLORIO, voce *Perenzione*, in *Enc. Giuridica italiana*, XIII, II, Milano, 1938, 327; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile, Processo di esecuzione*, I, Padova, 1929, 91 ss.; LIEBMAN, *Per la nozione dell'atto di precetto*, in *Foro it.*, 1931.

⁴⁷ V. l'art. 479, primo comma, cod. proc. civ.: «*l'esecuzione forzata deve essere preceduta dalla notificazione del titolo in forma esecutiva e del precetto*»; l'art. 480, primo comma: il precetto contiene l'avvertimento che, in mancanza di adempimento nel termine di dieci giorni, «*si procederà a esecuzione forzata*»; nonché l'art. 491: «*l'espropriazione forzata si inizia col pignoramento*».

in quanto in tale processo «la domanda, se così si vuol dire, è riassunta nel titolo esecutivo, nell'immediatezza dell'azione che questo comporta».⁴⁸

Una domanda giudiziale, tecnicamente intesa, non sarebbe dunque identificabile nel processo esecutivo, perché in esso non vi è traccia di giudizio.

Anche questa concezione, comunque contrastata da una parte maggioritaria della dottrina,⁴⁹ non arrivava tuttavia a negare che nel processo esecutivo opera il fondamentale principio giurisdizionale del *ne procedat iudex ex officio*, e cioè che questo non possa che essere attivato in virtù di un atto di parte; essa, invece, si radicava nella convinzione che tutto il programma esecutivo fosse interamente scritto nel «titolo esecutivo» e che, quindi, sia il precetto che il pignoramento, integrati all'occorrenza da ulteriori istanze necessarie per le singole procedure esecutive, non siano altro che la condizione perché il giudice pronunci (nel processo in esame, esegua), non valendo anche ad esprimere i contenuti della iniziativa di parte con la fissazione dell'oggetto della pronuncia giudiziale secondo il principio normativizzato dall'art. 112 cod. proc. civ.

Solo in tempi relativamente recenti si è giunti invece a riconoscere un rilevante ambito di autonomia alla pretesa azionata nel processo esecutivo rispetto a quella documentata nel titolo esecutivo, in uno ad una certa discrezionalità della parte nella scelta del contenuto processuale: in una parola, si è giunti a ritenere che anche questo tipo processuale risponde al principio giuridico della domanda, tecnicamente intesa.

Infatti, siccome il processo esecutivo tende alla realizzazione *effettiva* del diritto, se è vero che di norma è la notifica o l'esibizione del titolo esecutivo che predetermina il suo contenuto, è pure vero che sovente il programma processuale risulta diverso da quello prefissato nel titolo e che le possibili modifiche sono tutte riconducibili alla discrezionalità ed alla autonomia della parte istante.

E' il caso della successione nel titolo esecutivo (artt. 475, secondo comma, dal lato attivo e art. 477 dal lato passivo, già sopra richiamati *sub* 2.1), ove ad un mutamento tra i soggetti indicati nel titolo esecutivo e quelli contro i quali o a favore dei quali viene richiesto l'intervento giudiziale corrisponde anche un mutamento del diritto azionato. E' anche il caso dell'espropriazione contro il terzo proprietario *ex* artt. 602 cod. proc. civ. e 2910 cod. civ. (v. *supra*, *sub* 2.2) nella quale l'azione esecutiva è discrezionalmente promossa dal creditore, mediante una propria attività assertoria,

⁴⁸ E' l'opinione a più riprese espressa da SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, 4° ed., Torino, 1963, 59; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965, 106; ID., *Diritto processuale civile*, 11° ed., a cura di Punzi, Padova, 1992, 639; ID., voce *Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, 821.

Opinione ripresa, con alcune variazioni ed attenuazioni, anche da altri Autori.

Altri hanno giustificato un'eguale conclusione con l'impossibilità di individuare nel processo esecutivo una domanda introduttiva (FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 155) o, comunque, un atto che riassume la domanda di esecuzione c.d. globale, che sia volta cioè a conseguire l'intera utilità derivante dal processo (TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, 40, 422; MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1963, 3).

⁴⁹ Per citare solo i più autorevoli tra gli A. convinti che, invece, il processo esecutivo fosse pervaso dal fondamentale principio della domanda, ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1964, 250; BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, 2° ed., Torino, 1991, 39 ss; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 2° ed., I, Padova, 1943, 213; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5° ed., Roma, 1956, 206.

contro un soggetto diverso da quello che risulta debitore nel titolo esecutivo.⁵⁰ E' infine il caso dell'azione esecutiva promossa solo per una parte del credito (o comunque della prestazione) rappresentata nel titolo esecutivo, per libera scelta del creditore (che, ad esempio, agisca solo per la sorta capitale e non anche per gli accessori, ripromettendosi di agire per questi in un secondo momento) ovvero, di necessità, perché v'è stato un parziale adempimento del debitore o dell'obbligato.⁵¹

Tutte queste ipotesi sono dunque il sintomo del fatto che il giudice dell'esecuzione è chiamato ad operare secondo quanto richiesto dalla parte, in forza del titolo esecutivo, e che solo in relazione al contenuto così impresso al processo sarà possibile un'eventuale reazione oppositiva del debitore esecutato.

In questo senso, allora, è vera sia l'affermazione che nel processo esecutivo non esiste, di norma, una domanda intesa come richiesta al giudice di un giudizio, ché questa attività solo pertiene alla cognizione, sia quella per cui l'esecuzione forzata è avviata sulla scorta di una domanda intesa quale enunciazione di una pretesa globale della quale si chiede il soddisfacimento e che consiste nell'attuazione di quella pretesa. Entrambi i processi, cognitivo ed esecutivo, sono dunque connotati dalla presenza di una vera e propria domanda giudiziale che, tuttavia, si atteggia diversamente in ciascuno di essi (richiesta di giudizio nel primo, richiesta di attuazione nel secondo), adeguandosi alla loro diversa struttura, ma con l'effetto sostanzialmente simile di vincolare l'attività provvedimentale del giudice nei limiti di quanto è chiesto.

Se dunque è vero che anche il processo di esecuzione è improntato al principio della domanda, più difficile che nel processo di cognizione si è rivelata la ricerca dell'atto che esprime la domanda iniziale, quella cioè che, sulla scorta del titolo esecutivo, stabilisce il contenuto effettivo del processo di esecuzione.

E' facile infatti rinvenire una vera e propria domanda nell'atto di intervento dei creditori che, testualmente, alla stregua dell'art. 499, secondo comma, del codice di rito, si propone con ricorso il quale deve contenere, oltre all'indicazione del credito e quella del titolo di esso, «*la domanda per partecipare alla distribuzione della somma ricavata*»;⁵² non è invece altrettanto semplice ricondurre al paradigma della domanda di cui all'art. 99 del codice di rito un atto della sequenza processuale esecutiva.

Indubbiamente la pretesa globale esecutiva viene enunciata dal creditore procedente nel «*precetto*», presupposto indefettibile di qualsiasi processo esecutivo il quale esprime una stretta corrispondenza con l'attività esecutiva successiva: essa, infatti, non potrà che essere quella enunciata nel precetto. In questi termini esso vale, proprio quale espressione della domanda giudiziale, anche ad informare, in uno al titolo esecutivo, il debitore (cui tali atti sono notificati) di quel che è la pretesa esecutiva, mettendolo così nelle condizioni di difendersi nella pienezza del contraddittorio.

D'altra parte è proprio e solo contro il precetto che è proponibile l'opposizione di cui al primo comma dell'art. 615 cod. proc. civ., con la quale si contesta «*il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata*» e così, in definitiva, si contrasta «*l'azione esecutiva*». Significativo in questo senso, lo si è già notato, è il fatto che l'opposizione all'esecuzione, a

⁵⁰ Cfr. SALETTI, *Processo esecutivo* cit., 38 s.

⁵¹ SALETTI, *ult. cit.*, 40.

⁵² Circa la sostanziale condivisione dell'idea che si tratti di vera e propria domanda giudiziale, cfr. CAPPONI, *Intervento nell'espropriazione forzata ed interruzione della prescrizione*, in *Riv. dir. process.*, 1986, 677.

differenza di quella regolata dall'art. 617 cod. proc. civ., non può essere proposta a seguito della sola notifica del titolo esecutivo, ma rimane condizionata dalla notifica anche dell'atto di precetto, ciò che rende ragione del fatto che «non esiste una pretesa esecutiva definita prima ed autonomamente dal precetto, il quale solo la concreta, fissandone i limiti».⁵³

Tale conclusione, peraltro, non esaurisce nel precetto la ricerca dell'atto che concreta, globalmente, la domanda esecutiva, posto che esso, pur contenendo la *editio actionis*, manca della richiesta al giudice di dare attuazione alla pretesa vantata in quanto, nel precetto è assente qualsiasi riferimento al «*giudice competente*» che l'art. 99 individua come elemento essenziale della domanda giudiziale.

Si è allora concluso che la domanda assume nel processo esecutivo una particolare connotazione strutturale, non esaurendosi in un unico atto, ma piuttosto risultando da una *fattispecie complessa* che consta sia del precetto, che della richiesta della sua attuazione e, cioè degli altri atti coi quali, in ciascun tipo processuale espropriativo e esecutivo in forma specifica, si chiede che si proceda all'esecuzione, esemplificati di volta in volta nella richiesta dei vari tipi di pignoramento (mobiliare, immobiliare, presso terzi), con la quale si specifica la pretesa formulata col precetto, ovvero nel ricorso per la determinazione delle modalità di esecuzione degli obblighi di fare o di non fare.⁵⁴ Inoltre, in alcuni casi sarà necessario, per conseguire interamente l'utilità perseguita con la domanda, integrare ulteriormente la richiesta di attuazione del precetto attraverso ulteriori istanze, come quella di vendita (art. 497) che caratterizza le procedure espropriative.

Allo stesso modo, se è vero che il pignoramento non vale a rappresentare compiutamente la pretesa esecutiva in quanto sia quest'atto che la sua richiesta non consentono di individuare la veste di chi agisce nell'esecuzione – e cioè se agisce in proprio, in rappresentanza di altri, se fa valere un diritto proprio *ab origine* o nel quale è succeduto ed a che titolo, tutti dati che risultano solo dal precetto e dal titolo – è pure vero che solo col pignoramento si verifica l'effetto interruttivo-sospensivo dei termini di prescrizione tipico della domanda giudiziale mentre col il precetto si produce un mero effetto di interruzione con effetto istantaneo dei medesimi termini.

La fattispecie complessa in cui si sostanzia la domanda esecutiva esplica dunque effetti diversi ed ulteriori rispetto a quelli che scaturiscono dal solo precetto e, in particolare, produce l'obbligo dell'ufficio di compiere l'attività richiesta dal creditore procedente/avente diritto da cui questi si può sottrarre solo attraverso la formale reiezione della domanda. Essa determina inoltre l'insorgere, in capo all'ufficiale giudiziario, ancor prima del perfezionarsi del pignoramento, di autonome facoltà ed obblighi quale quello di ricevere, al fine di evitare il pignoramento, il pagamento da parte del debitore di un importo pari alla somma per cui si procede ed alle spese, con l'incarico di consegnarlo al debitore (art. 494, primo comma, cod. proc. civ.).

3.1.2. Se è attraverso il riconoscimento della autonomia dell'azione esecutiva che al processo di esecuzione forzata viene riconosciuto carattere pienamente giurisdizionale sulla scorta del dato normativo originario, è pure vero che questa consapevolezza ha imposto il superamento del programma fissato nella Relazione al re ed il confronto con i problemi del «processo giurisdizionale», primo fra tutti con l'attuazione del «*principio del contraddittorio*».

⁵³ Così SALETTI, *ult. cit.*, 52.

⁵⁴ E' invece sufficiente ad attuare l'onere della domanda la richiesta di attuazione del precetto nell'esecuzione per consegna o rilascio (art. 605 cod. proc. civ.), identificabile nella richiesta rivolta all'ufficiale giudiziario che si proceda alla consegna o al rilascio coattivo.

Si tratta del principio fondamentale del processo,⁵⁵ sostanziato nella regola unitaria per cui tutte le parti devono essere poste in grado di esporre al giudice le loro ragioni prima che questi pronunci la sua decisione e che oggi assume un imprescindibile rilievo per la verifica della legittimità costituzionale e internazionale di ogni modello processuale.

Dal punto di vista costituzionale, infatti, l'art. 101 del codice di rito civile (*il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa*) si salda coi principi costituzionali espressi dall'art. 24, secondo comma (*la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*), e dall'art. 111, secondo comma, della Costituzione (*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo ed imparziale*) quale strumento indispensabile per l'attuazione del diritto di difesa e di quello della parità delle armi; sul piano internazionale, trova la sua fonte nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (rubricato "*Diritto ad un processo equo*").⁵⁶

Posta la premessa del carattere giurisdizionale del processo esecutivo, occorre allora capire in che misura il principio del contraddittorio si realizza in questo modulo processuale, nella consapevolezza che i risultati sono assai diversi a seconda dell'idea di quel processo da cui si intenda partire.

E certamente appare oggi superata l'impostazione che, partendo da una nozione ampia della «esecuzione forzata», comprensiva anche delle opposizioni, ha ritenuto che il contraddittorio proprio delle fasi oppositive, nelle quali si convoglierebbero tutte le contestazioni debitorie, esaurisce in esse la ricerca attuativa del principio in esame, non riconoscibile invece nelle altre fasi

⁵⁵ Il principio, in realtà, ha oggi pienamente travalicato i confini processuali, informando in modo imprescindibile anche i vari moduli procedimentali amministrativi.

⁵⁶ Il cui testo è il seguente «1. *Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia.* 2. *Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.* 3. *In particolare, ogni accusato ha diritto a:*

1. essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico;

2. disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

3. difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

4. esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

5. farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata all'udienza».

del processo esecutivo, ridotto a mera attività materiale di attuazione del titolo, segnata da una endemica disuguaglianza delle parti.⁵⁷

Si è infatti osservato in proposito,⁵⁸ tra le altre cose, che un eventuale contraddittorio così differito alla fase oppositiva – riconosciuto dalla Corte costituzionale come sufficiente a garantire la legittimità di altre moduli processuali speciale e, segnatamente, del procedimento per decreto ingiuntivo⁵⁹ e dei procedimenti cautelari – non varrebbe nel caso di specie a garantire la costituzionalità di un'esecuzione (in senso stretto) da cui fosse completamente bandito il principio del contraddittorio, difettando sia quella serie di misure che nel procedimento monitorio tutelano l'ingiunto (notifica del decreto a pena di inefficacia allo scopo di provocare l'opposizione e normale sospensione dell'efficacia del decreto in pendenza del termine per opporre), sia le ragioni d'urgenza

⁵⁷ E', ad es., l'idea di MAZZARELLA, *Sul contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Rivista dir. civile.*, 1979, 623 ss.

⁵⁸ V. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Rivista dir. process.*, 1978, 208.

⁵⁹ Sulla affermazione della compatibilità del procedimento monitorio con l'art. 24 Cost. si veda la **sentenza n. 125 del 1972**, con la quale la Corte, sulla premessa che «*il diritto di difesa (art. 24 Cost.) non resta infirmato dalla legge che ne adegua le modalità di esercizio alle speciali caratteristiche di struttura dei singoli procedimenti*» ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale nell'art. 24, primo comma delle disp. att. C.P.C. (approvate col R.D. 18 dicembre 1941, n. 1368), sollevata in riferimento all'art. 24, primo e secondo comma della Costituzione, in quanto «*considerata nella più ampia prospettiva sistematica dei procedimenti monitori, l'art. 24, primo comma disp. att. C.P.C. (R.D. 18 dicembre 1941, n. 1368) non preclude il contraddittorio, ma ne differisce l'attuazione alla fase processuale di opposizione, nella quale appunto può realizzarsi la piena cognizione del giudice sulle domande e sulle difese delle parti. In questa fase trova pertanto congrua applicazione la garanzia del diritto di difesa preveduta dall'art. 24, primo e secondo comma della Costituzione, la quale esige che siano assicurati effettivamente lo scopo e la funzione dialettica del processo, per l'attuazione dell'ordinamento giuridico secondo il principio di parità delle parti*».

Cfr. anche l'**ord. n. 37 del 1988** nella quale venne dichiarata «*manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3 comma 1 e 24 cost., la questione di legittimità costituzionale, esaminata per la prima volta, dell'art. 655 c.p.c. nella parte in cui stabilendo che i decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi ex art. 642 c.p.c. costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, verrebbe a creare un meccanismo gravemente pregiudizievole per il debitore e per i terzi creditori di quest'ultimo in contrasto con il principio di uguaglianza e, per l'assenza del contraddittorio, con il diritto di difesa. Il sollevato dubbio risulta all'evidenza privo di pregio. Nei procedimenti speciali, quale è quello dell'ingiunzione, al legislatore è consentito differenziare le forme della tutela giurisdizionale con riguardo alla particolarità del rapporto da regolare (cfr. sent. n. 185, 1980; 94, 1973; 89, 1972); pertanto, appare razionale, e del tutto conforme ai principi costituzionalmente invocati, il trattamento riservato al creditore nel rito monitorio ove si fa più intenso l'interesse pubblico alla protezione del credito. Per gli stessi motivi si giustificano la particolare struttura del procedimento e l'applicazione di regole del contraddittorio diverse da quelle del processo ordinario. Comunque, nel suddetto rito, il contraddittorio non è precluso, bensì soltanto eventuale e differito, poiché è sempre possibile, per il debitore, provocarne l'instaurazione proponendo una tempestiva opposizione*».

e di immediatezza che giustificano l'esclusione del contraddittorio nella fase iniziale del procedimento cautelare ai sensi dell'attuale art. 669-*sexies*, secondo comma, cod. proc. civ.⁶⁰

Inoltre, la ricerca del contraddittorio anche «all'interno» del processo esecutivo si impone considerando che non tutte le questioni che possono formare oggetto di contraddittorio utile tra le parti del processo esecutivo sono devolvibili (ovvero debbono essere devolute) nelle parentesi oppositive.

La ricerca, infine, consapevole che il principio del contraddittorio si può realizzare in modo sia qualitativamente che quantitativamente diverso in relazione al tipo di processo in esame⁶¹, non può prescindere da quello che è stato individuato come il contenuto *minimo* di questo principio con riguardo alla «**garanzia della conoscenza della domanda**», alla «**possibilità di dialogo tra le parti e il giudice prima della pronuncia di ogni provvedimento**», al «**diritto alla prova**», alla «**garanzia della motivazione**». In sostanza, quella effettuata da subito dalla dottrina italiana dopo l'avvento della Costituzione repubblicana è stata opera di verifica, all'interno del processo esecutivo, di regole giuridiche conformate dal rispetto sostanziale del contraddittorio che vada oltre il riconoscimento formale del canone *audiatur et altera pars*, correlandosi altresì al principio di cui all'art. 3 della Costituzione, in termini di garanzia della uguaglianza delle parti nel processo.

Su quest'ultimo piano, in particolare, nessuna influenza ai fini della individuazione del contraddittorio riveste il fatto che il processo di esecuzione forzata sia caratterizzato da uno «*squilibrio tra le parti*», posto che la disuguaglianza esistente tra creditore e debitore riguarda unicamente lo «scopo» del processo, e cioè il fatto che esso è volto a realizzare, secondo principi di astrattezza e con efficacia incondizionata, il diritto consacrato nel titolo esecutivo;⁶² ciò che non vale a rimuovere l'esigenza che nel processo sia consentito a tutte le parti (e, dunque, anche il debitore) di partecipare su un piede di parità alla fase di ricognizione dei presupposti dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione (siano essi atti esecutivi «ordinatori» o semplicemente «materiali»), influenzando in definitiva sui provvedimenti di questi con le proprie istanze e deduzioni che è possibile disattendere ma non obliterare⁶³ in funzione dell'adozione di decisioni più giuste e più opportune.

Passando in rassegna le singole garanzie in cui si sostanzia il diritto al contraddittorio, non si può non rilevare come la notificazione del titolo esecutivo e, ancor di più del precetto (che, come sopra detto, contiene la *editio actionis*), assolvono all'onere di informazione del soggetto passivo

⁶⁰ Il quale dispone che «*quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, [il giudice ndr] provvede con decreto motivato assunte ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto*».

⁶¹ E' ciò che hanno intuito TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 367 ss. e COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. process.*, 1975, 587 ss.

⁶² Osserva efficacemente TARZIA, *ult. cit.*, che «la disuguaglianza è tutta qui, ossia in ciò che sta “a monte” dell'esecuzione – il titolo esecutivo appunto – e nel conseguente scopo della giurisdizione esecutiva».

⁶³ Così FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss.

dell'esecuzione del contenuto della pretesa esecutiva e lo fanno in modo pienamente conforme all'art. 24 Cost., come è dato evincere dal tenore dell'art. 603 del codice di rito che, nel caso di espropriazione contro il terzo proprietario (su cui v. *supra*, sub 2.2.), impongono tale notifica anche al terzo, parte sostanziale del processo esecutivo.⁶⁴

Non risulta invece connotata dal principio del contraddittorio la fase del pignoramento (sia mobiliare, che immobiliare che presso terzi), tenuto conto che la provocazione al contraddittorio del debitore, seppure ammessa, è puramente eventuale e non influenza la validità dell'atto, tenuto conto della sostanziale impossibilità per il debitore di influire sulla formazione del provvedimento.⁶⁵

Lo scopo informativo sotteso al principio del contraddittorio in tal caso è raggiunto mediante l'*ingiunzione* con la quale l'ufficiale giudiziario rende edotto il debitore del fatto che è stato imposto il vincolo esecutivo sul bene, in tal modo mettendolo in condizione di reagire con gli strumenti oppositivi.

Una forte esigenza di rispetto del principio del contraddittorio si pone invece nella successiva fase giudiziale della espropriazione nella quale sono stati enucleati precisi indici normativi che ne impongono in linea generale il rispetto, identificati negli artt. 485, 486 e 487 cod. proc. civ.

Dispone la prima di queste norme che *«quando la legge richiede, o il giudice ritiene necessario, che le parti ed eventualmente altri interessati siano sentiti il giudice stesso fissa con decreto l'udienza alla quale il creditore pignorante, i creditori intervenuti, il debitore ed eventualmente gli altri interessati debbono comparire davanti a lui»* (primo comma) e, inoltre, che *«se risulta o appare probabile che alcuna delle parti non sia comparsa per cause indipendenti dalla sua volontà, il giudice dell'esecuzione fissa una nuova udienza della quale il cancelliere dà comunicazione alla parte non comparsa»* (terzo comma).

L'art. 486 disciplina il modo di proporre al giudice dell'esecuzione le domande e le istanze, mentre l'art. 487 prevede che i provvedimenti del g.e. abbiano forma di *ordinanza*, revocabile e modificabile finché non abbia avuto esecuzione (primo comma), e che *«per le ordinanze del giudice dell'esecuzione si osservano le disposizioni degli articoli 176 e seguenti in quanto applicabili e quella dell'articolo 186»*.

⁶⁴ Su questi temi v., *amplius*, TARZIA, *ult. op. cit.*, 201 ss., il quale, nell'esaminare l'art. 2812 cod. civ. (secondo cui il creditore ipotecario può far subastare come libero il bene sul quale, successivamente all'iscrizione di ipoteca, sia stato iscritto un diritto di servitù, usufrutto, uso e abitazione, spettando ai titolari di tali diritti il solo diritto ad intervenire nel processo espropriativo per far valere le loro ragioni sul ricavato e non anche la legittimazione passiva all'esecuzione) osserva che questa norma, sancendo una inammissibile dissociazione della legittimazione passiva dalla titolarità del bene o del diritto oggetto dell'espropriazione, sarebbe da considerare incostituzionale per violazione della garanzia in discorso (artt. 3 e 24 Cost.) ove non si ovviasse quantomeno attraverso una interpretazione dell'art. 498 cod. proc. civ. che imponga al ceto creditorio di avvisare anche costoro della pendenza dell'esecuzione al fine di provocarne l'intervento. Di qui l'A, ricava la regola secondo cui il principio del contraddittorio esige che anche nel processo esecutivo che gli atti sia diretti contro colui nel cui ambito patrimoniale l'esecuzione è destinata ad incidere.

⁶⁵ Non costituiva un indice contrario il disposto dell'art. 517 cod. proc. civ. laddove consentiva che il pignoramento mobiliare, in assenza di pregiudizio per il creditore, *doveva* essere eseguito preferibilmente sulle cose indicate dal debitore. Questa disposizione, a seguito della riforma del 2005-2006 non esiste più.

Dal complesso di queste norme si ricava innanzitutto l'idea che quello di esecuzione forzata è un processo di parti (giustapposte agli «*altri interessati*» che *possono* essere sentiti), tra le quali espressamente è incluso il debitore esecutato (cui è equiparato dall'art. 604 cod. proc. civ. il terzo proprietario), le quali *devono* essere sentite dal giudice ogni volta che lo prescrive la legge o questi lo ritiene necessario. Sono gli indici di un vero e proprio contraddittorio il cui scopo non è quello di acquisire informazioni in un'ottica di generica collaborazione col g.e. ma quello di «sentire le ragioni» delle parti prima di provvedere sugli atti dell'esecuzione, parti le quali rivolgono al giudice vere e proprie «domande ed istanze».

Ciò che risulta avvalorato dal fatto che i provvedimenti del giudice dell'esecuzione hanno la forma tipica della «*ordinanza*», che presuppone il contraddittorio tra i destinatari, e che, mentre il richiamo all'art. 176 cod. proc. civ. («Forma dei provvedimenti») è subordinato alla clausola di compatibilità, eguale limite non esiste per il rinvio all'art. 186 cod. proc. civ., alla stregua del quale «sulle domande e sulle eccezioni delle parti, il giudice istruttore, *sentite le loro ragioni*, dà in udienza i provvedimenti opportuni».⁶⁶

In sostanza, in questa fase si rinvergono tutti gli elementi che rendono effettivo il contraddittorio, dovendo il giudice sentire le parti prima di provvedere (anche sui c.d. atti materiali dell'esecuzione e non solo su quelli ordinatori)⁶⁷, attivando il dialogo tra loro mediante i (limitati, si vedrà tra un attimo) poteri assertivi e probatori a queste riconosciuti,⁶⁸ inoltre, decidendo con

⁶⁶ Conseguenza di questa posizione di parità processuale di tutte le parti dell'esecuzione forzata, si è ritenuto sia quella per cui anche il debitore esecutato, ancorché non obbligato ad una vera e propria costituzione in giudizio (a differenza di quanto avviene per il precedente – col deposito del titolo e del precetto – e per gli altri intervenuti, col deposito in cancelleria del ricorso per intervento), debba munirsi di difesa tecnica (con integrale applicazione dell'art. 82, commi secondo e terzo, cod. proc. civ.) ogni volta che non si limiti a dedurre notizie, ma proponga «istanze o ragioni». V. per queste conclusioni TARZIA, *ult. op. cit.*, 222.

⁶⁷ Così espressamente il codice prevede che le parti debbano essere sentite dal giudice dell'esecuzione prima di provvedere sulle istanze di conversione o riduzione del pignoramento (artt. 495 e 496), di limitazione dei mezzi cumulati di espropriazione (art. 483), nonché nella udienza, mobiliare e immobiliare, in cui viene autorizzata la vendita o disposta l'assegnazione (artt. 530 e 569), in occasione della deliberazione sulle offerte nella vendita mobiliare senza incanto (art. 572), in caso di ordine di incanto dopo l'esito infruttuoso della vendita senza incanto (art. 175 disp. att.) o di disposizione del nuovo incanto quando il primo sia andato deserto (art. 590 previgente). Inoltre, anche l'estinzione per mancata comparizione delle parti in udienza (art. 631) consegue, al pari che nel processo ordinario di cognizione (art. 181 e 307), all'instaurazione del contraddittorio mediante la comunicazione dell'ordinanza con la quale il giudice fissa una nuova data di udienza. Del pari l'estinzione per rinuncia agli atti del creditore pignorante e di quelli intervenuti muniti di titolo esecutivo (art. 629), attraverso il richiamo espresso all'art. 306 e quello sistematico all'art. 487, va pronunciata dal giudice dell'esecuzione con ordinanza, sentite le parti, o quantomeno quelle che potrebbero avere un interesse contrario, quindi tutti i creditori. Infine, l'estinzione per inattività delle parti (art. 630, nei casi in cui le parti non lo proseguono o riassumono nel termine perentorio stabilito dalla legge o dal giudice), deve essere eccepita dalla parte interessata ed è pronunciata con ordinanza comunicata alle parti se resa fuori dall'udienza.

⁶⁸ Osserva da tempo la più avveduta dottrina (TARZIA, *ult. op. cit.*, 228 s., VERDE - CAPPONI, *Profili cit.*, 13) che il principio del contraddittorio è regola insopprimibile del processo anche per il giudice dell'esecuzione, cosicché – secondo una indicazione oggi espressamente contenuta nel nuovo codice di procedura civile francese (art. 16, primo comma: «*il giudice deve, in ogni circostanza, far*

provvedimento «motivato» e reso alla presenza delle parti o ad esser comunicato (art. 186, seconda parte, richiamato dall'art. 487, secondo comma); infine, attraverso il riconoscimento del «*diritto alla prova*» e della garanzia nel metodo della sua acquisizione, che nel processo espropriativo si sostanzia essenzialmente nel fatto di sentire le parti e consentire loro di influire sul provvedimento giudiziale di nomina del consulente tecnico d'ufficio (*rectius*: dello stimatore) per la valutazione dei beni staggiti, nonché di replicare nel caso di disposizione d'ufficio del medesimo mezzo di prova.

Infine, si deve ritenere che anche il processo esecutivo sia caratterizzato dal *principio della indisponibilità dei termini* e dalla impossibilità, per le parti, di concludere accordi per la sospensione o la interruzione dello stesso, secondando l'idea che «un'applicazione troppo generosa della garanzia costituzionale di azione e di difesa rischia di far risorgere [la] signoria dei litiganti sull'andamento dei giudizi». ⁶⁹

Il riconoscimento, in questa fase del processo, dell'intera panoplia di garanzie che individua il principio del contraddittorio trova tuttavia un limite nell'oggetto delle possibili «osservazioni, domande ed istanze» formulabili dalle parti le quali non possono riguardare i «temi» che implicano la cognizione degli organi esecutivi sui fatti costitutivi, modificativi ed estintivi del credito (e, più in generale, del diritto) per cui si procede. Si tratta infatti dell'oggetto tipico delle opposizioni esecutive e, in particolare, delle opposizioni di merito.

Così, i temi che ricadono nella dialettica tra le parti e il giudice dell'esecuzione (e, quindi, all'interno del processo esecutivo), sono limitati, in funzione dell'adozione di atti esecutivi «ordinatori», alla verifica dei «*presupposti processuali*» e delle «*condizioni dell'azione esecutiva*», risultanti dal titolo (legittimazione attiva e passiva in caso di successione nel titolo, verifica delle condizioni di efficacia cui il titolo stesso è subordinato, interesse ad agire esecutivamente) ovvero da elementi esterni al titolo (giurisdizione, competenza, litispendenza, continenza – rilevanti in relazione al bene staggito - legittimazione processuale, sussistenza della rappresentanza tecnica per i creditori, riunione dei processi per valutare l'ammissibilità e la convenienza del cumulo processuale, ricusazione del g.e., rilievo delle nullità assolute); nonché, in funzione dell'adozione di atti esecutivi «materiali», alla già esaminata ricognizione dei presupposti di emanazione degli stessi.

Sussiste infine un'esigenza di rispetto del contraddittorio nella «*fase distributiva o di riparto del ricavato*».

osservare ed osservare egli stesso il principio del contraddittorio») e, in qualche modo, ripreso con riguardo alla cognizione dal codice di rito civile italiano riformato nel 1990 (art. 183, attuale quarto comma: «il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione») – anche il g.e. ha l'obbligo di sottoporre alla preventiva discussione delle parti le questioni rilevabili d'ufficio su cui ritiene di doversi pronunciare (ad es. quelle di giurisdizione, competenza, etc.), al precipuo scopo di evitare decisioni a sorpresa o della terza via. Sulla portata di questo principio e, soprattutto sulle conseguenze in caso di sua violazione (nullità o irregolarità), non esiste ad oggi unanimità di vedute nella giurisprudenza di legittimità sostanzialmente spaccata tra una tradizionale posizione «riduttiva» (cfr., da ultimo, Cass., 27 luglio 2005, n. 15705, fondata sulla mancanza di una espressa comminatoria di nullità) ed una che individua nella nullità procedimentale, per violazione del contraddittorio, la tipica conseguenza della inosservanza di tale principio (cfr., da ultimo, Cass. 31 ottobre 2005, n. 21208).

⁶⁹ Per l'affermazione generale di questo principio v. TROCKER, *Processo cit.*, 725.

L'attività distributiva avviene «sentito il debitore» (art. 510, primo comma) e, se vi sono, anche gli altri creditori intervenuti, i quali sono provocati a dedurre sul progetto di distribuzione del ricavato dalla vendita coattiva (art. 596).

Inoltre le controversie distributive *ex art. 512*⁷⁰, qualunque ne fosse la natura riconosciuta dalla dottrina (esercizio di poteri cognitori del g.e. all'interno del processo esecutivo, vero e proprio giudizio oppositivo di cognizione ordinaria), esprimevano – e continuano ancora oggi ad esprimere⁷¹ – la struttura contraddittoria di questa fase del processo esecutivo, ancorché, in linea con le finalità proprie di questo processo, volto all'emanazione finale del provvedimento soddisfattivo piuttosto che alla formazione della certezza giuridica.

Importante appare inoltre, ai fini che ci occupano, il dibattito che si è sviluppato intorno alla possibilità di applicare al processo espropriativo l'istituto della «*interruzione*»⁷² in particolare

⁷⁰ Disponeva questa norma, prima delle modifiche apportate con la riforma del 2005-2006, che «*se, in sede di distribuzione, sorge controversia tra creditori concorrenti o tra creditore e debitore o terzo assoggettato all'espropriazione, circa la sussistenza o l'ammontare di uno o più crediti o circa la sussistenza di diritti di prelazione, il giudice dell'esecuzione provvede all'istruzione della causa, se è competente; altrimenti rimette le parti davanti al giudice competente a norma dell'art., 17, fissando un termine perentorio per la riassunzione. Il giudice, se non sospende totalmente il procedimento, provvede alla distribuzione della parte della somma ricavata non controversa*».

⁷¹ L'attuale testo dell'art. 512 prevede che, in caso di controversie distributive, «*il giudice dell'esecuzione, sentite le parti e compiuti i necessari accertamenti, provvede con ordinanza, impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'art. 617, secondo comma*» e, cioè, con provvedimento a struttura contraddittoria, motivato, impugnabile con l'opposizione agli atti.

⁷² Perentoria in senso contrario è la Cassazione (cfr. sent. 13 giugno 1994, n. 5721) con motivazioni che esprimono compiutamente la visione unilaterale dell'esecuzione forzata («*il Collegio rileva che, nelle sue linee generali, l'istituto dell'interruzione del processo a seguito della perdita della capacità di stare in giudizio si riferisce ai soli processi che comportano un vero e proprio giudizio, e, quindi, al processo di cognizione, come è dato ricavare anche dalla collocazione delle norme che la disciplinano: artt. 299 ss. cod. proc. civ.*

Per quanto riguarda il processo esecutivo questo, invece, è volto a conseguire la realizzazione di un diritto, il cui fondamento è stato già accertato (Cass. n. 2807 del 1969; n. 3164 del 1968) ed è caratterizzato dal fatto che in esso non si svolge un accertamento che richieda la costante attuazione di un formale contraddittorio, ma più semplicemente si attua un procedimento senza giudizio.

Discende da ciò che non può essere disposta l'interruzione del processo esecutivo, anche se esso si trova nella fase del versamento delle somme in conversione del pignoramento. Con riferimento particolare alla fase di conversione del pignoramento, disciplinata dall'art. 495 cod. proc. civ., questa non modifica il carattere prevalentemente unilaterale del processo (come è stato ribadito più volte da questa Corte e su cui si veda per tutte sent. n. 8293 del 1993) nel quale è inserito e non introduce un giudizio propriamente detto. Anche la conversione del pignoramento, pertanto, lascia il debitore nella veste processuale di mera soggezione e rispetto ad essa non ha alcuna rilevanza la perdita della capacità processuale del debitore stesso.

Infatti, anche in questa fase l'accertamento del diritto del creditore è stato già compiuto e si tratta soltanto di darvi attuazione attraverso il compimento di un atto (versamento di quanto disposto dal giudice dell'esecuzione) che il debitore ben può compiere personalmente (art. 1191 cod. civ.) oppure può eseguire attraverso il curatore provvisorio senza per questo fatto incorrere in decadenze.

6.3 Nella situazione concreta che si sta esaminando l'evento che avrebbe potuto dare

per morte o perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti o del suo legale rappresentate, o ancora per la morte, sospensione o radiazione del procuratore.

Nel silenzio della legge ed in linea con la giurisprudenza di cassazione, la dottrina maggioritaria ne ha variamente negato la configurabilità sul prevalente rilievo che questo istituto è legato all'ambito di applicabilità del principio dell'impulso di parte e sulla negazione del contraddittorio nel processo esecutivo.

Spunti interessanti sono tuttavia costituiti, ai fini che ci interessano, da quelle autorevoli voci minoritarie le quali, avendo ampiamente dimostrato che la fase espropriativa è fortemente pervasa dall'applicazione del principio del contraddittorio, hanno ulteriormente osservato come essa sia anche dominata dall'impulso della parte creditoria; per cui, l'evento interruttivo che colpisca il creditore procedente fino alla fase di disposizione della vendita o dell'assegnazione – a differenza di quanto avviene per l'esecutato – non può non riverberare conseguenze sul processo analoghe a quelle che caratterizzano il processo ordinario di cognizione.⁷³ Se questo è il quadro, sarebbe allora necessario estendere a queste ipotesi l'intera disciplina dell'interruzione, sommamente necessaria in alcuni passaggi critici come quello del primo comma dell'art. 630 che prevede l'estinzione del processo esecutivo quando le parti non lo proseguono o lo riassumono nel termine perentorio stabilito dalla legge o dal giudice; estensione che, nel silenzio della legge, ove non si ritenga praticabile sul piano ermeneutico, potrebbe condurre ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme in questione per violazione del principio di difesa.⁷⁴

Nelle «*esecuzioni in forma specifica*», infine, il principio del contraddittorio sortisce in modo ancora più attenuato i suoi effetti.

In particolare, nel «*processo per consegna o rilascio*» (artt. 605 ss.), nel quale l'intervento del giudice è puramente eventuale e circoscritto alla sola ipotesi di richiesta delle parti di provvedimenti temporanei occorrenti per la risoluzione delle difficoltà che insorgano nel corso dell'esecuzione e che non ammettono dilazione (art. 610, col limite, *quoad objectum*, delle questioni processuali che vanno invece devolute col rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi).

Qui il contraddittorio è garantito dall'intimazione del precetto (per la consegna delle cose mobili) ovvero dall'avviso che l'Ufficiale giudiziario fa alla parte obbligata del giorno e dell'ora in cui si procederà al rilascio dei beni immobili (art. 608, primo comma).

luogo all'interruzione si è verificato con riferimento al momento del versamento (rateale) della somma determinata dal giudice dell'esecuzione»).

⁷³ Così TARZIA, *ult. op. cit.*, 239 s., il quale richiama, condividendone solo parzialmente le conclusioni, FINOCCHIARO, voce *Interruzione del processo (dir. proc. civ.)* in *Enc. dir.*, XXII, 428 ss., laddove osserva che la conseguenza principale dell'affermazione riportata nel testo sta nel fatto che il pignoramento non dovrebbe perdere la sua efficacia nel caso che non venga richiesta l'assegnazione o la vendita nel termine di novanta giorni, né potrebbe farsi luogo all'estinzione in caso di inattività delle parti *ex art. 631* ove risulti perfezionata la fattispecie interruttiva e così in tutti i casi nei quali dal mancato compimento di atti possa derivare una conseguenza dannosa per il creditore.

⁷⁴ E' la conclusione propugnata da TARZIA, *ult. cit.*, il quale sostiene che la garanzia della difesa sarebbe assicurata, sotto il profilo della ragionevolezza del termine, solo da una disposizione che, per legge o per sentenza «integrativa» della Corte costituzionale, facesse decorrere interamente *ex novo* il termine stabilito dalla legge da quando il nuovo legittimato sia posto nella situazione di conoscenza già indicata.

Nella «*esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare*» esso è garantito da una fase iniziale *apud iudicem* segnata dal ricorso dell'avente diritto, a seguito della notifica del precetto, rivolto al g.e. affinché determini le modalità dell'esecuzione (art. 612).⁷⁵

In conclusione, il principio del contraddittorio trova applicazione, con tutte le garanzie che lo connotano, anche nel processo esecutivo «*in senso stretto*», ma si adatta alla funzione ed alla struttura di questo col risultato di trovare un'attuazione *parziale* ed *attenuata* rispetto alla connotazione che assume nel processo ordinario di cognizione.

Parziale perché può avere ad oggetto solo alcuni temi che, come si è detto, non coinvolgono la cognizione di fatti fondativi, modificativi od estintivi dei diritti azionati esecutivamente i quali costituiscono invece il tipico oggetto dell'opposizione all'esecuzione che senz'altro vale a completare il quadro attuativo del principio in discorso.

Attenuato per il modo informale e celere con cui si attua in funzione del risultato realizzativo che connota il processo esecutivo in senso stretto.

3.2. Nel dibattito cui si è finora accennato in ordine al modo di atteggiarsi della giurisdizionalità nel processo esecutivo e, di conseguenza, del diritto di difesa nei suoi vari aspetti, si trovano *in nuce* tutti i temi della crisi del modulo processuale in esame quale principale conseguenza della crisi del titolo esecutivo e della idea di questo come schermo idoneo a separare l'esecuzione dalla cognizione attraverso il carattere incondizionato dell'accertamento in esso contenuto.

La dottrina, per la verità, era già giunta alla conclusione che il principio *nulla executio sine titulo* non indica la imprescindibilità logica, ai fini della individuazione di un processo di esecuzione, del titolo esecutivo, ma vale invece ad individuare le esecuzioni che abbiano i caratteri strutturali disciplinati dal Libro III del codice. In altre parole, è il modello codicistico (quello descritto dagli artt. 474 e ss.) che connota l'esecuzione forzata con la necessaria presenza (condizione necessaria e sufficiente) di un titolo esecutivo *astratto* e cioè insensibile alle successive vicende giuridiche del diritto in esso rappresentato e tendenzialmente immune dalla commistione con l'attività di cognizione; mentre è ben possibile rinvenire, in varie esecuzioni disciplinate da leggi speciali, modelli processuali nei quali la mancanza di un vero e proprio titolo esecutivo è compensata dall'inserimento di una fase cognitiva all'interno di quella esecutiva, lo svolgersi dell'esecuzione attraverso la cognizione.⁷⁶

⁷⁵ Di diverso avviso la giurisprudenza di legittimità che, sovente, ancora oggi ripropone l'idea per cui nel processo esecutivo non sarebbe configurabile un formale contraddittorio con le caratteristiche proprie del processo di cognizione, in quanto le posizioni soggettive sono, rispettivamente, quella di chi agisce per la realizzazione concreta del suo diritto consacrato nel titolo esecutivo e quella di chi è assoggettato all'attività esecutiva, con diritto soltanto di essere sentito in ordine alle modalità dell'esecuzione (Cass., 28 giugno 2005, n. 13914).

⁷⁶ L'indagine è di VACCARELLA, *L'esecuzione forzata* cit., 42 ss. e, specialmente, 53. In questo studio si fa riferimento, in particolare: a) all'espropriazione dell'autoveicolo sottoposto a privilegio in favore del venditore *ex* d.l. 15 marzo 1927, n. 436 e regolamento 29 luglio 1927, n. 1814, caratterizzata da un decreto giudiziale di autorizzazione al sequestro fondato non sulla ricognizione non del diritto fatto valere, ma sull'esistenza di un certificato del P.R.A. relativa all'iscrizione dell'ipoteca di cui all'art. 1810, terzo comma, cod. civ. ; b) all'espropriazione di beni soggetti a privilegio agrario ai sensi della legge 5 luglio 1928, n. 1760 (e regolamento 23 gennaio 1928) anch'essa caratterizzata da un decreto giudiziale di sequestro e autorizzazione alla vendita, nella quale la presenza di cambiali agrarie (art. 6) a fondamento della costituzione del privilegio agrario vale solo a legittimare l'istituto di credito agrario a scegliere, in alternativa, il modello esecutivo

La crisi del titolo esecutivo si è tuttavia acuita soprattutto sul terreno della «*esecuzione degli obblighi di fare e non fare*» che presuppone, allo scopo di adattare la realtà al titolo, la possibilità di una integrazione di quest'ultimo mediante la provocazione di una preventiva fase di cognizione (nella sostanza, quella dell'art. 612, primo comma, di fissazione delle modalità dell'esecuzione) che sgretola il carattere di *astrattezza* del titolo. E' evidente, infatti, che l'esecuzione di una sentenza di condanna ad un *facere* fungibile, invocata in certe condizioni di fatto e di diritto, può essere resa con forza di titolo esecutivo allorché il quadro fattuale o normativo è mutato e può inoltre essere dover essere eseguita quando questo quadro è addirittura stravolto rispetto a quello esistente al momento della proposizione della domanda. In tutti questi casi, l'attività giudiziale finisce per concretarsi, risolvendo una controversia tra le parti in ordine al contenuto della condanna, in una vera e propria ricognizione dei fatti costitutivi, modificativi od estintivi del diritto e di adattamento ed integrazione del titolo al fine di adeguare la realtà al bene della vita perseguito, con l'emanazione di provvedimenti a contenuto «decisorio» che, contraria buona parte della dottrina, la giurisprudenza continua a ritenere impugnabili con l'appello, alla stregua del principio della prevalenza della sostanza sulla forma e, quindi, della ravvisabilità di una «sentenza in senso sostanziale».⁷⁷

Ancora, nel nostro sistema risulta di fatto inesequibile la sentenza di condanna ad un *facere* infungibile, non esistendo misure processuali esecutive idonee a garantire il soddisfacimento del diritto riconosciuto nel titolo esecutivo,⁷⁸ come in altri ordinamenti avviene attraverso il ricorso a

ordinario; c) alla procedura di riscossione coattiva delle entrate patrimoniali dello stato e degli Enti pubblici disciplinata dal T.U. 14 aprile 1910, n. 639, caratterizzata dalla necessità che l'ingiunzione sia vidimata e resa esecutoria dal giudice con atto che, non implicando neppure la sommaria cognizione prevista nel procedimento monitorio dall'art. 635 cod. proc. civ.; d) ai procedimenti di vendita della cosa data in pegno (artt. 2796 e ss. cod. civ.) o della cosa oggetto di ritenzione privilegiata (artt. 2751 e 2761 cod. civ.) nei quali il creditore consegue la dissatisfazione del proprio diritto di credito secondo modalità che prescindono dalla presenza di un titolo esecutivo.

⁷⁷ E' chiaro che, se di norma il provvedimento del g.e. che stabilisce le modalità di esecuzione degli obblighi di fare e non fare è impugnabile esclusivamente con l'opposizione agli atti esecutivi, caratterizzandosi come un provvedimento con il quale vengono fissate le regole dello svolgimento del procedimento esecutivo e che, quindi, non attiene al diritto della parte di procedere all'esecuzione, bensì ai modi con cui questa deve essere condotta (cfr., da ultimo, Cass., 5 giugno 2007, n. 13071), nel caso in cui il giudice dell'esecuzione decida la controversia insorta tra le parti in ordine al contenuto della condanna il suo provvedimento, ancorché rivesta la forma dell'ordinanza, ha natura di sentenza ed è, quindi, impugnabile con l'appello (*ex multis*, Cass., 18 marzo 2003, n. 3990).

⁷⁸ E' chiaro che deve trattarsi di una obbligazione civilistica assolutamente infungibile, non essendo tale l'obbligo infungibile stabilito a carico di una p.a. in una sentenza del giudice del lavoro, potendo in tal caso il pubblico dipendente avvalersi del giudizio di ottemperanza innanzi al giudice amministrativo (cfr. Tar Marche, 19 settembre 2003, n. 997, in *DL Rivista critica dir. lav.*, 2003, 1023), conclusione ribadita anche dopo la devoluzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie dei pubblici dipendenti, col riconoscimento al g.a. dell'ottemperanza - a fronte di statuizioni giudiziali precise e determinate ed alla natura di diritto soggettivo delle posizioni azionate - il potere di svolgere un'attività esecutiva delle sentenze del giudice del lavoro che impongano alla p.a. prestazioni infungibili, limitandosi a dare attuazione alla sentenza civile, senza integrarla o modificarla e senza che ciò comporti il pericolo di un recupero del sindacato sul

misure di coazione indiretta, realizzata attraverso sanzioni progressive, quali le *astreintes* francesi o l'*enforcement* anglosassone.

In tutti e due i casi è stato acutamente osservato che l'insufficienza del processo esecutivo e, segnatamente, del titolo esecutivo costituiscono il frutto di una precisa scelta legislativa che, nel rapporto tra autorità e libertà, esistente storicamente al momento dell'adozione del codice del 1940, ha privilegiato il primo termine di raffronto a scapito di esigenze solidaristiche che avrebbero invece condotto all'enfaticizzazione del secondo; anzi, l'intero Libro III del codice di rito civile risulterebbe interamente costruito attorno al modello paradigmatico del processo espropriativo, pensato «in funzione di pretese di pagamento di crediti di danaro già compiutamente definiti e rappresentati dal titolo. In altre parole, il processo esecutivo è stato costruito in funzione di una *surrogazione*, che è lo strumento tipico per rispettare l'autonomia e la libertà dell'obbligato giacché si limita a garantire al creditore il conseguimento di somme di danaro o la consegna di cose individuabili nel patrimonio dell'obbligato».⁷⁹

In altri casi, invece, il fallimento del modello di processo esecutivo del 1940 si è palesato al di là delle intenzioni del legislatore. E', sul piano più squisitamente giuridico, il tema della verifica anticipata dei crediti degli interventori sprovvisti di titolo esecutivo, di cui più sopra si è detto (v. *sub* 2.2.), che maggiormente ha messo a nudo l'insufficienza dell'idea della separatezza tra cognizione ed esecuzione all'interno del processo esecutivo.

E' nota, infatti, con riguardo a questo aspetto, tutta la complessa elaborazione maturata in ordine al tema dell'ampiezza e qualità del potere giudiziale spendibile in sede di verifica anticipata dei crediti degli intervenuti. L'interrogativo acquistava particolare rilievo proprio alla luce del fatto che, se alla stregua dell'art. 499 c.p.c., potevano utilmente intervenire nel processo espropriativo i soggetti, ancorché non muniti di titolo esecutivo, che fossero comunque titolari, con riguardo all'esecuzione immobiliare, di un credito certo e liquido (cfr. art. 563 c.p.c.) e, nella mobiliare e presso terzi, anche esigibile (artt. 525 e 551 c.p.c.), l'ordinamento non apprestava esplicitamente in favore del debitore alcuno strumento idoneo a dirimere immediatamente le contestazioni relative all'esistenza e all'ammontare dei crediti affermati dagli intervenuti in assenza di titoli esecutivi.

E' infatti certamente possibile far valere tali contestazioni avverso il creditore pignorante (per definizione munito di titolo esecutivo) mediante lo strumento *tipico* dell'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c. ed analoga reazione può essere approntata avverso gli interventi titolati, sulla considerazione che lo strumento oppositivo in discorso «è utilizzabile nei confronti del precedente anche per la sola contestazione dell'entità del credito, e quindi senza porre in discussione la legittimità *ab inizio*, ovvero la prosecuzione stessa dell'esecuzione iniziata».⁸⁰

rapporto di pubblico impiego (così Tar Reggio Calabria, 4 ottobre 2004, n. 751, in *Giust. civ.*, 2005, 3, I, 834).

⁷⁹ VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in *Riv. dir. process.*, 1999, 967.

⁸⁰ Così CAPPONI, *Ultimi disorientamenti in tema di intervento dei creditori nel processo di espropriazione forzata*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 3093 e in *Studi sul processo di esecuzione forzata*, Torino, 1999, 211 ss., a commento critico di Pret. Verona, 14 febbraio 1990 e Trib. Padova, 13 febbraio 1991, avendo quest'ultimo deciso nel senso che contro il creditore intervenuto, munito di titolo esecutivo, il debitore esecutato, che ne contesti il diritto ad intervenire, non potrebbe proporre l'opposizione all'esecuzione, ma solo quella di cui all'art. 512 c.p.c., qualora la procedura esecutiva versi nella fase distributiva. Questo A. conclude, correttamente, nel senso che se l'interventore titolato esercita un'azione interamente parificabile a quella del creditore precedente, nessun rilievo discrezionale può allora essere attribuito al tempo di esercizio dell'azione.

Analogo esercizio dell'azione esecutiva non è invece rinvenibile con riguardo agli interventori non titolati per i quali ogni verifica parrebbe dover essere necessariamente rimandata alla fase distributiva.

Sembrava dunque che il Legislatore avesse dimenticato di considerare che la verifica di merito di tutti i crediti può rivelarsi necessaria in un momento senz'altro precedente la distribuzione, ed anzi prescindendo da essa, con riguardo proprio ai casi, appena menzionati, della riduzione del pignoramento, del cumulo dei mezzi di espropriazione, della cessazione della vendita a lotti, dell'estensione del pignoramento *ex art. 527 c.p.c.*, nonché (e, forse, soprattutto) della conversione del pignoramento.⁸¹

Il quadro di riferimento appariva inoltre delimitato dalla necessità ermeneutica di riempire di coerenti contenuti l'espressione dell'art. 499, secondo comma, c.p.c. secondo cui il ricorso per intervento deve contenere «l'indicazione del credito e quella del *titolo* di esso»; cosicché tale espressione, a seguito di un lungo processo interpretativo ascrivibile alla dottrina⁸² e, soprattutto, alla giurisprudenza, in relazione al requisito legittimante della *certezza* (artt. 525 e 563 c.p.c.), sembrava finalmente essersi assestata nel senso di «identificazione documentale del creditore, del debitore e della cosa dovuta», raggiungendo un punto di stabilità semantica tale da farne autentico *diritto vivente*. La necessità di indicare il *titolo del credito* postulava dunque, in tale ottica, che l'intervento dovesse fondarsi quantomeno sulla indicazione di una causa idonea in astratto a giustificare il diritto vantato, insieme alla produzione di un supporto o prova documentale che lo rappresentasse adeguatamente e, dunque, in modo certo.⁸³ Evidente era, quindi, proprio nella giurisprudenza di legittimità, l'esigenza di evitare che i rilevanti effetti processuali collegati al tema

Nel senso dell'ammissibilità dell'opposizione *ex art. 615* avverso gli intervenuti muniti di titolo esecutivo v. già Cass. 29 aprile 1961, n. 986, in *Giust. civ.*, 1961, I, I, 1609. In senso contrario Trib. Monza, 28 maggio 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 2290.

⁸¹ ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 190 ss.; ID., *Brevi note sull'ambito di applicazione dell'opposizione agli atti esecutivi*, nota a Cass. 16 maggio 1987, n. 4516 e 26 gennaio 1987, n. 714, in *Foro it.*, 1988, I, 3040, il quale si domandava «se sia, in definitiva, tollerabile che il debitore non può fare cessare la vendita a lotti, sebbene le somme conseguite siano sufficienti per soddisfare i suoi veri creditori, ma deve subire, in presenza di un sedicente creditore, la vendita degli altri lotti e poi ottenere la ben misera soddisfazione della consegna della somma ricavata, previa contestazione del credito».

⁸² V. ad es., ANDRIOLI, voce *Intervento dei creditori*, in *Enc. dir.*, X-XII, 1972, 488 ss.; ORIANI, *L'opposizione* cit., 197 ss.; CAPPONI, *Sulla prova (documentale) del credito nell'esecuzione forzata*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2936 ss. e, ora, anche in *Studi sul processo di esecuzione forzata*, Torino, 1999, 176 ss.

⁸³ *Ex multis* in questo senso Cass. 26 gennaio 1987, n. 714, *cit.*; Trib. Brindisi, 14 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 2254; Trib. Roma, 20 ottobre 1987 *cit.*; Cass. 30 gennaio 1985, n. 567, *cit.*; Cass. 23 maggio 1962, n. 1175, in *Mass. Giur. it.*, 1962, 430. Nel senso contrario, per cui il titolo del credito è il rapporto che dà luogo al credito fatto valere in via esecutiva, cfr. Cass. 14 settembre 1993, n. 9511, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Esecuzione forzata per obbl. pec.*, n. 22; Cass. 11 aprile 1972, n. 1126, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1290. Per le indicazioni di dottrina ed ulteriori richiami v. CAPPONI, *Ultime su intervento*, *cit.*, 634 ss., nonché DE SANTIS, *Esistenza e prova del titolo esecutivo dei creditori intervenuti*, nota a Cass. 26 settembre 2000, n. 12762, in *Riv. esec. forz.*, 2001, 365 ss.

della sussistenza e dell'entità dei crediti potessero scaturire unicamente dall'affermazione di essere creditore.⁸⁴

Peraltro, a riprova della permanente difficoltà di ricercare il giusto temperamento tra l'esigenza dei creditori diversi dal pignorante di evitare, massimizzando la partecipazione al riparto, la sottrazione del bene alla garanzia patrimoniale e quello, contrapposto, del debitore ad essere esecutato solo da chi sia realmente suo creditore, la Corte di cassazione, *in limine* alla modifica oggi in esame, ha ribaltato il proprio consolidato orientamento, giungendo (o meglio tornando⁸⁵) alla conclusione per cui «il ricorso per intervento deve contenere la sola indicazione del credito e del titolo di esso, senza che sia necessario corredare la domanda con il titolo stesso, la cui esibizione è necessaria solo per provocare atti di esecuzione e per partecipare al riparto».⁸⁶

Ancora, l'estrema varietà delle opinioni espresse con riguardo allo strumentario messo a disposizione del debitore (e degli altri concorrenti) per l'anticipata verifica dei crediti è testimoniata dalla radicale contrapposizione – formatasi eminentemente con riguardo alla conversione del pignoramento – tra le concezioni tradizionali, più marcatamente restrittive,⁸⁷ quelle favorevoli

⁸⁴ In questi termini ORIANI, *La determinazione dei crediti* cit., 142.

⁸⁵ Si vedano in tal senso alcune isolate e risalenti pronunce le quali, pur senza esaminare la questione della sussistenza e dell'ampiezza dei poteri del g.e. in ordine alla verifica dei crediti degli intervenuti, avevano ritenuto che il creditore non è tenuto a corredare il ricorso per intervento con il titolo documentale di esso «la cui esibizione è necessaria solo per provocare atti di esecuzione e per partecipare al riparto (Cass. 5 novembre 1976, n. 4027; Cass. 11 aprile 1972, n. 1126)».

⁸⁶ Cass. 1° settembre 1999, n. 9194, *cit.*; Cass. 26 settembre 2000, n. 12762, *cit.*

⁸⁷ Tra le quali spiccava senz'altro quella che procedeva ad una ricostruzione del sistema per cui, negando agli interventori non titolati l'azione esecutiva, non sarebbe mai concessa al debitore che voglia sottrarsi alla soddisfazione coattiva anche dei crediti di questi un'azione diretta, ma solo strumenti, per così dire trasversali, operanti sull'intero processo espropriativo. In particolare, era riconosciuta la secca alternativa tra il recidere alla base l'azione esecutiva, mediante il pagamento fuori del processo del creditore procedente (con i rischi connessi ad eventuali strascichi processuali *ex art. 615 c.p.c.*) ed il ricorso al pagamento nel processo, attraverso la conversione, con la necessità tuttavia del versamento immediato di tutti i crediti concorrenti (MONTESANO, *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, 561 ss. e spec. 604 s.). All'udienza per la determinazione della somma da versare in conversione non residuerebbe, inoltre, alcuno spazio per contestazioni di merito, riconducibili ai possibili contenuti dell'art. 512 c.p.c., visto che l'oggetto del provvedimento giudiziale è limitato alla corrispondenza tra la somma che il debitore dovrà versare e l'ammontare di tutti i crediti «risultante dalla *mera affermazione o documentazione o verifica* in sede di intervento», corrispondenza che rimarrà «definitivamente fissata, ai fini del processo in corso, appena l'ordinanza *de qua* non sarà più modificabile o impugnabile» (ID., *Conversione del pignoramento e distribuzione del ricavato*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 383 ss.). Assolutamente radicale – con specifico riferimento ai poteri di verifica del g.e. in sede di conversione – era pure quella opinione per cui, in assenza di una esplicita previsione normativa che lo autorizzasse all'esercizio della giurisdizione dichiarativa, il g.e. non avrebbe avuto alcun potere, ancorché incidentale, di accertare l'esistenza dei crediti dei concorrenti contestati dall'esecutato. In tale prospettiva, l'audizione imposta dal terzo comma dell'art. 495 c.p.c. («sentite le parti in udienza»), non sarebbe stata interpretabile quale traccia di un frammento cognitivo (GARBAGNATI, *In tema di conversione del pignoramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 420), restando invece meramente funzionale al controllo dell'esatto conteggio di tutti i crediti – come affermati negli atti di precetto e negli interventi, ovvero nei documenti allegati – e della ricorrenza, per quelli

all'anticipazione delle stesse controversie distributive⁸⁸ e, infine, quella che, partendo dal superamento della stessa logica distributiva, ammetteva un immediato controllo documentale, in

non incartati in un titolo esecutivo, dei requisiti di ammissibilità dell'intervento (certezza, liquidità e, per le sole esecuzioni mobiliari, esigibilità) (così ancora GARBAGNATI, *ult. cit.*, 417 ss., secondo il quale, peraltro, il riferimento che l'art. 499 c.p.c. fa al «titolo» del credito - al pari del termine «certo» di cui all'art. 525 c.p.c. - non avrebbe condizionato l'ammissibilità dell'intervento non titolato alla produzione di un documento giustificativo, riferendosi invece al «fatto costitutivo del credito affermato dall'interveniente»). Le contestazioni dei crediti degli intervenuti sforniti di titolo esecutivo avrebbero trovato invece la naturale collocazione in una fase successiva a quella della conversione, in seno al rimedio dell'art. 512 c.p.c., con la conseguenza di non liberare in via sistematica il debitore dal rischio dell'esborso, in sede di conversione, di una somma potenzialmente ben superiore a quella determinabile con un accertamento preventivo dei crediti. Anzi, tale «alea» era valutata quale inevitabile contropartita del benefico effetto che la conversione produceva e sarebbe risultata in certo qual modo relativizzata dal fatto che, in un momento successivo alla conversione, erano comunque messi a disposizione del debitore strumenti idonei ad impedire che le somme effettivamente non dovute venissero *incassate* dal creditore che le avesse infondatamente richieste per via esecutiva.

⁸⁸ In tal senso - sempre con riguardo alla verifica in sede di determinazione della somma da versare in conversione del pignoramento - cfr. VERDE, *Conversione cit.*, 419, nonché DEL VECCHIO, *Anticipazione delle controversie sulla distribuzione del ricavato nel processo esecutivo*, nota a Trib. Napoli, 5 ottobre 1978, n. 6646, in *Diritto e giur.*, 416. All'ostacolo lessicale, che sembrerebbe rigidamente collocare l'opposizione di cui all'art. 512 «in sede di distribuzione», era invece oppugnata, per un verso, la tutt'altro che stringente orditura normativa, la cui lacunosità è dato cogliere proprio nelle norme generali sull'esecuzione che neppure descrivono il procedimento di distribuzione (SATTA, *Commentario cit.*, 212, richiamato sul punto da MALAGU', *Sull'anticipata proponibilità dell'opposizione ex art. 512 codice di proc. civile in presenza di conversione del pignoramento*, nota ad App. Bologna, 15 settembre 1977, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 44.) e, dall'altra, la circostanza che «la possibilità di sollevare la contestazione all'udienza di distribuzione di cui all'art. 512 codice di proc. civile risponde a criteri di *opportunità* e di *economicità processuale* dettati a favore dello stesso debitore in rapporto allo svolgersi in concreto del procedimento esecutivo e comunque non contrastanti con l'interesse del creditore intervenuto» (Così App. Bologna, 15 settembre 1977, *cit.*, secondo cui, infatti «il creditore...per gli effetti sospensivi sulla distribuzione previsti dall'art. 624, comma 2°, codice di proc. civile, ha interesse alla più sollecita definizione della controversia»). Osservava tuttavia criticamente CAPPONI, *Conversione del pignoramento e cognizione sui crediti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 485 ss. e in *Studi sul processo di esecuzione forzata*, Torino, 1999, 248 s., che «la decisione della Corte di merito non risolve il dubbio sulla possibilità, da parte dell'esecutato, di *anticipare* la controversia distributiva anche nei confronti del precedente o comunque del creditore intervenuto provvisto di titolo esecutivo Né, del resto, potrebbe credersi che l'esecutato sia carente di interesse riguardo a tale ultima contestazione, perché...mentre una eventuale opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, sull'eccessività della pretesa esecutiva potrebbe rivelarsi inutile nella fase di espropriazione in quanto non collegabile all'eccesso di questa, una consimile contestazione sollevata in sede di conversione del pignoramento comporta l'innegabile beneficio di liberare il bene pignorato con l'esborso di una somma di danaro di importo minore». Da tutto ciò, dunque, si faceva discendere l'assenza di validi ostacoli all'anticipazione delle contestazioni sul merito della pretesa di partecipare alla distribuzione forzata. Tale tesi aveva tuttavia incontrato forti resistenze in dottrina (TARZIA, *La conversione cit.*, 464, MONTESANO, *La*

contraddittorio e con tratto sommario ed incidentale, ad opera del giudice dell'esecuzione, esercitabile ben al di là della verifica formale in ordine alla mera legittimazione del creditore all'intervento.⁸⁹

Nella pratica, a fronte della possibilità, a lungo riconosciuta dalla giurisprudenza, di intervenire sulla base di un documento idoneo ad individuare soggettivamente ed oggettivamente il credito, le contestazioni del debitore erano immediatamente producibili con l'opposizione agli atti esecutivi, l'unico strumento che apparve idoneo, quale rimedio di chiusura del sistema, al compimento della verifica di ammissibilità con riguardo a requisiti previsti dagli articoli 525 e 563 del codice di rito.⁹⁰

Tale conclusione implicava peraltro che l'opposizione agli esecutivi non era più riconoscibile semplicemente come mezzo di censura della difformità dell'atto dal suo paradigma formale, ma ne trasformava il ruolo con la capacità di riassorbire ogni tipo di illegittimità del processo esecutivo, fino a comprendere le incongruenze o inopportunità, con l'unico limite della residualità e cioè della esistenza di rimedi predisposti *ad hoc* per far valere particolari situazioni.⁹¹

cognizione cit., 605 e GARBAGNATI, *Espropriazione e distribuzione della somma ricavata*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 201. A queste voci si aggiungevano soprattutto quelle di BONSIGNORI, *Assegnazione e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, 404; ORIANI, *L'opposizione cit.*, 202; MALAGU', *op. cit.*, 46,) anche da parte di quegli autori che avevano variamente ammesso un controllo giudiziale sull'intervento, comunque fondato su prova documentale (ANDRIOLI, voce *Intervento dei creditori cit.*, 488 ss; D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, II, Torino, 1957, *sub art.* 495; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, *sub art.* 495 e, soprattutto, CAPPONI, *Conversione cit.*, 232 ss.), né maggior fortuna aveva riscosso in giurisprudenza (v., in particolare, Cass. 26 gennaio 1987, n. 714 *cit.* e Cass. 30 gennaio 1985, n. 567, in *Foro it.*, 1985, I, 2683).

⁸⁹ La teorizzazione è sostanzialmente di CAPPONI, *Conversione cit.*, 485 ss. che recuperava in funzione di tale controllo la nozione di «certezza» del credito fatto valere in relazione al fondamento documentale del titolo di cui all'art. 499 c.p.c. anche (e soprattutto) ove il creditore intervenga sprovvisto di un titolo esecutivo.

⁹⁰ Da un lato, infatti, risultava evidente l'inidoneità allo scopo dell'opposizione sostanziale *ex art.* 615 c.p.c., rivolta espressamente alla contestazione del «diritto di procedere ad esecuzione» mentre, dall'altro, si era fondatamente osservato come le controversie distributive regolate dall'art. 512 c.p.c. avessero tutt'altra collocazione temporale nel processo espropriativo.

⁹¹ CAPPONI, *Conversione cit.*, 269, il quale richiama, in questo senso, ORIANI, *L'opposizione cit.*, 51 e VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sistem. dir. proc. civ.*, diretta da Proto Pisani, Torino, 1994, 55 ss., nonché varie pronunce di legittimità che, di volta in volta, hanno ammesso il rimedio in parola per censurare profili diversi dalla regolarità formale degli atti e riguardanti vizi di sostanza che affliggono atti preliminari all'esecuzione (Cass. 5 settembre 1985, n. 4615, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2908) o singoli atti esecutivi, come l'ordinanza che assegna la somma versata in conversione (Cass. 22 maggio 1980, n. 3375, in *Foro it.*, 1980, I, 3025), ovvero il provvedimento di fissazione del prezzo base d'asta ritenuto incongruo perché commisurato alla consulenza d'ufficio piuttosto che al valore del bene indicato nel contratto di mutuo (Cass. 14 giugno 1972, n. 1887, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1352).

Osserva in conclusione il Capponi, richiamando Oriani, come «si è da tempo giunti a riconoscere che i motivi dell'opposizione possono trarre origine anche dalla "errata valutazione da parte del

Così, si era osservato che l'accertamento incidentale compiuto dal g.e., soprattutto in sede di conversione del pignoramento, valeva a dotare l'assegnazione delle somme agli aventi diritto di una stabilità non dissimile da quella che assiste la distribuzione della somma ricavata dalla vendita coattiva; con l'avvertenza che tale risultato era conseguito solo ove l'ordinanza determinativa della somma da convertire fosse stata pronunciata a seguito di una vera e propria attività cognitiva (incidentale) del g.e. o fosse stabilizzata dall'esito di una opposizione e non anche ove, in assenza di contestazione delle parti, il g.e. «abbia omesso di esercitare i suoi poteri officiosi in ordine al riscontro della *ammissibilità* degli interventi», ovvero ove abbia limitato i propri controlli unicamente al rilievo formale delle risultanze documentali.⁹²

Tra queste posizioni, la giurisprudenza, che era intervenuta soprattutto in tema di verifiche occasionate da istanze di conversione del pignoramento, aveva fatto oscillare il proprio pendolo,⁹³

giudice dell'esecuzione di circostanze di fatto che condizionano la pronuncia del provvedimento, ovvero dalla violazione o falsa applicazione di norme di diritto processuale o sostanziale"».

⁹² CAPPONI, *Conversione* cit., 273 s., il quale osserva che, nel caso di «ordinanza del giudice dell'esecuzione che, decidendo sulla contestazione sollevata dal debitore in fase di determinazione delle somme da sostituire ai beni pignorati, abbia quantificato il credito in una certa misura ovvero abbia negato l'esistenza stessa del diritto, senza tuttavia provocare l'opposizione agli atti...l'effetto di *preclusione* deriva non tanto dalla naturale vocazione del provvedimento a dar luogo ad un fenomeno processuale analogo o parificabile *quoad effectus* alla regiudicata, quanto soprattutto dal mancato esercizio del potere di contestazione dell'accertamento sommario in ragione del quale viene ad essere definito, in un certo piuttosto che in altro modo, il procedimento di conversione».

⁹³ Il punto di partenza di questo percorso è senz'altro ravvisabile nell' (allora) innovativo *dictum* di Cass. 10 gennaio 1964, n. 65 (*Foro it.*, 1964, I, 28 e in *Giur. it.*, 1964, I, 800, con nota critica di A. FINOCCHIARO) che, decidendo in ordine alla contestazione di un intervento non titolato imputato di carenza dei requisiti di legittimazione (certezza, liquidità ed esigibilità), aveva fissato il principio per cui «in relazione ai poteri attribuiti ai creditori intervenuti è evidente l'opportunità dell'esercizio di un controllo da parte del giudice dell'esecuzione», svolgentesi con esclusivo riguardo ai *requisiti di legittimazione dell'intervento* ed esercitato in un'ordinanza opponibile *ex art. 617 c.p.c.*

In precedenza aveva ammesso un controllo incidentale del giudice (opponibile *ex art. 617 c.p.c.*) in ordine ai requisiti formali di legittimazione all'intervento Pret. Caltanissetta, ord. 2 ottobre 1961, in *Nuovo dir.*, 1962, 411, con nota di G. GRECO. *Contra* Trib. Firenze, 31 ottobre 1955, in *Giur. tosc.*, 1956, 167, che aveva pure riconosciuto al debitore il potere di muovere opposizione *ex art. 615 c.p.c.* avverso l'intervento non titolato.

La distinzione tra verifica della legittimazione, quale condizione di ammissibilità dell'intervento, accertabile dal g.e. in sede di conversione e le questioni di merito, relative all'esistenza ed all'ammontare dei crediti, relegate alla successiva fase distributiva, ha poi trovato ampio seguito nelle pronunce di legittimità e di merito (cfr. Cass. 19 maggio 1964, n. 1235, in *Foro it.*, 1964, I, 2176, con nota di LENER; Cass. 24 gennaio 1968, n. 158, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1480; Cass. 12 marzo 1971, n. 702, in *Foro it.*, 1971, I, 1466. Ma v. già Cass. 12 maggio 1962, n. 978, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 628).

Il punto massimo di espansione del riconoscimento dei poteri giudiziali di verifica in sede di conversione è segnato invece da Cass. 18 settembre 1972, n. 2753 (*Foro it.*, 1972, I, 3411, con nota adesiva di ACONE. Si è visto come anche App. Bologna, 15 settembre 1977, *cit.*, contenga delle forti aperture in senso sostanziale, anticipando addirittura alla fase determinativa dei crediti da versare in conversione l'opposizione distributiva *ex art. 512 c.p.c.*). Con questa pronuncia il Supremo Collegio aveva affermato che «la contestazione sull'entità del credito, quando sorge in relazione alla

ora ammettendo forme di controllo meramente documentale, limitate alla verifica della legittimazione formale ad intervenire, ed ora sembrando aprirsi a un vero e proprio esame cognitivo di merito.

Il prevedibile assestamento, da realizzarsi entro lo spettro ermeneutico così delineato, era stato invece bruscamente interrotto da Cass. 8 novembre 1982, n. 5867⁹⁴ che, attingendo a vecchie concezioni, aveva statuito nel senso che il giudice della conversione, nel determinare la somma da versare, deve tener conto dei soli crediti risultanti dai documenti prodotti, prescindendo dalla valutazione di qualsivoglia contestazione sulla loro esistenza o ammontare che può essere sollevata esclusivamente nella non pretermissibile sede distributiva ai sensi dell'art. 512 c.p.c.⁹⁵

Un'attenuazione era poi intervenuta con Cass. 17 maggio 1988, n. 3442,⁹⁶ la quale aveva riconosciuto che la determinazione della somma da versare in conversione «comporta una valutazione sommaria delle pretese del creditore pignorante e dei creditori intervenuti e delle spese già anticipate o presumibilmente da anticipare, prescindendo dalle contestazioni, che vanno sollevate solo in sede di distribuzione a termini dell'art. 512 c.p.c.». Il relativo provvedimento è inoltre impugnabile con l'opposizione formale «non per l'accertamento dell'importo dei crediti contestati, bensì solo per la verifica che la determinazione della somma in concreto effettuata dal giudice dell'esecuzione è conforme ai criteri desumibili dall'art. 495 c.p.c.».

Questo sembrava essere, al momento dell'entrata in vigore della riforma, l'orientamento, senz'altro valutabile, per le ripetizioni ed i richiami, come prevalente, in ordine alla regolazione dei confini dei poteri giudiziali in fase di conversione del pignoramento.⁹⁷

conversione del pignoramento, può essere sollevata senza alcun rigore formale, ed anche verbalmente all'udienza nella quale il giudice dell'esecuzione sente le parti a norma dell'art. 495 c.p.c.; su di essa provvede *de plano* lo stesso giudice dell'esecuzione con un'ordinanza, la quale costituisce un atto del procedimento esecutivo e, come tale, può formare oggetto di un'opposizione a norma dell'art. 617 c.p.c.». Inoltre, essa aveva ritenuto possibile analogo contestazione anche nei confronti dei creditori titolati, ulteriormente chiarendo che nel contrasto tra le indicazioni contenute nel titolo e quelle risultanti dal precetto, prevalgono le prime.

⁹⁴ In *Mass. Giur. it.*, 1982, 1408, seguita da Cass. 16 maggio 1987, n. 4516 *cit.*

⁹⁵ Osserva CAPPONI, *Conversione cit.*, 250, nota 32, come il principio sia stato però nell'immediatezza disatteso dalla giurisprudenza di merito e, segnatamente, in modo esplicito, da Pret. Monza 22 ottobre 1982, in *Foro pad.*, 1982, I, 343 e 14 ottobre 1983, in *Orient. giur. lav.*, 1984, 635, nonché, nella sostanza, da Trib. Roma, 26 novembre 1985, inedita, e Trib. Roma 20 ottobre 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2936.

⁹⁶ In *Foro it.*, 1989, I, 2585, con nota di CAPPONI, *Per un revirement della Cassazione in tema di contestazione dei crediti nel processo esecutivo.*

⁹⁷ La formula di Cass. n. 3442/88 era infatti riprodotta, senza apprezzabili variazioni, anche da Cass. 6 giugno 1992, n. 6994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 205 ss., con nota di GILI, *Il potere di controllo del giudice sui crediti sine titolo, in sede di conversione del pignoramento, e i rimedi esperibili dal debitore e dal terzo acquirente*; Cass. 18 gennaio 1994, n. 386, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Esecuzione per obbl. pec.*, n. 46; Trib. Brindisi, 23 marzo 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 2253; Cass. 5 maggio 1998, n. 4525, in *Giust. civ.*, 1999, I, 550; Cass. 1° settembre 1999, n. 9194, *cit.*; Cass. 2 ottobre 2001, n. 12197, *cit.*

Si veda pure Cass. 23 aprile 1999, n. 4042, inedita, secondo cui «l'ordinanza, con la quale, in sede di conversione del pignoramento, il giudice dell'esecuzione determina, con le modalità di cui all'art. 495 c.p.c., l'entità della somma da versare in sostituzione delle cose pignorate è provvedimento che

E, tuttavia, non pareva che la soluzione così affermata potesse soddisfare, risolvendosi in realtà in una serie di formule astratte che non fanno sistema ed il cui portato sfuggiva, siccome impalpabile, a chi doveva fare concreta applicazione delle norme implicate. In quest'ottica, ci si era domandati, tra le altre cose, quale fosse il contenuto reale della «valutazione sommaria» da compiere ad opera del giudice della conversione, quali i «criteri desumibili dall'art. 495 c.p.c.»⁹⁸ che dovrebbero presidiare, limitandolo, l'accertamento da compiersi in sede di impugnazione ex art. 617 c.p.c. dell'ordinanza di conversione e, nello stesso tempo, regolare i confini con l'opposizione distributiva deputata ad assorbire ogni questione sul merito.⁹⁹

non ha contenuto decisorio rispetto al diritto di agire *in executivis*, con la conseguenza che l'opposizione contro di esso proposta può inquadarsi nel modello dell'opposizione agli atti esecutivi».

⁹⁸ Così CAPPONI, *Per un revirement*, cit., in *Studi cit.*, 296.

⁹⁹ Si osservava, infatti, che la formula giurisprudenziale non poteva certo essere riempita in modo congruo con il vecchio richiamo alla distinzione tra verifica dei requisiti legittimanti l'intervento e censure sull'*an* e sul *quantum* della pretesa fatta valere nell'esecuzione. Ed infatti, se era evidente che la tradizionale categoria della *legittimazione* tradiva la «necessità di fissare i limiti della cognizione del giudice intorno a qualcosa che venga prima dell'esame del merito» (così VERDE, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano, 1968, 157, nota 280. Questo A. osserva, inoltre (*Aspetti del processo di espropriazione forzata: sul provvedimento di esclusione dalla distribuzione per mancata prova del credito*, in *Temi*, 1968, 303 s.), come «contro l'esclusione per mancanza di legittimazione dovrebbe aprirsi la strada a un giudizio di merito, che di quello sommariamente delineato nell'art. 512 c.p.c. sarebbe un sicuro doppione»), non era poi dato cogliere affatto la differenza tra gli elementi qualificanti l'una ovvero l'altra nozione, posto che il passaggio dall'una all'altra «è scandito proprio dall'avvenuta contestazione (dell'esistenza o dell'ammontare) del credito» (CAPPONI, *Conversione cit.*, 243).

Così delineata l'illusorietà della distinzione tra il profilo processuale della legittimazione e quello di merito, rimanevano comunque insoluti gli interrogativi appena posti e, in particolare, nessun elemento seriamente argomentativo o frammento interpretativo forniva lumi certi circa la sistematica con la quale, in assenza di un compendio da distribuire e delle stesse ragioni fondanti il concorso dei creditori secondo *par condicio*, si potesse affermare che, a seguito della conversione, «l'iter procedurale deve proseguire fino a tale soddisfacimento che, restando soppressa la sola fase della vendita, ormai inutile, avviene con la distribuzione della somma di denaro, depositata in sostituzione del bene pignorato, fra il creditore pignorante e quelli intervenuti, senza che una tale fase possa essere omessa, mentre le controversie di cui all'art. 512 attinenti alla sussistenza o all'ammontare di uno o più crediti ovvero *diritto di prelazione*, vanno sollevate soltanto nel corso di essa» [così, in modo tralaticio tra le tante, Cass. 23 agosto 1992, n. 9552, *cit.* Si veda inoltre Cass. 17 gennaio 1998, n. 378, inedita, la quale, con riguardo alla proponibilità delle controversie di cui all'art. 512 c.p.c., fa riferimento alla sede della «distribuzione delle somme ricavate dalla procedura esecutiva (sia a seguito della vendita o dell'assegnazione, sia, omessa la fase espropriativa in senso stretto, in dipendenza della conversione del pignoramento)». Senza tener conto del fatto che «la scelta del Supremo Collegio...sembra essere ulteriormente lesiva del diritto di difesa del debitore esecutato poiché risultano assolutamente incerti il tempo e il luogo in cui possono essere sollevate le contestazioni sull'esistenza dei crediti dei creditori sforniti di titolo data l'inesistenza di una reale udienza distributiva ove "sentire il debitore" ex art. 510 c.p.c.» (PETRONE, *Conversione del pignoramento*, in *Riv. esec. forz.*, 2001, 355).

I. 4. I tentativi di riforma del processo esecutivo.

4. La consapevolezza raggiunta nel tempo in ordine ai vari elementi di crisi del processo esecutivo concepito dal legislatore del 1940 ha peraltro costituito la base per una (sostanzialmente ininterrotta) riflessione su eventuali interventi riformatori che solo di recente ha avuto un esito legislativo di una certa consistenza.

In particolare, in un primo tempo si era cercato di superare le difficoltà recate dal modello della completa separatezza tra esecuzione e cognizione introducendo – col disegno di legge delega per la riforma del codice di procedura civile approvato dal Governo l'8 maggio 1981 e presentato al Senato il 25 maggio 1981 (n. 1463)¹⁰⁰ – un apposito giudizio di ammissibilità degli interventi, consentiti solo se accompagnati da una prova documentale, e un avvicinamento delle opposizioni di merito e di rito, tutte proponibili entro un termine di decadenza e riservate alla cognizione del giudice dell'esecuzione; nonché la possibilità di rivolgersi al giudice dell'esecuzione, prima del suo inizio, per la risoluzione di tutte le difficoltà che ostacolano la rapida, corretta ed efficace attuazione della pretesa del creditore procedente, incluse quelle relative alla individuazione delle parti legittimate, con la previsione di una sorta di procedimento di autorizzazione della esecuzione, ad esempio, per l'ipotesi in cui la successione nel titolo non fosse facilmente valutabile dagli organi esecutivi minori (cancelliere ed ufficiale giudiziario).

Ben più modesta è stata invece la portata dell'intervento legislativo seguito con la legge 26 novembre 1990, n. 353 ("Provvedimenti urgenti per il processo civile") che, nel proporre una significativa modifica del codice di rito civile e, in particolare, del processo ordinario di cognizione, si limitò a sfiorare il processo esecutivo, con limitati interventi in materia di conversione del pignoramento¹⁰¹ e di intervento dei creditori nel processo di espropriazione mobiliare diretta.¹⁰²

¹⁰⁰ Questo, pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 645 ss, costituisce il risultato dei lavori della commissione ministeriale presieduta da Liebman il cui testo finale (consultabile in *Giust. civ.*, 1981, II, 315 ss.) venne rimesso al Ministro di grazia e giustizia il 23 febbraio 1981.

¹⁰¹ L'originario testo dell'art. 495 c.p.c. era già stato modificato, dapprima, con la legge 10 maggio 1976, n. 358 che, senza prevedere alcuna imposizione di versamento contestuale alla presentazione dell'istanza, aveva attribuito al g.e., in presenza di giustificati motivi, il potere di disporre il versamento di un quarto della somma nei dieci giorni successivi al provvedimento di conversione e la rateizzazione del residuo nel termine massimo di sei mesi. Con la nuova interpolazione ad opera dell'art. 71 della legge 26 novembre 1990, n. 353 era stata eliminata la possibilità di rateizzazione, imponendo invece al debitore, a pena di inammissibilità, di depositare in cancelleria unitamente all'istanza di conversione «la somma corrispondente ad un quinto dell'importo del credito per cui è stato eseguito il pignoramento e dei crediti dei creditori intervenuti, indicati nei rispettivi atti di intervento». Era inoltre fissato il principio *moralizzatore* per cui «l'istanza può essere avanzata una sola volta a pena di inammissibilità». Da segnalare, inoltre, che l'inaspettato inserimento (peraltro in fase di avanzata elaborazione parlamentare e per effetto di un emendamento senatoriale) in un provvedimento legislativo riguardante l'eterogeneo tema della delega ai notai degli incanti immobiliari (legge 31 ottobre 1998, n. 302), di una norma (art. 13) reintroduttiva, per le sole esecuzioni immobiliari, del potere giudiziale di disporre il versamento rateale delle somme stabilite in conversione nel termine massimo di nove mesi. E' stata inoltre prevista la possibilità per il debitore di computare l'iniziale deposito del quinto defalcando «i versamenti effettuati [*anche nel corso del processo espropriativo*] di cui deve essere data prova documentale».

¹⁰² L'art. 525 era stato invece modificato prevedendo che «possono intervenire a norme dell'art. 499 tutti coloro che nei confronti del debitore hanno un credito certo, liquido ed esigibile».

Di ben più ampio respiro il progetto di legge redatto dalla Commissione ministeriale istituita nel 1994 e presieduta dal Prof. Tarzia¹⁰³, che dedicò al processo esecutivo varie disposizioni (sette punti sui quaranta complessivi) i cui elementi qualificanti, senza sconvolgere il disegno tracciato nel 1940 di un processo eminentemente attuativo diretto da un giudice dell'esecuzione, vanno ricercati essenzialmente in due direttrici di fondo.

Innanzitutto, nel divieto di intervento per i creditori sprovvisti di titolo esecutivo, previsione che aveva lo scopo dichiarato di risolvere in radice il problema della valutazione da parte del g.e., con relativa spedita di poteri cognitivi, della sussistenza ed entità dei crediti vantati da creditori non assistiti da titolo esecutivo in occasione delle verifiche anticipate dei crediti imposte da istanze di conversione del pignoramento (art. 495), di riduzione del pignoramento (art. 496), di limitazione dei mezzi di espropriazione (art. 483), ovvero dalla cessazione della vendita a lotti. Questa scelta, consapevolmente assunta, avendone risolto in via teorica le controindicazioni costituzionali, per snellire e rendere coerente il sistema processuale vigente, era compensata dall'allargamento del novero dei titoli esecutivi stragiudiziali alle scritture private autenticate, con correlata (in previsione dell'aumento del contenzioso oppositivo generato da un titolo non preceduto da cognizione giudiziale) attribuzione al giudice dell'opposizione al precetto del potere di sospendere l'esecuzione.

In punto di recupero dell'efficienza della procedura era inoltre prevista l'autonoma pignorabilità dell'azienda e l'individuazione della udienza per la fissazione delle vendite e/o dell'assegnazione (artt. 530 e 569) quale termine finale per effettuare interventi e per proporre l'opposizione all'esecuzione, nel vigente sistema proponibile invece fino alla conclusione del processo esecutivo.

Sulla scorta di una discutibile giurisprudenza di legittimità,¹⁰⁴ si prevedeva inoltre, a tutela di futuri eventuali interventi di altri creditori, che col pignoramento presso terzi fosse congelato l'intero credito vantato dal debitore esecutato nei confronti del *debitor debitoris*, a prescindere dall'entità del credito azionato dal precedente, nonché la caducazione di tutti gli atti dell'esecuzione già compiuti in conseguenza dell'accoglimento dell'opposizione all'esecuzione.

Infine, si affacciava l'idea – poi raccolta dalla legge 3 agosto 1998, n. 302 (“Norme in tema di espropriazione forzata e di atti affidabili ai notai”) – della delegabilità degli incanti immobiliari ai notai, volta ad una migliore collocazione dei beni sul mercato per il tramite di un intervento professionale, semplificando contestualmente la documentazione necessaria per la vendita e potenziando la pubblicità.

¹⁰³ Consultabile, in uno alla Relazione di accompagnamento, in *Riv. dir. process.*, 1996, 945 ss., con commento di VACCARELLA, *Le linee essenziali del processo esecutivo secondo il progetto della Commissione Tarzia*, in *Riv. dir. process.*, 1998, 364 ss.

¹⁰⁴ In questo senso Cass. 22 aprile 1995, n. 4548 e Cass. 29 gennaio 1999, n. 798, secondo cui «nella esecuzione forzata per espropriazione mobiliare presso terzi di un credito, l'ammontare del credito per cui si procede non assume la funzione di limitare l'oggetto del pignoramento alla corrispondente parte del maggior credito indicato nell'atto di pignoramento come oggetto dello stesso, onde, qualora il terzo faccia dichiarazione positiva dell'esistenza del credito, i creditori intervenuti possono soddisfare i loro crediti sull'intera somma oggetto del credito pignorato (nella specie il creditore precedente aveva genericamente pignorato le somme dovute dal terzo al debitore quale suo tesoriere, senza limitare il pignoramento all'ammontare corrispondente al suo credito)». Feroci (ed unanimi) critiche aveva ricevuto questo orientamento da chi osservava che il blocco del rapporto creditorio, oltre che contrario al dettato normativo, potesse avere addirittura effetto esiziale sulla vita di alcune aziende, sottoposte a procedura esecutiva per crediti risibili. V. in questo senso ACONE, *Note in tema di oggetto del pignoramento di crediti*, in *Foro it.*, 1996, I, 3772; GIOIA, *La Corte rifiuta il dialogo sull'oggetto del pignoramento presso terzi*, in *Riv. dir. process.*, 2000, 917; STORTO, *Brevi considerazioni in ordine all'oggetto del pignoramento di crediti*, in *Riv. esec. forzata*, 2000, 642.

L'idea di fondo del progetto, durata fino ad oggi, era dunque quella di conservare al giudice dell'esecuzione un ruolo di direzione del processo, al contempo liberandolo di una serie di attività *materiali* più congeniali a diverse professionalità.

Al fallimento legislativo di questo progetto corrispose invece un innalzamento dell'interesse degli studiosi e del legislatore per il processo esecutivo che, dopo vari interventi minori, sfociò in due testi che a buon diritto possono essere considerati i progenitori della riforma del 2005-2006.

Il primo, c.d. disegno di legge Castelli,¹⁰⁵ proponendo modifiche urgenti all'intero codice di rito civile, dedicava circa la metà del proprio articolato al processo esecutivo che veniva così inciso in modo significativo, ancorché nella relazione di accompagnamento si dichiarava di non voler pregiudicare la futura riforma del processo civile, semplicemente liberandolo da incrostazioni formalistiche, allo scopo di contribuire ad adeguare il sistema alle esigenze di una giustizia celere ed efficace.

In questa chiave vanno letti i principali interventi.

1) Innanzitutto la previsione nell'art. 492 ("Forma del pignoramento") dell'invito al debitore ad eleggere la residenza o il domicilio nel luogo in cui ha sede il giudice competente per l'esecuzione, con l'avvertimento che, in mancanza, le comunicazioni e le notificazioni a lui dirette verranno eseguite presso la cancelleria di quel giudice;

2) quindi, l'ammissibilità degli interventi dei soli creditori muniti di titolo esecutivo, in sostanziale continuità col progetto Tarzia e, insieme, la generalizzazione dell'istituto dell'estensione del pignoramento che, prima, l'art. 527 cod. proc. civ. sembrava limitare al processo di espropriazione mobiliare diretta;¹⁰⁶

3) l'introduzione inoltre di un freno all'utilizzo dell'istanza di conversione del pignoramento (art. 495) in funzione dilatoria della vendita, stabilendo che tale istanza poteva essere proposta solo fino a che non fosse disposta la vendita o l'assegnazione e non più «in qualsiasi momento anteriore alla vendita»;

4) il mutamento della natura delle controversie distributive (art. 512) rimesse alla decisione del g.e. che provvede con ordinanza impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi;

5) il d.d.l. cambiava invece radicalmente la prospettiva del progetto Tarzia con riguardo all'oggetto del pignoramento dei crediti (art. 546), disponendo che l'effetto di blocco scaturente da questo non si producesse più sull'intero credito vantato dall'esecutato nei confronti del terzo *debitor*

¹⁰⁵ Si tratta dello schema del disegno di legge, recante "Modifiche urgenti al codice di procedura civile", approvato nella seduta del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 2001 e, poi, unificato in sede parlamentare con altri progetti e che, con alterne vicende, si può appunto dire sia all'origine dell'ondata riformatrice degli anni 2005-2006. L'articolato originario può essere letto in REF, 2001, 194 ss., con commento di CAPPONI e STORTO, *Prime considerazioni sul d.d.l. Castelli recante "Modifiche urgenti al codice di procedura civile" in relazione al processo di esecuzione forzata.*

¹⁰⁶ Disponeva tale norma che «ai creditori intervenuti a norma dell'articolo 525 secondo e terzo comma il creditore pignorante ha facoltà di indicare, all'udienza o con atto notificato e, in ogni caso, non oltre i cinque giorni successivi alla comunicazione fattagli dal cancelliere, l'esistenza di altri beni del debitore, utilmente pignorabili e di invitarli ad estendere il pignoramento se sono forniti di titolo esecutivo o, altrimenti, ad anticipare le spese necessarie per l'estensione».

Se i creditori intervenuti non si giovano, senza giusto motivo, delle indicazioni loro fatte o non rispondono all'invito entro il termine di dieci giorni, il creditore pignorante ha diritto di essere loro preferito in sede di distribuzione».

debitoris, ma spiegasse i propri effetti «nei limiti dell'importo del credito precettato aumentato della metà»;

6) rafforzava la previsione di una autorizzazione giudiziale che legittimasse il debitore esecutato a permanere quale custode nell'immobile pignorato (art. 560);

7) prevedeva la prorogabilità per giusti motivi dei termini per allegare la c.d. documentazione ipocatastale nelle espropriazioni immobiliari (art. 567), alcune semplificazioni del procedimento di vendita senza incanto (artt. 571 e 572) e in via definitiva la «gara aperta» in aumento di sesto, includendo tra i possibili offerenti (art. 584), nell'ipotesi in cui gli incanti fossero stati riaperti per effetto di una offerta in aumento proposta dopo l'aggiudicazione «provvisoria», anche i creditori che avevano partecipato all'incanto non rilanciando sulla maggiore offerta dell'aggiudicatario;

8) stabiliva chiaramente che l'esecuzione per rilascio di immobili ha inizio con la notifica dell'avviso col quale l'ufficiale giudiziario comunica, almeno tre giorni prima, alla parte che è tenuta a rilasciare l'immobile, il giorno e l'ora in cui procederà;

9) introduceva, infine, il potere del giudice innanzi al quale è opposto il precetto (art. 615, primo comma) di sospendere l'efficacia esecutiva del titolo, effetto prima conseguibile solo attraverso l'utilizzo dello strumento cautelare innominato (art. 700), essendo accordato il potere di sospensione al solo giudice dell'esecuzione dopo l'inizio di questa.

Di più ampio respiro sono invece i criteri direttivi che il secondo dei testi sopra menzionati ha previsto per la complessiva riforma del processo di esecuzione forzata.

Nel progetto varato dalla Commissione ministeriale di studio per la riforma del processo civile, presieduta dal Prof. Vaccarella,¹⁰⁷ si prevedeva infatti il mantenimento dell'impianto originario del codice, tuttavia con alcune rilevanti modifiche idonee a mutarne in più punti la fisionomia.

Innanzitutto, significativi erano gli interventi di estensione del novero e di semplificazione della disciplina dei titoli esecutivi, il cui *numerus clausus* era addizionato degli atti notarili e delle scritture private (anche non autenticate), oltre che per azionare i crediti di danaro, anche per far valere gli obblighi eseguibili in forma specifica; ciò in uno alla previsione della efficacia sia a favore che contro i successori a titolo universale e particolare ed alla eliminazione del divieto di spedizione di più copie in forma esecutiva (punto 37).

Nell'ottica di garanzia del diritto di difesa delle parti processuali e, insieme, di efficienza del processo esecutivo in forma specifica, si prevedeva la generalizzazione della presenza del giudice dell'esecuzione e dell'obbligo di formazione del fascicolo d'ufficio. Si prevedeva inoltre la semplificazione delle comunicazioni e delle notifiche al debitore, da effettuarsi, in mancanza di una elezione di domicilio, nel luogo in cui ha sede il g.e., presso la cancelleria di quest'ultimo (punto 38).

In linea col progetto Tarzia si prevedeva la pignorabilità *uno actu* dell'azienda, alienabile forzosamente come un bene unitario, accompagnata da una previsione di impignorabilità relativa di alcuni dei beni produttivi che la costituiscono (punto 39).

Per la prima volta, si introduce (punto 40), sull'onda di riuscite esperienze di altri paesi europei, il c.d. «pignoramento inquisitorio», prevedendo che il debitore dichiari sotto penale responsabilità l'esistenza e l'ubicazione dei propri beni, l'accesso all'anagrafe tributaria ed alle altre

¹⁰⁷ Il cui testo è consultabile sul sito del Ministero della giustizia, www.giustizia.it.

banche dati, con alcuni correttivi costituiti di volta in volta da provvedimenti giudiziari di autorizzazione all'indagine ovvero di risoluzione dell'eccesso dei mezzi di pignoramento;

Oltre a grandi semplificazioni dell'espropriazione immobiliare (punto 41) in chiave di avvicinamento alle procedure concorsuali – anche mediante la delega ai notai delle vendite senza incanto e della pronuncia, in mancanza di contestazioni, del decreto di trasferimento e del progetto di distribuzione – e della espropriazione mobiliare (punto 42) di cui si prevedeva l'estinzione in caso di esito infruttuoso della vendita ed in assenza di istanze di assegnazione, una grande innovazione è recata dalla introduzione di strumenti di «*esecuzione indiretta*» in funzione di realizzazione degli obblighi di fare infungibili, di fatto non eseguibili nel nostro ordinamento (punto 44).

Vengono così introdotte delle vere e proprie *aistrentes* («*fissazione dell'obbligo di pagamento di una somma di denaro per ogni frazione di tempo nel ritardo all'adempimento dell'obbligo*») prima sconosciute nel sistema italiano che aveva sempre risolto in favore delle esigenze di libertà dell'obbligato il conflitto con l'avente diritto, ancorché si trattasse di attuare diritti fondamentali dell'individuo, come significativamente accade per il caso della esecuzione dell'ordine giudiziale di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300), ad oggi ancora non coercibile.

Significativa, infine, la proposta di riforma per il sistema delle opposizioni esecutive (punto 45) in cui l'opposizione di merito (l'attuale opposizione all'esecuzione *ex art. 615*) è proponibile fino all'espletamento della vendita forzata, avvenuta la quale si converte in un'opposizione al piano di riparto, mentre l'opposizione di rito (l'attuale opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617*), la quale riassume anche le contestazioni in ordine alla pignorabilità dei beni (oggi devolvibili con l'opposizione *ex art. 615*, secondo comma), si trasforma in un reclamo interno al processo esecutivo, a somiglianza di quello cautelare disciplinato dall'art. 669-*terdecies*, cod. proc. civ., con la possibilità per il collegio di sospendere l'ulteriore corso dell'esecuzione.

Come è noto, sia il d.d.l. Castelli che il progetto Vaccarella non hanno trovato un immediato sbocco parlamentare, costituendo piuttosto la base di partenza per le consistenti riforme che hanno visto la luce tra il 2005 ed il 2006.

I. 5. Le modifiche “tecniche” e la novella del 2005-2006.

Quest'ultimo atto del percorso «evolutivo» del processo di esecuzione forzata si è realizzato attraverso un complesso insieme di interventi legislativi costituiti dal decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35 (art. 2), convertito con modificazioni dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, dal d.l. 30 giugno 2005, n. 115 a sua volta modificato in sede di conversione dalla legge 17 agosto 2005, n. 168, dalla legge 28 dicembre 2005, n. 263 e, infine, dalla legge 24 febbraio 2006, n. 52 (c.d. legge Kessler) che ha riformato il sistema dell'espropriazione mobiliare.

Il sistema processuale che ne è fuoriuscito, al di là di una serie di aporie tecniche frutto del mancato coordinamento di alcune norme, restituisce un processo esecutivo che, in massima parte, raccoglie le istanze riformatrici proposte negli ultimi tre progetti sopra esaminati, aggiungendovi una serie di nuovi meccanismi «materiali» per lo più collegati al sistema delle vendite mobiliari ed immobiliari.

In particolare, vengono recepite interamente le proposte in ordine alla semplificazione del sistema di notifiche e comunicazioni collegate alla mancata elezione di domicilio o residenza del debitore, nonché – con varie aggiunte – al sistema del «pignoramento inquisitorio».

Viene accolta, ancorché in maniera spuria, l'idea di fondo che l'intervento nel processo espropriativo deve necessariamente essere assistito dal titolo esecutivo, e viene introdotta la limitazione temporale alla proponibilità dell'istanza di conversione.

Viene ampliata la delegabilità delle vendite e marcatamente incentivato il sistema di quelle senza incanto.

Viene generalizzato l'istituto della estensione del pignoramento e limitato l'oggetto del pignoramento dei crediti.

Viene espressamente previsto il potere del giudice investito dell'opposizione a precetto di sospendere l'efficacia esecutiva del titolo e, più in generale, la reclamabilità, con lo strumento di cui all'art. 669-terdecies, cod. proc. civ., delle ordinanze che provvedono sull'istanza di sospensione. Viene al contempo disciplinata un'ipotesi di sospensione del processo esecutivo, fino a ventiquattro mesi, su istanza di tutti i creditori.

Viene inoltre innovato il sistema delle opposizioni esecutive, rendendo non impugnabili (*recte* appellabili) le sentenze che decidono l'opposizione all'esecuzione e prevedendo che sulle controversie distributive il giudice dell'esecuzione decida con ordinanza impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi.

Ancorché siano state accolte molte altre istanze provenienti dalla prassi e dalla dottrina, soprattutto con riguardo alle operazioni materiali esecutive, sono rimaste invece escluse dal novero delle innovazioni alcune delle più importanti proposte, tra le quali il sistema delle sanzioni pecuniarie indirette (analoghe alle *aistrentes* del sistema francese ed allo *enforcement* del sistema anglosassone), cosicché un evidente vuoto residua quantomeno in punto di effettività delle obbligazioni di fare infungibile e di attuazione di questo aspetto del diritto di difesa; né altrimenti è stato risolto nel senso tracciato dagli ultimi progetti ministeriali lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 che, da rimedio interno all'esecuzione forzata, non solo non è stato trasformato in un reclamo modellato sul tipo cautelare disciplinato dall'art. 669-terdecies, ma anzi, attraverso la spendibilità avverso le ordinanze che risolvono le controversie distributive (cfr. il nuovo art. 512), si è riempita di contenuti squisitamente di merito che le erano istituzionalmente estranei e che, come abbiamo visto, hanno costituito nel passato l'oggetto di importanti dispute dottrinali.

Un dato tuttavia emerge con certezza ed è quello per cui la rinnovata efficienza del processo esecutivo ha finito per restringere sotto più aspetti gli spazi difensivi, soprattutto del debitore esecutato e dei terzi interventori, che in passato avevano invece fortemente connotato la fisionomia di questo tipo processuale. Ciò che pone, soprattutto nell'ottica di verifica del rispetto degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nuovi temi di indagine ormai si può dire interamente illuminati dalla non più incerta natura processuale dell'esecuzione forzata.

II. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

II. 1. Il processo esecutivo come strumento di effettività della tutela giurisdizionale.

1. La Corte ha sempre riconosciuto chiaramente il principio per cui «il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti (art. 24, primo comma, Cost.) comprende la fase dell'esecuzione forzata, la quale è diretta a rendere effettiva l'attuazione dei provvedimenti giurisdizionali, che non può essere elusa o condizionata da valutazioni amministrative di opportunità» (**sentenza n. 321 del 1998**). Facendo applicazione di questo principio è stata infatti dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 1-bis del decreto-legge 19 giugno 1997, n. 172 (Misure urgenti per fronteggiare l'eccezionale carenza di disponibilità abitativa), aggiunto dalla legge di conversione 25 luglio 1997, n. 240, nella parte in cui prevedeva che il Prefetto potesse determinare il differimento della singola esecuzione forzata,¹⁰⁸ e ciò in quanto la norma in questione non si limitava a riconoscere al Prefetto il potere di adottare «provvedimenti strumentali ed ausiliari rispetto a quelli propri del procedimento di esecuzione forzata per rilascio» mediante la «graduazione nella concessione della forza pubblica [che] attua una regolamentazione preventiva dell'attività di collaborazione alla vera e propria esecuzione forzata, dettata nell'esercizio di una funzione che rimane anche sostanzialmente di natura amministrativa», ma, consentendo al Prefetto «nel determinare puntualmente tempi e modalità di concessione della forza pubblica anche in deroga all'ordine delle richieste, di conoscere delle singole esecuzioni con un intervento che (...) perde i caratteri della mera collaborazione all'esecuzione forzata, della ausiliarità e della strumentalità rispetto al provvedimento giurisdizionale (...) giunge a determinare un sostanziale differimento amministrativo della singola esecuzione forzata, incidendo in tal modo sul principio costituzionale della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive».

E' evidente che la Corte in questo caso ha inteso marcare il *limen* oltre il quale si realizza la lesione del diritto costituzionalmente protetto di agire in giudizio, attraverso la valutazione della incisività dei poteri attribuiti al Prefetto in termini di condizionamento dell'esercizio dell'azione esecutiva. Dunque, laddove la Corte pone il detto limite in un ambito nel quale «per un verso il potere del prefetto non comporta alcun esame del titolo esecutivo, per altro verso resta attribuito al giudice dell'esecuzione il potere di controllare anche l'osservanza dei criteri generali stabiliti dal prefetto», manifesta di aver chiara per intero la differenza tra l'attività processuale esecutiva e quella amministrativa strumentale alla prima e ad essa esterna.

2. Il principio per cui il diritto costituzionalmente tutelato di agire in giudizio comprende pienamente la tutela esecutiva risulta ripreso più volte, ed in modo proteiforme dalla Corte, ad esempio con riguardo alla irragionevole limitazione, ancorché parziale, del diritto di difesa («del quale gli strumenti per ottenere in concreto “il bene della vita” conteso costituiscono aspetto

¹⁰⁸ Prevedeva la norma in questione: «le disposizioni degli articoli 3 e 5 del decreto-legge 30 dicembre 1988, n. 551, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 1989, n. 61, devono intendersi nel senso che al prefetto è attribuita la potestà, oltre che di fissare criteri generali per l'impiego della forza pubblica nell'esecuzione di tutti i provvedimenti di rilascio degli immobili urbani ad uso di abitazione, con esclusione soltanto di quelli non aventi origine da rapporti di locazione, anche di determinare puntualmente i tempi e le modalità della concessione della medesima, in correlazione con le situazioni di volta in volta emergenti, anche in deroga all'ordine di presentazione delle richieste dell'ufficiale giudiziario (comma 1). Le commissioni prefettizie di cui all'articolo 4 del decreto-legge 30 dicembre 1988, n. 551, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 1989, n. 61, forniscono pareri su criteri generali per l'impiego della forza pubblica esclusa qualsiasi decisione sui singoli casi di richiesta della medesima, che rimane esclusiva competenza dei prefetti (comma 2)».

essenziale») che potrebbe scaturire da una interpretazione che escludesse dal novero dei titoli esecutivi il verbale di conciliazione giudiziale avente ad oggetto gli obblighi di fare o non fare (**sentenza n. 336 del 2002**). In tal caso, con pronuncia interpretativa di rigetto, la Corte, prendendo in esame l'art. 612 del codice di rito civile¹⁰⁹, ha senz'altro ritenuto che quella norma «possa essere lett[a] nel senso che ess[a] consenta il procedimento di esecuzione disciplinato dalle disposizioni che l[a] seguono anche se il titolo esecutivo sia costituito dal verbale di conciliazione, in quanto le eventuali ragioni ostative devono essere valutate non *ex post*, e cioè nel procedimento di esecuzione, bensì, se esse preesistono, in sede di formazione dell'accordo conciliativo da parte del giudice che lo promuove e sotto la cui vigilanza può concludersi soltanto se la natura della causa lo consente». Ciò anche tenuto conto del fatto che almeno due norme del codice di rito civile (l'art. 185 e l'art. 474, secondo comma, n. 1)¹¹⁰ attribuivano già, in linea di principio, efficacia di titolo esecutivo al verbale di conciliazione giudiziale; con la conseguenza che «si deve ritenere che le eventuali ragioni di ineseguibilità in forma specifica dell'obbligo siano state già considerate ed escluse, ferma restando la possibilità di far valere quelle sopravvenute».

Proprio in ossequio a questa pronuncia costituzionale, la riforma del 2005 ha modificato l'art. 474, secondo comma, numero 1), cod. proc. civ., aggiungendo al novero dei titoli di formazione giudiziale («le sentenze, e i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficaci esecutiva»), anche «*gli altri atti*», categoria che, di fatto, comprende soprattutto il verbale di conciliazione giudiziale.¹¹¹

¹⁰⁹ Il quale dispone che «chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare, dopo la notificazione del precetto, deve chiedere con ricorso al giudice dell'esecuzione che siano determinate le modalità dell'esecuzione».

¹¹⁰ L'art. 185 (Tentativo di conciliazione) vigente al momento della pronuncia costituzionale disponeva: «il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione. Quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della convenzione conclusa. Il processo verbale costituisce titolo esecutivo». A seguito della riforma del 2005 è stato oggi premesso un primo comma del seguente tenore: «il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. Il giudice istruttore ha altresì facoltà di fissare la predetta udienza di comparizione personale a norma dell'articolo 117. Quando è disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. Se la procura è conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte. La mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata ai sensi del secondo comma dell'articolo 116».

L'art. 474 (Titolo esecutivo), all'epoca vigente, disponeva invece: «l'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.

Sono titoli esecutivi:

- 1) le sentenze e i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva;
- 2) le cambiali, nonché gli altri titoli di credito e gli atti ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia;
- 3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli, relativamente alle obbligazioni di somme di danaro in essi contenute».

¹¹¹ L'art. 474 vigente dispone: «L'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.

3. Del pari, con la **sentenza n. 444 del 2002**, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo «30-bis del codice di procedura civile¹¹² nella parte in cui si applicava ai processi di esecuzione forzata promossi da o contro magistrati in servizio nel distretto di corte d'appello comprendente l'ufficio giudiziario competente ai sensi dell'art. 26 del codice di procedura civile», considerando che «la norma impugnata - regolando l'esecuzione forzata promossa da o contro un magistrato in servizio nel distretto allo stesso modo di tutti gli altri procedimenti civili in cui sia comunque parte un magistrato in quella situazione - non attribuisce alcun rilievo alla specifica posizione del giudice nel processo esecutivo»; e, pertanto, «irragionevolmente svaluta in una indifferenziata disciplina uniforme i connotati tipici di quel processo, e conseguentemente *intacca in misura rilevante il peculiare contenuto che in esso assume il diritto di agire e di difendersi in giudizio, tanto del creditore che del debitore, tanto della parte magistrato che delle altre parti*».

4. Anche la **sentenza n. 522 del 2002**, richiamando il «principio secondo cui la garanzia della tutela giurisdizionale posta dall'articolo 24, primo comma, della Costituzione comprende anche la fase dell'esecuzione forzata (...)» per cui «appare evidente come la scelta compiuta dalla norma impugnata sia irragionevole e si risolva anche in lesione dell'articolo 24 della Costituzione», ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 66, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131¹¹³, nella parte in cui non prevede che la disciplina di cui al comma 1 non si applica al rilascio dell'originale o della copia della sentenza o di altro

Sono titoli esecutivi:

1) le sentenze, i provvedimenti e *gli altri atti* ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva;

2) le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia;

3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli.

L'esecuzione forzata per consegna o rilascio non può aver luogo che in virtù dei titoli esecutivi di cui ai numeri 1) e 3) del secondo comma. Il precetto deve contenere trascrizione integrale, ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, delle scritture private autenticate di cui al numero 2) del secondo comma».

¹¹² Aggiunto dall'art. 9 della legge 2 dicembre 1998, n. 420 e rubricato "Foro per le cause in cui sono parti i magistrati", il quale dispone: «le cause in cui sono comunque parti magistrati, che secondo le norme del presente capo sarebbero attribuite alla competenza di un ufficio giudiziario compreso nel distretto di corte d'appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni, sono di competenza del giudice, ugualmente competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di corte d'appello determinato ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale.

Se nel distretto determinato ai sensi del primo comma il magistrato è venuto ad esercitare le proprie funzioni successivamente alla sua chiamata in giudizio, è competente il giudice che ha sede nel capoluogo del diverso distretto di corte d'appello individuato ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale con riferimento alla nuova destinazione».

¹¹³ L'art. 66 (*Divieto di rilascio di documenti relativi ad atti non registrati*) prevede che: «1. I soggetti indicati nell'art. 10, lettere *b*) e *c*), possono rilasciare originali, copie ed estratti degli atti soggetti a registrazione in termine fisso da loro formati o autenticati solo dopo che gli stessi sono stati registrati, indicando gli estremi della registrazione, compreso l'ammontare dell'imposta, con apposita attestazione da loro sottoscritta.

2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica:

a) agli originali, copie ed estratti di sentenze ed altri provvedimenti giurisdizionali, o di atti formati dagli ufficiali giudiziari e dagli uscieri, che siano rilasciati per la prosecuzione del giudizio;

b) agli atti richiesti d'ufficio ai fini di un procedimento giurisdizionale, salvo il disposto del comma 7 dell'art. 65;

c) alle copie degli atti destinate alla trascrizione o iscrizione nei registri immobiliari;

d) alle copie degli atti occorrenti per l'approvazione od omologazione;

e) alle copie di atti che il pubblico ufficiale è tenuto per legge a depositare presso pubblici uffici.

3. Nei casi di cui al comma 2 deve essere apposta sull'originale, sulla copia o sull'estratto rilasciati prima della registrazione l'indicazione dell'uso».

provvedimento giurisdizionale, che debba essere utilizzato per procedere all'esecuzione forzata. Osserva infatti la Corte che l'inadempimento dell'obbligazione tributaria, non precludendo lo svolgimento del processo di cognizione fino all'emanazione della sentenza o di altro provvedimento esecutivo - con l'obbligo, soltanto, per il cancelliere, di comunicare all'ufficio del registro l'esistenza degli atti non registrati - non può, infatti, in modo irragionevolmente diverso nei due tipi di processo e anche in violazione dell'art. 24 della Costituzione, impedire che alla sentenza o al provvedimento esecutivo sia data attuazione mediante l'esercizio della tutela giurisdizionale in via esecutiva.

Nella stessa logica si muove infine la **sentenza n. 333 del 2001** che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge 9 dicembre 1998, n. 431¹¹⁴, il quale poneva quale condizione per la messa in esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato, adibito ad uso abitativo, la dimostrazione, da parte del locatore, della regolarità della propria posizione fiscale quanto al pagamento dell'imposta di registro sul contratto di locazione, dell'ICI e dell'imposta sui redditi relativa ai canoni.

La Corte, osservando che tale onere, imposto al locatore a pena di improcedibilità dell'azione esecutiva, ha fini esclusivamente fiscali e risulta privo di qualsivoglia connessione con il processo esecutivo e con gli interessi che lo stesso è diretto a realizzare, ha ritenuto che esso si traducesse in una preclusione o in un ostacolo all'esperimento della tutela giurisdizionale, segnatamente in via esecutiva, in violazione dell'art. 24 della Costituzione.

5. Da ultimo, i principi appena esaminati sono stati richiamati nella **sentenza n. 335 del 2004** la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 287 del codice di procedura civile¹¹⁵ nella parte in cui escludeva che le sentenze contro le quali sia stato proposto appello potessero essere corrette (cioè emendate dagli eventuali errori materiali) dallo stesso giudice che le ha pronunciate.

In tal caso, infatti, la Corte, riconoscendo che la norma costituiva l'unica eccezione alla «regola per cui il procedimento di correzione è insensibile alla proposizione dell'impugnazione ed è di competenza del giudice che ha emesso il provvedimento affetto da errore (*lato sensu*) ostativo» e preso atto della introduzione – ad opera della legge n. 353 del 1990 – del principio (opposto a quello fino ad allora vigente) per cui «la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti», col contestuale superamento delle ragioni di economia processuale che sorreggevano quella eccezione, ha rilevato la manifesta irragionevolezza del complesso normativo cui danno luogo la «eccezionalità della disciplina del procedimento di correzione nei suoi rapporti con la previa pendenza del procedimento d'appello, e l'eccezionale regime della sentenza di primo grado».

¹¹⁴ Dispone questa norma, rubricata “*Condizione per la messa in esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile*” che «condizione per la messa in esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato è la dimostrazione che il contratto di locazione è stato registrato, che l'immobile è stato denunciato ai fini dell'applicazione dell'ICI e che il reddito derivante dall'immobile medesimo è stato dichiarato ai fini dell'applicazione delle imposte sui redditi. Ai fini della predetta dimostrazione, nel precetto di cui all'articolo 480 del codice di procedura civile devono essere indicati gli estremi di registrazione del contratto di locazione, gli estremi dell'ultima denuncia dell'unità immobiliare alla quale il contratto si riferisce ai fini dell'applicazione dell'ICI, gli estremi dell'ultima dichiarazione dei redditi nella quale il reddito derivante dal contratto è stato dichiarato nonché gli estremi delle ricevute di versamento dell'ICI relative all'anno precedente a quello di competenza».

¹¹⁵ Il quale disponeva che «le sentenze *contro le quali non sia stato proposto appello* e le ordinanze non revocabili possono essere corrette, su ricorso di parte, dallo stesso giudice che le ha pronunciate, qualora egli sia incorso in omissioni o in errori materiali o di calcolo».

«Tale irragionevolezza – soggiunge la Corte – si risolve altresì in una ingiustificabile compressione del diritto di agire esecutivamente della parte vittoriosa, e pertanto - costituendo l'azione esecutiva strumento essenziale dell'effettività della tutela giurisdizionale - in una violazione dell'art. 24 Cost.».

II. 2. Il diritto di azione e il principio della domanda.

1. Proprio attraverso il complesso di queste pronunce la Corte, con una sostanziale uniformità del percorso giurisprudenziale, non solo riconosce all'esecuzione piena natura processuale, ma ne identifica nitidamente il principale elemento di contrassegno nell'esercizio di una vera e propria azione di tipo giurisdizionale.

In linea con la migliore dottrina,¹¹⁶ la giurisprudenza costituzionale colloca peraltro il nucleo costituzionale della tutela non nel rispetto formale del diritto di difesa (perseguito attraverso l'attribuzione astratta degli strumenti processuali connessi al diritto di azione), ma piuttosto nel grado di effettività che al diritto di azione è di fatto riconosciuto. Questo sembra essere il punto discriminante nella citata **sentenza n. 335 del 2004** (la tutela esecutiva intesa come *strumento essenziale di effettività* della tutela giurisdizionale), nella **sentenza 336 del 2002**, laddove si identifica il contenuto «non sacrificabile» del diritto di difesa con gli «strumenti per ottenere in concreto “il bene della vita” conteso», e nella richiamata **sentenza n. 444 del 2002**.

Si tratta, in definitiva, di una concezione che, in modo autorevole ed attraverso una visione unitaria della giurisdizione, respinge per l'esecuzione forzata il ruolo di strumento di completamento esterno della tutela assicurata attraverso la cognizione, per riassorbirla invece, in modo pieno, all'interno dell'esercizio del potere giurisdizionale; e persegue tale risultato assegnandole un ruolo *essenziale* nei termini in cui essa si rivela funzionale a rendere *effettivo* il diritto di azione che può a sua volta dirsi tale solo ove conduca al concreto conseguimento dell'oggetto mediato (*id est* il bene della vita, appunto).

E che sia piena ed autonoma l'attrazione di questo procedimento in ambito giurisdizionale è confermato dal fatto che in tutte le pronunce finora esaminate il riconoscimento di un'ampia tutela del diritto di agire *in executivis* è effettuato senza distinguere tra esecuzioni fondate su titolo esecutivo giudiziale – cioè precedute da un più o meno stabile accertamento effettuato da un giudice in sede di cognizione – ed esecuzioni attivate su titolo stragiudiziale, per le quali tale accertamento è invece costituzionalmente escluso, risolvendosi la «*certezza*» del diritto incorporata in questi ultimi (art. 474, primo comma, cod. proc. civ.) nella mera determinatezza dei soggetti e dell'oggetto dell'obbligazione da soddisfare.

2. Si è inoltre visto sopra (3.1.1.) come di azione esecutiva si possa parlare in senso tecnico nella misura in cui sia possibile riconoscere autonomia alla pretesa azionata nel processo esecutivo rispetto a quella documentata nel titolo esecutivo, in uno ad una certa discrezionalità della parte nella scelta del contenuto processuale. In altre parole, solo se il tipo processuale risponde al principio giuridico della domanda, tecnicamente intesa.

Con la **sentenza n. 343 del 2006** la Corte espressamente riconosce l'autonomia della domanda esecutiva esercitata dal creditore procedente – col pignoramento di crediti nelle forme

¹¹⁶ COMOGLIO, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, 453 s.

dell'espropriazione forzata presso terzi (artt. 543 ss., cod. proc. civ.) – che colloca sullo stesso piano dell'esercizio dell'azione esecutiva effettuato mediante l'intervento dei creditori (artt. 499 e 551).

In particolare, se è vero che l'intervento dei creditori è contrassegnato dalla presenza evidente di una domanda esecutiva in senso tecnico, riconoscibile già dalla proposizione mediante ricorso, non dubita il Giudice delle leggi del fatto che non vi sia differenza qualitativa tra questa domanda e quella che determina l'avvio del processo espropriativo. Tant'è che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1-bis, del decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669¹¹⁷ - sollevata in riferimento agli artt. 3, comma primo, 24, commi primo e secondo, e 97, comma primo, della Costituzione, nella parte in cui non prevede che anche l'intervento, ai sensi dell'art. 551 cod. proc. civ., del creditore di enti ed istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatoria organizzati su base territoriale sia proposto, a pena d'improcedibilità rilevabile d'ufficio, esclusivamente nei processi esecutivi per espropriazione di crediti *ex art. 543 cod. proc. civ. pendenti innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del tribunale nel cui circondario ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento posto a fondamento dell'intervento* – la Corte ritiene «evidente che, se per *“pignoramento di crediti di cui all'art. 543 del codice di procedura civile”* si intende non l'atto introduttivo della procedura esecutiva, ma l'espropriazione dei crediti, i verbi *“promuovere”* e *“instaurare”* - a prescindere dalla loro pretesa valenza "tecnica" - possono ben intendersi come riferiti *a qualsiasi azione esecutiva esperita dai creditori, anche a mezzo di intervento*». Per cui, la norma è da intendere nel senso che

¹¹⁷ La norma (rubricata *«Esecuzione forzata nei confronti di pubbliche amministrazioni»*), nel testo risultante dalla conversione operata dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30 e quindi dalle modifiche recate dall'art. 44, comma 3, lettera b), del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, dispone:

«1. Le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici non economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica di atto di precetto.

1-bis. Gli atti introduttivi del giudizio di cognizione, gli atti di precetto nonché gli atti di pignoramento e sequestro devono essere notificati a pena di nullità presso la struttura territoriale dell'Ente pubblico nella cui circoscrizione risiedono i soggetti privati interessati e contenere i dati anagrafici dell'interessato, il codice fiscale ed il domicilio. Il pignoramento di crediti di cui all'articolo 543 del codice di procedura civile promosso nei confronti di Enti ed Istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatorie organizzati su base territoriale deve essere instaurato, a pena di improcedibilità rilevabile d'ufficio, esclusivamente innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento in forza del quale la procedura esecutiva è promossa. Il pignoramento perde efficacia quando dal suo compimento è trascorso un anno senza che sia stata disposta l'assegnazione. L'ordinanza che dispone ai sensi dell'articolo 553 del codice di procedura civile l'assegnazione dei crediti in pagamento perde efficacia se il creditore procedente, entro il termine di un anno dalla data in cui è stata emessa, non provvede all'esazione delle somme assegnate.

2. Nell'ambito delle amministrazioni dello Stato, nei casi previsti dal comma 1, il dirigente responsabile della spesa, in assenza di disponibilità finanziarie nel pertinente capitolo, dispone il pagamento mediante emissione di uno speciale ordine di pagamento rivolto all'istituto tesoriere, da regolare in conto sospeso. La reintegrazione dei capitoli avviene a carico del fondo previsto dall'articolo 7 della legge 5 agosto 1978, n. 468, in deroga alle prescrizioni dell'ultimo comma. Con decreto del Ministro del tesoro sono determinate le modalità di emissione nonché le caratteristiche dello speciale ordine di pagamento previsto dal presente comma.

3. L'impignorabilità dei fondi di cui all'articolo 1 del decreto-legge 25 maggio 1994, n. 313, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 luglio 1994, n. 460, è estesa, con decorrenza dall'esercizio finanziario 1993, anche alle somme destinate ai progetti finanziati con il fondo nazionale di intervento per la lotta alla droga, istituito con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, alle somme destinate alle spese di missione del Dipartimento della protezione civile, nonché a quelle destinate agli organi istituiti dagli articoli 3, 4 e 6 della legge 24 ottobre 1977, n. 801.

4. Nell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 25 maggio 1994, n. 313, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 luglio 1994, n. 460, dopo le parole: «Polizia di Stato» sono inserite le parole «della Polizia penitenziaria».

«il creditore, il quale intenda sottoporre ad espropriazione forzata crediti di enti ed istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatorie organizzati su base territoriale, deve agire esecutivamente, a pena di improcedibilità, anche in qualità di interveniente, innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento in forza del quale agisce».

3. Quanto poi al limite di compressione del diritto di agire (immediatamente) *in executivis*, la **ordinanza n. 101 del 2006** ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dell'art. 205, primo comma, del regio decreto 11 novembre 1933, n. 1775, nella parte in cui non prevede l'automatica efficacia esecutiva delle sentenze rese in prime cure dal Tribunale regionale delle acque pubbliche, ma subordina la stessa alla istanza della parte vittoriosa ed alla previa valutazione del giudice adito.

Infatti, se è vero che, in generale, la Corte aveva «già avuto occasione di escludere l'esistenza di un principio costituzionalmente rilevante di necessaria uniformità di regole procedurali tra diversi tipi di giudizio, ben potendo i rispettivi ordinamenti processuali differenziarsi sulla base di una scelta razionale del legislatore, derivante dal tipo di configurazione del processo e dalle situazioni sostanziali dedotte in giudizio (cfr. sentenza n. 251 del 1989 e sentenza n. 82 del 1996)», ha segnatamente considerato che «il processo in materia di acque pubbliche, pur con il rinvio meramente “residuale” alle norme del codice di procedura civile per tutto ciò che non sia espressamente regolato nel testo unico del 1933, presenta innegabili aspetti di specialità per più profili anche relativi all'esecuzione, che viene, ad esempio, espressamente esclusa in via provvisoria per le sentenze dei tribunali di prima istanza se emesse nei confronti dell'amministrazione dello Stato»; e che, pertanto, tenuto conto che il processo in esame «caratterizzato dall'intreccio di interessi di varia natura, pubblici e privati, non consente di operare integrazioni, attingendo alle corrispondenti norme del codice di rito, al di fuori dei casi in cui il rinvio a queste ultime sia espressamente disposto (come è avvenuto con l'art. 208 del citato t.u.), dal momento che ogni ulteriore intervento sistematico resta riservato alla discrezionalità del legislatore, da esercitarsi nei limiti della ragionevolezza», la norma in questione non solo non risulta di per sé violativa dell'art. 3 Cost. – non potendosi trarre dalla Carta costituzionale alcun argomento per ritenere l'esecutorietà provvisoria delle sentenze di primo grado alla stregua di un principio generale diretto a garantire l'uniformità tra tutte le procedure variamente previste e disciplinate dal legislatore – ma *neppure risulta in contrasto con l'art. 24 Cost.*, «dal momento che la previsione della esecutività della sentenza di primo grado emessa dai tribunali regionali delle acque pubbliche, ancorché condizionata alla richiesta di parte ed alla espressa disposizione del giudice, non è certamente tale da comportare alcuna apprezzabile compressione del diritto di difesa dell'interessato».

3.1. La Corte ha inoltre ritenuto che non costituisce una limitazione del diritto di agire in giudizio la previsione (tuttora) contenuta nell'art. 624, primo comma, cod. proc. civ. della possibilità per il giudice investito dell'opposizione all'esecuzione di imporre una cauzione per disporre la sospensione del processo esecutivo.

In particolare, già con la **sentenza n. 40 del 1962** la Corte ha rilevato che «le differenze che intercorrono tra *la cautio pro expensis*¹¹⁸ e questa del primo comma, ultima parte, dell'art. 624, sono sostanziali ai fini dell'esame della conformità col precetto contenuto nell'art. 24 della Costituzione.

¹¹⁸ Regolata dall'art. 98 cod. proc. civ. dichiarato costituzionalmente illegittimo con la **sentenza n. 67 del 1960** in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.

Si tratta, infatti, di una cauzione collegata con la esecuzione e in un momento in cui questa è già iniziata; di una cauzione che presenta un accentuato carattere pubblicistico, diretta com'è a tutelare l'efficacia della funzione giurisdizionale o, com'è stato detto, l'*imperium iudicis*; e soprattutto di una cauzione che, qualora non sia prestata dall'opponente, non ha come sua conseguenza l'estinzione del processo, ma soltanto quella di far cessare la sospensione dell'esecuzione, di togliere, cioè, efficacia, mediante la revoca, a un altro provvedimento cautelare, quello della sospensione col quale la cauzione imposta all'opponente si pone nello strettissimo rapporto di una cautela di fronte a un'altra cautela o, come si dice, di controcautela. Il giudizio di opposizione che, secondo la prevalente dottrina, è da qualificare come un giudizio di cognizione ordinaria, autonomo formalmente rispetto alla procedura esecutiva in corso, continua comunque il suo *iter*, mentre all'opponente resta in ultima istanza il rimedio della sospensione necessaria *ope iudicis*, totale o parziale, prevista dall'art. 512 del Cod. proc. civile».

Discende dunque da questa premessa che non v'è limitazione alcuna per il diritto del cittadino di azionare giudizialmente il proprio diritto nella sede esecutiva.

3.2. Infine, con numerose pronunce (**sentenza n. 200 del 1996, ordinanze nn. 247 del 1996, 151 del 1998, 546 del 2000, 134 del 2001**)¹¹⁹, la Corte ha nuovamente fatto applicazione del bilanciamento dei contrapposti interessi dedotti in giudizio per escludere che l'art. 649 cod. proc. civ. – nella parte in cui non prevede che il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo possa revocare *ex tunc* (oltre che sospendere *ex nunc*) la clausola di provvisoria esecutività del decreto

¹¹⁹ Con argomentazioni fondate prevalentemente sul raffronto con l'ordinanza-ingiunzione emanabile durante il processo civile di cognizione ordinaria, la Corte, a partire dalla **sentenza n. 65 del 1996**, ha più volte dichiarato non fondata anche la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dell'art. 648 c.p.c. nella parte in cui prevede la non impugnabilità, e conseguentemente la non revocabilità e la non modificabilità, dell'ordinanza che concede la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, a differenza di quanto previsto dall'art. 186-ter c.p.c. per l'ingiunzione di pagamento o di consegna». Infatti, «la lamentata illegittimità costituzionale di una disciplina differenziata per i due provvedimenti riposa su un'asserita, ma insussistente, loro omogeneità»; inoltre «l'ordinanza che concede la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto non può essere assimilata all'ingiunzione di pagamento o di consegna, richiamata come 'tertium comparationis', attese le rilevanti differenze di natura e funzione in quanto l'analogia dei presupposti di concessione della provvisoria esecuzione non comporta necessariamente la previsione di un identico regime di stabilità per le due ordinanze in esame, diversi essendo i contesti processuali in cui esse s'inseriscono: l'ordinanza ex art. 648 c.p.c. e' infatti emessa, sempre nel contraddittorio effettivo tra le parti, in presenza di un titolo già formatosi nel procedimento monitorio all'esito di una valutazione prognostica pienamente discrezionale circa la presumibile fondatezza delle ragioni dell'opponente, e l'eventualità della concessione della provvisoria esecuzione e' posta proprio a presidio della potenziale definitività del decreto concesso 'ante causam'; il nuovo istituto introdotto con l'art. 186-ter c.p.c., che ha funzione tipicamente anticipatoria e può essere emesso anche in contumacia del debitore, appaga invece esigenze deflative del processo, inserendosi nella logica di potenziamento del giudizio di primo grado. La possibilità per il giudice, nel protrarsi dell'istruttoria ed a seguito di una diversa valutazione degli elementi raccolti, di revocare la provvisoria esecuzione di un titolo che all'istruttoria geneticamente appartiene - vale a dire la precarietà della clausola - e' una mera conseguenza della precarietà del titolo stesso».

ingiuntivo concessa *inaudita altera parte* ai sensi dell'art. 642 cod. proc. civ – determini una lesione dell'art. 24 Cost., sotto il profilo della inidonea tutela difensiva accordata al debitore esecutato il quale, nonostante l'intervenuta sospensione dell'esecutività del titolo, non può rimuovere con efficacia retroattiva il vincolo apposto sui suoi beni, versando così in una situazione deteriore rispetto al debitore assoggettato a misura cautelare, il quale può, invece, ottenerne la revoca.

In questo caso, il fondamento argomentativo della Corte è incentrato sul fatto della «intrinseca ragionevolezza di tali norme e della coerenza della denunciata irrevocabilità *ex tunc* della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo con il sistema di bilanciamento dei contrapposti interessi dedotti in giudizio (ordinanza n. 151 del 1998), stante l'esigenza di conservare durante il tempo necessario alla definizione del giudizio di merito gli atti esecutivi eventualmente compiuti prima del provvedimento di sospensione dell'esecutività del titolo (nel senso, questa, di attitudine ad iniziare o proseguire il processo esecutivo), proprio al fine di non pregiudicare, nel rispetto di una bene intesa "parità delle armi" tra le parti, le possibilità di realizzazione di un credito già ritenuto meritevole della speciale tutela di cui all'art. 642 od all'art. 648 cod. proc. civ. (sentenze nn. 65 e 200 del 1996; ordinanza n. 247 del 1996)» (così l'**ordinanza n. 546 del 2000**).

II. 3. La giurisdizione condizionata.

L'immediata conseguenza del fatto che anche nel processo esecutivo sia riconoscibile l'esercizio di un diritto di azione in senso tecnico, riconducibile alla previsione garantista dell'art. 24 Cost., è che esso non tollera, in linea di principio, il condizionamento all'esercizio recato da attività amministrativa o da adempimenti di tipo fiscale.

In questo senso è chiaramente orientata la **sentenza n. 321 del 1998** la quale, come visto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 24, primo comma, Cost., di una norma che, in materia di esecuzione per rilascio di immobili, attribuiva al prefetto il potere di intervenire nella singola procedura esecutiva, condizionandone addirittura il compimento, mediante la puntuale «determinazione dei tempi e delle modalità di concessione della forza pubblica in correlazione alle situazioni di volta in volta emergenti ed in deroga all'ordine di presentazione delle richieste».

Alla stessa logica risponde – ancorché sia parametrata agli artt. 101, secondo comma, e 108 Cost. – la **sentenza n. 457 del 2005** la quale ha pronunciato la parziale illegittimità costituzionale della norma che, disciplinando il procedimento per la concessione, in favore delle vittime di attività estorsive ed usuarie, del beneficio della sospensione dei termini dei processi esecutivi per la durata di trecento giorni, attribuiva al Prefetto, e cioè ad un organo del potere esecutivo, il potere di emanare in ordine alla concessione del beneficio un parere vincolante per il giudice dell'esecuzione, così esautorando l'autorità giudiziaria dal potere di decidere sulle istanze di sospensione dei processi esecutivi.¹²⁰

¹²⁰ Si tratta dell'art. 20, comma 7, della legge 23 febbraio 1999, n. 44 (Disposizioni concernenti il Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura) il quale disponeva che «la sospensione dei termini di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 ha effetto a seguito del parere favorevole del prefetto competente per territorio, sentito il presidente del tribunale», laddove la sentenza n. 457 del 2005 ha limitato la pronuncia di incostituzionalità alla parola «favorevole».

Percepisce chiaramente, al di là dei parametri utilizzati, la portata della previsione in esame in termini di deroga al principio generale della effettività della tutela giurisdizionale, previsto dall'art. 24 Cost., nel cui ambito rientra anche la fase dell'esecuzione forzata, FRANCAVILLA, *L'art. 20 l. n.*

Osserva, infatti, efficacemente sul punto la Corte che la violazione dei principi costituzionali dell'indipendenza ed autonomia della funzione giurisdizionale risulta palese «considerato che il prefetto viene ad essere investito, dalla norma impugnata, del potere di decidere in ordine alle istanze di sospensione dei processi esecutivi promossi nei confronti delle vittime dell'usura; potere che, proprio perché incidente sul processo e, quindi, giurisdizionale, non può che spettare in via esclusiva all'autorità giudiziaria».

E' palese il riconoscimento dell'incidenza che il potere di sospensione in questione, ancorché limitato nel tempo, ha su un processo che è piena espressione dell'esercizio dell'attività giurisdizionale e che, come tale, richiede il governo del giudice.

In senso analogo risultano motivate le richiamate **sentenze n. 333 del 2001 e n. 522 del 2002** con riguardo alla incidenza, sull'esercizio dell'azione esecutiva, degli adempimenti fiscali. La prima richiamando «la tendenza, presente in tutta la legislazione vigente, diretta ad eliminare, come recita l'art. 7, numero 7, della legge 9 ottobre 1971, n. 825 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per la riforma tributaria), "ogni impedimento fiscale al diritto dei cittadini di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi"» nonché «come espressive di tale tendenza - dai commentatori ritenuta ispirata al principio di cui all'art. 24 della Costituzione - le disposizioni relative tanto alla normativa di bollo che a quella di registro che hanno abrogato tutte le precedenti norme preclusive alla produzione in giudizio di atti e documenti fiscalmente irregolari» e «la disciplina dettata dal vigente testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni là dove non estende a giudici ed arbitri il divieto di compiere atti relativi a trasferimenti per causa di morte, in difetto di prova dell'avvenuta dichiarazione della successione, ma pone soltanto l'obbligo di comunicare all'ufficio del registro competente le notizie, relative a trasferimenti per causa di morte, apprese in base agli atti del processo».

La seconda statuendo che il rispetto del principio di cui all'art. 24 Cost., con riferimento all'esercizio dell'azione esecutiva ed in comparazione con quella di cognizione, esclude «che la valutazione di bilanciamento fra l'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale e quello alla riscossione dei tributi sia effettuata, per i due tipi di processo, in modo irragionevolmente diverso», nel senso che «l'inadempimento dell'obbligazione tributaria - che pure non ha precluso lo svolgimento del processo di cognizione fino all'emanazione della sentenza (o di altro provvedimento esecutivo) ed ha determinato solo la comunicazione da parte del cancelliere all'ufficio del registro degli atti non registrati - impedisce poi che alla sentenza (o al provvedimento esecutivo) sia data attuazione mediante l'esercizio della tutela giurisdizionale in via esecutiva».

II. 4. L'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione esecutiva italiana.

Rilevanti, inoltre, per comprendere appieno la posizione della Corte costituzionale in ordine alle possibili limitazioni del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale in materia esecutiva, sono le **sentenze n. 135 del 1963 e n. 329 del 1992** che, in tempi diversi, hanno scrutinato l'articolo unico del decreto-legge 30 agosto 1925, n. 1621, convertito dalla legge 15 luglio 1926, n. 1263 riguardante gli "Atti esecutivi sopra beni di Stati esteri nel Regno", esaminando, in particolare, la legittimità della previsione che subordina l'esercizio dell'azione esecutiva (e cautelare) su beni appartenenti ad uno Stato estero, il quale ammette la reciprocità, ad

44/1999 e la sospensione dei termini dei processi esecutivi nei confronti delle vittime di attività estorsive ed usuarie: il parere prefettizio non può vincolare la decisione del giudice dell'esecuzione, nota a Corte cost. n. 457 del 2005, in Riv. esec. forzata, 2006, 386.

una autorizzazione ministeriale recata con decreto non impugnabile per via giudiziaria o amministrativa.¹²¹

La prima di queste pronunce individua un principio di rango generale secondo il quale *«l'art. 24 della Costituzione (...) non ha una portata tale da precludere al legislatore la possibilità di subordinare nella fase del procedimento esecutivo (...) a determinati controlli e condizioni l'esperimento del diritto del privato, quando ciò debba farsi a salvaguardia di altri interessi di preminente valore pubblico»*. Ciò posto, e considerato che la norma in esame riguarda unicamente le procedure gravanti su beni di Stati esteri che non sono destinati a funzioni attinenti all'esercizio della sovranità, la Corte fa salva la previsione dei primi tre commi osservando che «i temperamenti cui nel sistema di essa legge impugnata viene sottoposto l'esercizio del diritto privato, sono intesi ad armonizzare l'interesse particolare del singolo con quello della collettività, e che la Corte ha già riconosciuto, sia pure in relazione ad altri precetti della Costituzione, che il condizionamento o la restrizione dell'esercizio di un interesse, privato o pubblico, rispetto ad altro interesse pubblico di carattere preminente, non viola la Costituzione, come nella recente sentenza n. 88 del 1963 nella quale ha ritenuto che la legge possa disporre limiti alla pignorabilità di certi beni per ragioni di interesse generale». Tale bilanciamento, insieme alla previsione di vari temperamenti, conducono infatti a ritenere che «la legge impugnata adunque non svuota di contenuto il diritto del singolo, ma soltanto ne condiziona l'esercizio ad un'autorizzazione giustificata da superiori esigenze di interesse pubblico».¹²²

Di diverso avviso la seconda delle pronunce richiamate (**sentenza n. 329 del 1992**) la quale contiene una importante premessa in ordine alle ragioni storiche che avevano differenziato, in punto di ampiezza, la tutela giurisdizionale di cognizione da quella esecutiva. Osserva infatti la Corte che «l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione cautelare ed esecutiva dello Stato del foro non è un semplice prolungamento dell'immunità dalla giurisdizione di cognizione. In anni non lontani, al carattere relativo dell'immunità dalla cognizione si opponeva, nella più diffusa convinzione giuridica degli Stati, il carattere (almeno tendenzialmente) assoluto dell'immunità dall'esecuzione. Nell'ultimo trentennio si è determinata progressivamente un'inversione di tendenza, soprattutto nei paesi di cultura europea, per cui non è più oggi riconoscibile una norma internazionale non scritta di divieto assoluto di misure coercitive su beni appartenenti a Stati stranieri.

¹²¹ Dispone testualmente la norma in esame: «non si può procedere al sequestro o pignoramento ed in genere, ad atti esecutivi su beni mobili od immobili, navi, crediti, titoli, valori, e ogni altra cosa spettante ad uno Stato estero, senza l'autorizzazione del Ministro per la giustizia.

Le procedure in corso non possono essere proseguite senza la detta autorizzazione.

Le disposizioni suddette si applicano soltanto a quegli Stati, che ammettono la reciprocità, la quale deve essere dichiarata con decreto del Ministro.

Contro il detto decreto e contro quello che rifiuti l'autorizzazione non è ammesso ricorso né in via giudiziaria, né in via amministrativa».

¹²² Cade invece sotto la scure della illegittimità costituzionale la previsione, dettata dal quarto comma dell'articolo in esame, della inimpugnabilità del decreto di autorizzazione ministeriale, in quanto «una tale esclusione da qualsiasi forma di ricorso viola la norma del richiamato art. 113 [Cost.], secondo la quale è sempre ammessa contro gli atti della pubblica Amministrazione la tutela dinanzi ai competenti organi giurisdizionali». Specifica infatti la sentenza che «infondato, in riguardo al primo decreto, quello di accertamento della reciprocità, è l'assunto che "non si tratta di una constatazione meramente obbiettiva di una situazione di fatto e di diritto, ma di una valutazione altamente tecnica e permeata di interferenze di rilevante importanza politica". Il fatto invero che tale esame possa in determinati casi riuscire delicato e financo difficile, non esclude che si tratta sempre di un accertamento di dati di fatto e giuridici che non può essere sottratto al sindacato giurisdizionale»; mentre «in riguardo poi al secondo decreto, quello col quale il Ministro concede o nega l'autorizzazione in questione, è da osservare che la funzione e la portata di esso sopra indicate sono sufficienti a non farne escludere la tutela giurisdizionale prevista dall'art. 113 della Costituzione».

L'argomento più frequente con cui viene giustificata la restrizione dell'immunità anche in questa materia è di logica pratica, e nella recente giurisprudenza della nostra Corte di cassazione si trova così formulato: "Se non opera l'immunità dalla giurisdizione di cognizione per le attività *iure privatorum*, non deve egualmente operare l'immunità in ordine all'esecuzione forzata della sentenza che ha riconosciuto la pretesa del privato, qualora lo Stato straniero rifiuti di adempierne. Diversamente la sentenza verrebbe a perdere la sua forza, la sua stessa essenza, e inoltre si rivelerebbe pressoché inutile consentire nei confronti degli Stati esteri la giurisdizione di cognizione pure nelle limitate ipotesi in cui è ammessa attualmente" (Sez. un., n. 2502 del 1989). L'argomento si adatta anche alle misure cautelari, che hanno la funzione di conservare la garanzia patrimoniale del credito: il rilievo della loro maggiore attitudine, rispetto a quelle di esecuzione, a turbare i rapporti tra gli Stati, suggerisce una rigorosa cautela nel concederle, ma non vale ad escluderle in linea di principio».

Considera ulteriormente la Corte che «l'immunità dall'esecuzione conserva però un ambito normativo più ampio di quello in cui opera l'immunità dalla giurisdizione: per negarla non basta un titolo esecutivo efficace nel territorio dello Stato del foro, oppure, se è chiesta una misura cautelare, la soggezione del rapporto controverso alla cognizione delle corti di questo o di altro Stato, ma occorre altresì che i beni investiti dalla domanda di sequestro o dal procedimento esecutivo non siano destinati all'adempimento di funzioni pubbliche (*iure imperii*) dello Stato estero».

Nel merito della questione, la Corte giunge tuttavia a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle prese nella sentenza n. 135 del 1963, non senza considerare, in via di premessa, come il contesto di diritto internazionale che aveva giustificato quella pronuncia sia radicalmente mutato nel senso della larga affermazione del principio della immunità ristretta e della riduzione della probabilità di una reazione diffusa da parte degli Stati i cui beni in Italia fossero fatti oggetto di misure coercitive.

Chiarisce infatti la Corte che il potere del Ministro di accertare se i beni dello Stato estero su cui è chiesta l'autorizzazione a compiere atti conservativi o esecutivi, appartengano a questa categoria o siano invece inerenti alla sfera degli atti *iure imperii*, «appare non compatibile con l'art. 24 Cost., considerato in relazione ai principi (coordinati) di eguaglianza e di ragionevolezza. *Il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale esige che l'esistenza delle condizioni dell'azione, e in particolare di una condizione da cui dipende la giurisdizione del giudice naturale, non possa essere accertata se non dallo stesso giudice con le garanzie del procedimento giudiziario. Né si può dire che a giustificare il nuovo potere-dovere di accertamento di cui, in virtù della giurisprudenza appena citata, si trova investito il Ministro di grazia e giustizia (sebbene di fatto non lo abbia mai esercitato) concorra una ragione analoga a quella, sopra riferita, con cui nella citata relazione senatoriale era giustificata l'attribuzione al Ministro del potere di accertare la condizione di reciprocità».*

Pertanto, osserva la Corte che «in ordine ai beni di Stati esteri non destinati a funzioni pubbliche, il requisito dell'autorizzazione ministeriale, collegato con l'accertamento della condizione di reciprocità, incide sulla giurisdizione italiana assoggettandola a un limite che diventa attuale in conseguenza dell'esercizio, in senso negativo, del potere discrezionale attribuito al Ministro della giustizia. Corrispondentemente il rifiuto dell'autorizzazione si ripercuote sul piano dei rapporti sostanziali *svuotando il diritto di obbligazione fatto valere dal privato dell'elemento della responsabilità patrimoniale del debitore, che ne è una componente essenziale* (art. 2740 cod.civ.) e *funge da tramite dell'assoggettamento all'esecuzione forzata».*

In definitiva, emerge chiaro – dall'esame della sentenza n. 329 del 1992 – il principio per cui se «non si nega che nei rapporti con gli Stati stranieri il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale possa subire un limite ulteriore rispetto a quelli imposti dall'art. 10 Cost.», tuttavia

«il limite deve essere giustificato da un interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente su un principio, quale quello dell'art. 24 Cost., annoverato tra i "principi supremi" dell'ordinamento costituzionale (cfr. sent. n. 18 del 1982); inoltre la norma che stabilisce il limite deve garantire una rigorosa valutazione di tale interesse alla stregua delle esigenze del caso concreto».

Proprio facendo applicazione di questo principio ed avendo verificato che la norma in questione non soddisfa le condizioni da esso imposte, ne viene dichiarata la illegittimità costituzionale nella parte in cui subordina all'autorizzazione del Ministro di Grazia e Giustizia il compimento di atti conservativi o esecutivi su beni appartenenti a uno Stato estero diversi da quelli che, secondo le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, non sono assoggettabili a misure coercitive.

L'importanza di queste pronunce si coglie, innanzitutto, nel riconoscimento che entrambe fanno della piena operatività nel processo esecutivo della tutela assicurata al diritto di azione dall'art. 24 Cost. e, quindi, della sua derogabilità solo nella comparazione con altri principi potenzialmente prevalenti su di esso. Nella seconda, inoltre, si coglie nettamente l'idea per cui la responsabilità patrimoniale generica, che presiede all'esercizio della funzione giurisdizionale esecutiva (e che con essa si specifica su singoli beni), non può essere completamente dissociata dal rapporto obbligatorio di cui si chiede l'esecuzione, se non a pena di «svuotare» quest'ultimo della sua peculiare ed intrinseca attitudine a conseguire, attraverso lo strumento processuale esecutivo, il bene della vita perseguito. In una parola la Corte nitidamente coglie, nel suo aspetto operativo, la connaturalità che esiste tra rapporto obbligatorio e sua eseguibilità, e ne fornisce un chiaro esempio laddove, nella sentenza n. 329 del 1992, prospetta come strumento alternativo per la conservazione dell'interesse dello Stato italiano ad evitare che misure coercitive su beni appartenenti a Stati esteri possano provocare reazioni pregiudizievoli all'interesse nazionale, la «possibilità che lo Stato italiano intervenga nella procedura esecutiva offrendo al creditore il pagamento del terzo ai sensi dell'art. 1180 cod.civ., oppure nella procedura cautelare offrendo al ricorrente, in cambio dell'abbandono della domanda di sequestro, garanzia di pagamento del debito che sarà accertato a carico dello Stato estero mediante un ordinario processo di cognizione», così individuando soltanto un rimedio «interno» al modulo processuale in questione.

II. 5. La previsione di limiti alla pignorabilità.

1. La legittimità delle previsioni che comprimono il diritto di azione in via esecutiva è stata esaminata dalla Corte anche dal punto di vista prospettico della impignorabilità, come forma genetica di sottrazione di un bene alla tutela esecutiva, nonché dalla prospettiva della non assoggettabilità del medesimo bene, legittimamente pignorato, a vendita forzata.

Ancorché il numero di pronunce sul punto sia piuttosto contenuto,¹²³ sotto il primo profilo, ponendo a base implicita del proprio *dictum* il riconoscimento della piena operatività dell'art. 24 Cost. nel processo esecutivo, la già richiamata (*sub par. 2*) **sentenza n. 135 del 1963**, decidendo

¹²³ Infatti se è vero che la Corte ha affrontato nel tempo, con innumerevoli sentenze, molte questioni soprattutto relative alla pignorabilità di emolumenti e, segnatamente delle retribuzioni e delle pensioni (pubbliche e private), quasi tutte sono state sollevate con riferimento al parametro dell'art. 3 Cost. (disparità di trattamento tra stipendi e pensioni, tra settore pubblico e settore privato) ovvero a quelli dell'art. 36 Cost. (diritto da una retribuzione sufficiente) e dell'art. 38 Cost. (diritto ad un trattamento pensionistico adeguato).

proprio con riferimento a quel parametro (e richiamando la **sent. n. 88 del 1963**, benché resa «in relazione ad altri precetti della Costituzione»: artt. 3 e 28 Cost.) ha significativamente chiarito «che il condizionamento o la restrizione dell'esercizio di un interesse, privato o pubblico, rispetto ad altro interesse pubblico di carattere preminente, non viola la Costituzione, come nella recente sentenza n. 88 del 1963 nella quale ha ritenuto che la legge possa disporre limiti alla pignorabilità di certi beni per ragioni di interesse generale».

Una applicazione del principio sopra richiamato è stata fatta dalla Corte con la **sentenza n. 49 del 1976**, la quale, decidendo sulla allegata «disparità di trattamento che, in ordine alla pignorabilità delle retribuzioni, le norme impugnate creano,¹²⁴ tra pubblici e privati dipendenti e, dall'altro tra i titolari di diritti di credito (...) nei confronti dei pubblici dipendenti e titolari di analoghi diritti di credito verso privati dipendenti», ha statuito che «le due situazioni non sono infatti identiche poiché, come si è già osservato, nel secondo caso [*pubblici dipendenti* ndr] ricorre - a differenza che nel primo - un interesse pubblico a garantire il buon andamento di taluni uffici o

¹²⁴ Si tratta dell'art. 1 (Insequestrabilità, impignorabilità e incedibilità di stipendi, salari, pensioni ed altri emolumenti) del d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180, il cui testo vigente è il seguente: «Non possono essere sequestrati, pignorati o ceduti, salve le eccezioni stabilite nei seguenti articoli ed in altre disposizioni di legge, gli stipendi, i salari, le paghe, le mercedi, gli assegni, le gratificazioni, le pensioni, le indennità, i sussidi ed i compensi di qualsiasi specie che lo Stato, le province, i comuni, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza e qualsiasi altro ente od istituto pubblico sottoposto a tutela, od anche a sola vigilanza dell'amministrazione pubblica (comprese le aziende autonome per i servizi pubblici municipalizzati) e le imprese concessionarie di un servizio pubblico di comunicazioni o di trasporto nonché le aziende private corrispondono ai loro impiegati, salariati e pensionati ed a qualunque altra persona, per effetto ed in conseguenza dell'opera prestata nei servizi da essi dipendenti.

Nel personale dipendente dallo Stato si comprende anche il personale dipendente dal Segretario generale della Presidenza della Repubblica e delle Camere del Parlamento.

I pensionati pubblici e privati possono contrarre con banche e intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, prestati da estinguersi con cessione di quote della pensione fino al quinto della stessa, valutato al netto delle ritenute fiscali e per periodi non superiori a dieci anni.

Possono essere cedute ai sensi del precedente comma le pensioni o le indennità che tengono luogo di pensione corrisposte dallo Stato o dai singoli enti, gli assegni equivalenti a carico di speciali casse di previdenza, le pensioni e gli assegni di invalidità e vecchiaia corrisposti dall'Istituto nazionale della previdenza sociale, gli assegni vitalizi e i capitali a carico di istituti e fondi in dipendenza del rapporto di lavoro.

I prestiti devono avere la garanzia dell'assicurazione sulla vita che ne assicuri il recupero del residuo credito in caso di decesso del mutuatario.

Le cessioni degli stipendi, salari, pensioni ed altri emolumenti di cui al presente testo unico hanno effetto dal momento della loro notifica nei confronti dei debitori ceduti, ad esclusione delle pensioni erogate dalle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. Tale comunicazione può essere effettuata attraverso qualsiasi forma, purché recante data certa. Nel caso delle pensioni e degli altri trattamenti previsti nel quarto comma è fatto salvo l'importo corrispondente al trattamento minimo».

E dell'art. 545 (Crediti impignorabili) cod. proc. civ., il cui testo vigente è: «Non possono essere pignorati i crediti alimentari, tranne che per cause di alimenti, e sempre con l'autorizzazione del presidente del tribunale o di un giudice da lui delegato e per la parte dal medesimo determinata mediante decreto.

Non possono essere pignorati crediti aventi per soggetti sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, oppure sussidi dovuti per maternità, malattie o funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza o da istituti di beneficenza.

Le somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego comprese quelle dovute a causa di licenziamento, possono essere pignorate per crediti alimentari nella misura autorizzata dal presidente del tribunale o da un giudice da lui delegato.

Tali somme possono essere pignorate nella misura di un quinto per i tributi dovuti allo Stato, alle province e ai comuni, ed in eguale misura per ogni altro credito.

Il pignoramento per il simultaneo concorso delle cause indicate precedentemente non può estendersi oltre alla metà dell'ammontare delle somme predette.

Restano in ogni caso ferme le altre limitazioni contenute in speciali disposizioni di legge».

servizi. E tanto basta ad escludere, secondo i principi costantemente enunciati da questa Corte, che le norme impugnate concretino una violazione del principio di uguaglianza, in sé considerato e nella specificazione che di esso è fatta nell'art. 24, comma primo, della Costituzione».

Analogo principio è stato richiamato, sempre in materia di pignorabilità di emolumenti (in particolare di pensioni) privati e pubblici, dall'**ordinanza n. 305 del 1998** la quale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 545 e 615, secondo comma, cod. proc. civ., sollevata con riferimento agli artt. 2, 3, secondo comma, e 24 della Costituzione, in quanto «non viene tenuta in adeguata considerazione la giurisprudenza costituzionale in tema di regime valevole per la pignorabilità delle pensioni (specialmente la sentenza n. 231 del 1989), regime che è da ritenersi espressione della facoltà del legislatore - non preclusa dall'art. 24 della Costituzione - di subordinare, in alcuni casi, l'esercizio del diritto di credito del privato alla tutela di interessi generali (cfr. la sentenza n. 55 del 1991)». Orientamento poi tenuto fermo anche dall'**ordinanza n. 315 del 1999** la quale, decidendo in ordine alla mancata previsione della pignorabilità e sequestrabilità fino alla concorrenza di un quinto, in via generale, delle pensioni dei pubblici dipendenti, ha ribadito che, «nonostante la successiva giurisprudenza di questa Corte abbia modificato le norme nel senso di consentire il pignoramento per qualsiasi credito, nei limiti di un quinto, degli stipendi, dell'indennità di buonuscita e dell'indennità integrativa speciale, va confermato l'orientamento di escludere che gli attuali limiti alla pignorabilità delle pensioni siano in contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione (v. sentenze n. 55 del 1991 e n. 231 del 1989, ribadite dalle ordinanze n. 221 del 1995 e n. 447 del 1994)».¹²⁵

¹²⁵ E' peraltro opportuno chiarire che, recentemente, la Corte (**sent. n. 506 del 2002**), ritornando sulla questione e con una diversa parametrizzazione costituzionale, ha dichiarato «costituzionalmente illegittimo l'art. 128 del regio decreto-legge 4 ottobre 1935, n. 1827, convertito, con modificazioni, nella legge 6 aprile 1936, n. 1155, nella parte in cui esclude la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare di pensioni, assegni ed indennità erogati dall'INPS, anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte della pensione, assegno o indennità necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte. Infatti il pubblico interesse - in cui si traduce il criterio di solidarietà sociale - a che il pensionato goda di un trattamento «adeguato alle esigenze di vita» può, ed anzi deve, comportare anche una compressione del diritto di terzi di soddisfare le proprie ragioni creditorie sul bene-pensione; ma tale compressione non può essere totale ed indiscriminata, bensì deve rispondere a criteri di ragionevolezza che valgano, da un lato, ad assicurare in ogni caso (e, quindi, anche con sacrificio delle ragioni di terzi) al pensionato mezzi adeguati alle sue esigenze di vita e, dall'altro lato, a non imporre ai terzi, oltre un ragionevole limite, un sacrificio dei loro crediti, negando alla intera pensione la qualità di bene sul quale possano soddisfarsi»; nonché, in via consequenziale, «ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 - gli artt. 1 e 2, primo comma, del d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180, nella parte in cui escludono la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare di pensioni, indennità che ne tengono luogo ed altri assegni di quiescenza erogati ai dipendenti dai soggetti individuati dall'art. 1 dello stesso d.P.R., anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte delle pensioni, indennità o altri assegni di quiescenza necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte». Tali principi sono stati poi estesi anche alle pensioni erogate dalla Cassa nazionale del notariato (**sent. n. 444 del 2005**) e dall'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani (I.N.P.G.I.) (**sent. n. 256 del 2006**).

2. La Corte ha inoltre da tempo ricostruito in linea generale la posizione della pubblica amministrazione, a fronte dell'esercizio dell'azione esecutiva, in termini di identità con quella dei comuni debitori.

In particolare, con la **sentenza n. 138 del 1981** il Giudice delle leggi ha chiarito che «l'ammissibilità in via generale della condanna della P.A. al pagamento di somme di danaro comporta come conseguenza imprescindibile l'ammissibilità dell'esecuzione per espropriazione non essendo, in linea di principio, la posizione della P.A. diversa da quella di ogni altro debitore anche ai sensi della disposizione di carattere generale di cui al secondo comma dell'art. 2740 c.c., che impone al debitore di rispondere dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni, e non vietando gli artt. 826, ultimo comma, 828, ultimo comma e 830, ultimo comma, la espropriazione forzata del danaro e dei crediti iscritti nei bilanci delle P.A. Peraltro i limiti di pignorabilità dei beni patrimoniali dello Stato e degli enti pubblici territoriali e non, vanno individuati in relazione alla natura o alla destinazione degli specifici beni, dei quali di volta in volta si chieda l'espropriazione; di talché la non assoggettabilità all'esecuzione forzata delle somme di danaro o dei crediti pecuniari delle P.A. può discendere soltanto dal fatto che essi concorrano a formare il patrimonio indisponibile, in quanto vincolati ad un pubblico servizio o nascenti dall'esercizio di una potestà pubblica. Ne consegue che la mera iscrizione nel bilancio preventivo delle P.A. di somme di danaro o di crediti pecuniari traenti origine da rapporti di diritto privato non li trasforma di per sé in beni patrimoniali indisponibili, con la conseguente loro non assoggettabilità ad esecuzione forzata da parte dei creditori, in quanto la natura fungibile e strumentale delle somme di danaro non vale a determinarne la indisponibilità, a meno che esse non siano destinate immediatamente, nella loro individualità, ad un fine pubblico».

2.1. La Corte, con la **sentenza n. 350 del 1998**, ha inoltre dichiarato non fondata, con riferimento agli artt. 3, 24, 25, 28 e 113 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, d.l. 25 maggio 1994, n. 313 (Disciplina dei pignoramenti sulle contabilità speciali delle prefetture, delle direzioni di amministrazione delle Forze armate e della Guardia di finanza), conv., con modificazioni, nella legge 22 luglio 1994, n. 460 - il quale non ammette atti di sequestro o di pignoramento sui fondi delle contabilità speciali delle prefetture presso le sezioni di tesoreria dello Stato - in quanto la disciplina stabilita per i pignoramenti sulle contabilità speciali non configura una procedura tale da determinare l'impignorabilità dei fondi assegnati alle prefetture, ma tende invece ad adeguare la procedura di esecuzione forzata alle particolari modalità di gestione contabile

Inoltre, con la **sentenza n. 468 del 2002** la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 128 del regio decreto-legge 4 ottobre 1935, n. 1827, convertito, con modificazioni, nella legge 6 aprile 1936, n. 1155, nella parte in cui non consente - entro i limiti stabiliti dall'art. 2, comma primo, numero 3, del d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180 - la pignorabilità per crediti tributari di pensioni, indennità che ne tengano luogo ed assegni corrisposti dall'INPS, fino alla concorrenza di un quinto, valutato al netto di ritenute. Ha ritenuto la Corte che, così come per i crediti alimentari, non sussiste, infatti, ragione alcuna - riguardo a tributi dovuti allo Stato, alle province e ai comuni, e facenti carico, fin dalla loro origine, al pensionato - perché i titolari di pensioni INPS godano, in punto di pignorabilità o di sequestrabilità, di un trattamento di favore - restando assorbito ogni ulteriore rilievo relativamente all'invocato art. 53 della Costituzione - rispetto ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni e, conseguentemente, ai professionisti che percepiscono assegni dalle rispettive Casse di previdenza.

dei fondi stessi ed alla impignorabilità di quella parte di essi che risulti già destinata a servizi qualificati dalla legge come essenziali.

In particolare, la sentenza ha posto l'accento sul fatto che, in tal caso, non v'è un «azzeramento» del diritto di procedere *in executivis*, con la definitiva sottrazione del bene della p.a. alla garanzia patrimoniale generica, in quanto «questa disciplina, uniformandosi a quanto già previsto in altri casi nei quali opera il sistema delle contabilità speciali (art. 1-bis, comma 4-bis, aggiunto dall'art. 11 del decreto-legge 18 gennaio 1993, n. 8 alla legge 29 ottobre 1984, n. 720), esclude il pignoramento presso il tesoriere dei fondi gestiti con questa particolare procedura e prevede, invece, il pignoramento presso il funzionario direttamente responsabile della gestione contabile dei fondi ed in grado di conoscerne l'ammontare e la disponibilità, come pure di verificare se e quali vincoli di destinazione siano imposti e per quali somme vi siano cause di impignorabilità. In questo contesto è giustificato disporre che gli atti di pignoramento delle somme affluite nelle contabilità speciali siano notificati al direttore di ragioneria responsabile, il quale, senza esercitare alcun potere discrezionale, è tenuto a vincolare l'ammontare pignorato assumendone la correlativa responsabilità, con atti non sottratti a verifica o accertamento giurisdizionale».

Inoltre, proprio con riguardo alla limitazione dell'esperibilità dell'azione esecutiva (nella forma dell'espropriazione presso terzi) solo presso alcuni terzi determinati, con l'**ordinanza n. 83 del 2003** la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 159 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sollevata in riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione, che non ammette procedure di esecuzione e di espropriazione forzata nei confronti degli enti locali presso soggetti diversi dai rispettivi tesorieri, in quanto «la norma censurata, limitandosi a fissare una semplice modalità della azione esecutiva, evidentemente funzionale alla esigenza di imprimere - secondo quanto previsto dai commi 2 e 3 della stessa norma - una specifica destinazione alle risorse finanziarie dell'ente locale a tutela dell'interesse pubblico, non risulta di per sé lesiva né del diritto di agire in giudizio né del principio di eguaglianza garantito dall'art. 3 della Costituzione».

II. 6. Ulteriori (apparenti) limitazioni del diritto di difesa.

1. E' chiaro invece che è solo apparente la menomazione del diritto di difesa del creditore (nel suo particolare aspetto, connesso al principio del contraddittorio, della «garanzia della conoscenza della domanda») nel caso in cui sia egli stesso a dare coscientemente causa alla situazione lesiva, venendo meno ad un preciso onere stabilito dalla legge.

Così la Corte, esaminando nell'**ordinanza n. 62 del 1985** l'art. 480, terzo comma, cod. proc. civ. - il quale, in tema di disciplina dell'atto di precetto, dispone che questo «deve inoltre contenere la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio della parte istante nel comune in cui ha sede il giudice competente per l'esecuzione. In mancanza le opposizioni al precetto si propongono davanti al giudice del luogo in cui è stato notificato, e le notificazioni alla parte istante si fanno presso la cancelleria del giudice stesso» - ha escluso, dichiarando non fondata la relativa questione, che la norma contrasta con l'art. 24 Cost. nella parte in cui non viene data comunicazione dal cancelliere al creditore precettante, che non ha effettuato l'elezione di domicilio, dell'avvenuta proposizione delle opposizioni sollevate dal debitore esecutato con atto notificato presso la cancelleria.

Infatti, in tal caso «la ricordata forma di notificazione, da un lato, consegue al mancato adempimento dell'onere imposto al creditore dalla norma impugnata e quindi è a lui imputabile; e, dall'altro, non impedisce né rende particolarmente gravoso il diritto di difesa, in quanto il creditore

stesso, non ignorando la propria omissione e quindi la relativa conseguenza di legge, ben può con l'ordinaria diligenza informarsi presso il cancelliere e, nel caso di proposta opposizione, ritirare l'atto e provvedere così alla sua difesa».

1.1. Analogo percorso motivazionale è stato compiuto con riguardo alla possibilità concessa, in materia di credito agrario, all'istituto mutuante, dall'art. 20, commi quarto e quinto, del r.d. 16 luglio 1905, n. 646¹²⁶, in deroga alle norme dell'art. 602 cod. proc. civ., di promuovere l'espropriazione forzata del fondo ipotecato nei soli confronti del debitore che ha beneficiato del mutuo, senza darne avviso anche ai successori ed aventi causa del debitore, a meno che questi, a loro volta, non abbiano in precedenza notificato all'istituto il loro subentro nel possesso dell'immobile (**sentenza n. 249 del 1984 e ordinanza n. 184 del 1991**).

Infatti, la Corte ha ritenuto che *la tutela costituzionale apprestata dall'art. 24 Cost. non è incompatibile con l'imposizione di oneri e condizioni purché collegati a situazione di agevole rilevazione* (l'esistenza di un'ipoteca) *e di facile adempimento* (la notificazione del subentro successore a titolo universale o particolare nelle titolarità del bene ipotecato). Ne' giova elencare gli inconvenienti che deriverebbero all'attuale proprietario del bene ipotecato dalla mancata partecipazione al processo esecutivo, dipendendo tali inconvenienti dalla inosservanza di un non pesante dovere (sentenza n. 249 del 1984). La eventuale mancata partecipazione al processo esecutivo dei terzi acquirenti dipende infatti dall'inosservanza di un onere, quale la richiesta previa notifica, di facile adempimento, data la agevole rilevazione dell'esistenza dell'ipoteca (ordinanza n. 184 del 1991).

In definitiva, il successore assoggettato ad esecuzione forzata trova sufficienti garanzie nel sistema della legge che, da un lato, predispone un particolare meccanismo che gli consente di diventare destinatario degli atti, e che, dall'altro, è coordinato con le norme generali del processo di esecuzione, con la conseguenza che, in attuazione di queste, l'espropriato può far valere tutte le ragioni che eventualmente sussistano in suo favore (**sentenza n. 61 del 1968**).

1.1.1. Allo stesso modo la **sentenza n. 37 del 1973** ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo all'art. 11 della legge 5 luglio 1928, n. 1760 (Provvedimenti per l'ordinamento del credito agrario).

Detta norma, in quanto, ai fini dello speciale procedimento esecutivo a tutela del credito agrario, nei sensi e limiti stabiliti della stessa legge, non impone al creditore esecutante la notificazione del precetto, non prevede termini dilatori fra quest'ultimo atto e la fase di aggressione dei beni del debitore, non disciplina l'opposizione alla esecuzione e quelle agli atti esecutivi, la possibilità della sospensione dell'esecuzione né le modalità per procedere alla vendita dei beni pignorati, a detta della sentenza n. 37 non è in contrasto con l'art. 24 Cost..

Infatti, considera la Corte che «all'esecuzione l'istituto non è autorizzato a procedere in via di autotutela, ma che è richiesto l'intervento del giudice, tenuto ad assumere informazioni, per quanto sommarie, prima di disporla. Nulla vieta che nel corso di esse il debitore sia messo in grado di aver notizia dei propositi dell'istituto e di opporre le proprie ragioni anche in contraddittorio con esso. L'istituto, poi, normalmente agisce in base a cambiale, titolo esecutivo con le caratteristiche già enunciate, e, per quanto riguarda il privilegio convenzionale, non può non richiamarsi alle scritture di cui è stata rilevata la particolare disciplina.

¹²⁶ Il testo unico delle leggi sul credito fondiario non è più vigente in quanto abrogato dall'art. 161, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385

Trattandosi inoltre di cose fungibili, spesso deperibili e, di regola, facilmente asportabili, non ha importanza decisiva la circostanza che la vendita venga contemporaneamente disposta dal giudice. La norma, d'altro canto, trova rispondenza nell'art. 482 c.p.c.».

Ancora «basta ricordare essere comunemente ammessa nella giurisprudenza della Corte di cassazione la possibilità di opposizioni ex artt. 615 e 617 c.p.c., quando il debitore contesti il diritto del creditore all'esecuzione o la regolarità formale del titolo esecutivo e dei singoli atti del procedimento: contestazione ammissibile anche a vendita avvenuta fino alla chiusura del procedimento esecutivo. Ciò a parte la possibilità che l'istituto procedente incorra in responsabilità aggravata, ove si verificino le circostanze di cui all'art. 96 del codice di procedura civile».

Infine, «la mancata previsione della sospensione dell'esecuzione non vale ad escludere, nel procedimento in esame, l'applicabilità degli artt. 623 e segg. del codice di procedura civile» e poi, «una volta chiarito, come sopra ricordato, che il decreto, col quale il pretore autorizza la vendita dei beni oggetto di privilegio, ha finalità analoghe a quelle del provvedimento di cui all'art. 530 c.p.c., il fatto che la pronuncia di esso non sia preceduta dall'audizione delle parti nell'udienza appositamente fissata, non incide negativamente sull'interesse del debitore a che con la vendita forzata sia realizzato il maggior utile possibile, onde lo stesso debitore possa trarne vantaggio mediante estinzione totale del suo debito e l'attribuzione di un eventuale residuo. D'altro canto, come già accennato, l'esecuzione speciale riguarda beni che, da un lato, hanno generalmente un prezzo di mercato insuscettibile di determinazioni speculative pregiudizievoli per il debitore, e dall'altro esigono, anche nell'interesse del debitore esecutato, che si proceda alla loro alienazione nel più breve tempo possibile, perché non deperiscano o comunque non importino oneri di conservazione o di custodia».

2. Un'ulteriore ipotizzata limitazione del diritto di difesa, con la creazione di un irragionevole ostacolo all'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore è stato inoltre esaminato dalla Corte con riguardo alla previsione dell'art. 538 cod. proc. civ., nella formulazione precedente la riforma del 2006¹²⁷, censurata assumendo che il creditore procedente non potrebbe chiedere l'assegnazione del compendio pignorato (si tratta di espropriazione mobiliare) dopo l'esito negativo del secondo incanto.

Con l'**ordinanza n. 161 del 2003** la Corte ha ritenuto che, in realtà, la disposizione fosse interpretabile nel senso che «l'indizione di un secondo incanto non impedisce né le successive domande di assegnazione, né l'indizione di un terzo incanto, sulla base dell'esigenza che la procedura di esecuzione abbia comunque una sua conclusione di fronte all'assenza di offerte»; come a dire che il processo esecutivo non può, di norma, esaurirsi se non con il raggiungimento dello scopo liquidativo cui è destinato e che, correlativamente, solo in quel momento si esaurisce il potere di azione del creditore procedente.

3. Infine, la Corte ha più volte escluso (v. in particolare, la **ordinanza n. 455 del 2000**) che sussista «una lesione del diritto di agire in giudizio, né una violazione della garanzia riconosciuta alla proprietà privata» in conseguenza dell'applicazione della «disciplina speciale della riscossione coattiva delle imposte non pagate, mediante l'espropriazione forzata alla quale provvede lo stesso

¹²⁷ Il quale disponeva che «quanto una cosa messa all'incanto [*mobiliare*] resta invenduta, il cancelliere ne dà notizia alle parti. Se delle cose invendute nessuno dei creditori chiede l'assegnazione per il prezzo fissato a norma dell'art. 535 secondo comma, il giudice dell'esecuzione ordina un nuovo incanto, nel quale è ammessa qualsiasi offerta».

esattore», la quale «risponde all'esigenza di pronta realizzazione del credito fiscale, attuata con una procedura improntata a criteri di semplicità e di speditezza, i quali possono comportare non solo presunzioni in ordine all'appartenenza dei beni e preclusioni nelle opposizioni, ma anche limiti probatori (da ultimo **sentenze n. 351 del 1998, n. 415 del 1996, n. 444 del 1995 e n. 358 del 1994**)».

Infatti, soggiunge l'ordinanza n. 455 del 2000¹²⁸, che «la disciplina dell'ammissibilità e del regime delle prove è rimessa, nei limiti della ragionevolezza, alla discrezionalità del legislatore (sentenza n. 351 del 1998), ed una regolamentazione di tali limiti per provare la proprietà di beni pignorati nella casa del contribuente moroso diversa da quella prevista per la comune esecuzione forzata può essere giustificata, in relazione alle specifiche finalità del procedimento di esecuzione esattoriale ed alla posizione dei soggetti coinvolti, dall'esigenza di escludere la possibilità di fraudolente elusioni stabilendo la sostanziale inopponibilità al fisco di atti di alienazione, successivi all'obbligazione tributaria, di beni che permangono nella casa del debitore o in altri luoghi a lui appartenenti».

II. 7. La presenza di un giudice terzo ed imparziale.

La Corte costituzionale, già sulla scorta dei principi espressi dagli artt. 3 e 24 della Costituzione - e, dunque, ben prima della novellazione dell'art. 111 Cost. ad opera della legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 - ha riconosciuto l'esistenza nel sistema processuale italiano del principio del «giusto processo» che rappresenta, tra le altre, l'esigenza di imparzialità del giudice (cfr., *ex multis*, **sentenza n. 155 del 1996**), specificando peraltro (**sentenza n. 387 del 1999**), che «il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo, in relazione specifica al quale, peraltro, può e deve trovare attuazione (**sentenze n. 51 del 1998; n. 326 del 1997**), pur tuttavia con le peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento, dovendosi ancora una volta ribadire la netta distinzione fra processo civile e processo penale: per la diversa posizione e i differenti poteri di impulso delle parti. Di modo che - ferma l'esigenza generale di assicurare che sempre il giudice rimanga, ed anche appaia, del tutto estraneo agli interessi oggetto del processo - le soluzioni per garantire un giusto processo non devono seguire linee direttive necessariamente identiche per i due tipi di processo».¹²⁹

E tale conclusione è stata raggiunta considerando che, mentre «le situazioni pregiudicanti descritte dall'art. 34 cod. proc. pen. sono "tipicamente individuate dal legislatore in base alla presunzione che siano di per sé incompatibili con l'esercizio di ulteriori funzioni giurisdizionali nel medesimo procedimento, a prescindere dalle modalità con cui la funzione è stata svolta, ovvero dal

¹²⁸ La quale ha preso in esame, dichiarandola manifestamente infondata, la questione di costituzionalità dello «art. 16 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito) - il cui contenuto normativo è stato sostanzialmente trasfuso nell'art. 63 dello stesso d.P.R. a seguito della sostituzione dell'intero titolo II (Riscossione coattiva), in forza dell'art. 16 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46 - [*il quale*] stabilendo che l'ufficiale della riscossione deve astenersi dal pignoramento o desistere dal procedimento quando la proprietà del terzo è dimostrata mediante esibizione di atto pubblico o scrittura privata autenticata di data anteriore all'anno cui si riferisce il tributo iscritto a ruolo, non riguarderebbe solo gli atti che compie l'ufficiale esattoriale, ma, secondo l'interpretazione accolta dai giudici rimettenti, prevede un limite alla prova destinato ad operare anche nel giudizio di opposizione promosso dal terzo».

¹²⁹ Si vedano anche, nello stesso senso, le **sentenze nn. 363 del 1998 e 78 del 2002**.

concreto contenuto dell'atto preso in considerazione" (sentenza n. 351 del 1997; v. anche le sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1997), (...) la medesima soluzione non è stata adottata dal legislatore per il processo civile, per il quale vige un peculiare sistema procedurale caratterizzato da una diversa posizione delle parti, che si possono avvalere di particolari poteri di difesa, di modo che appare non arbitraria la diversa scelta di garantire la imparzialità-terzietà del giudice nel processo civile solo attraverso gli istituti dell'astensione e ricasazione»

Poste tali premesse la Corte ha dichiarato non «fondata, perché formulata in base a non condivisibile presupposto interpretativo, la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 24 Cost., dell'art. 51, comma primo, numero 4, e comma secondo, cod. proc. civ., nella parte in cui non prevede la incompatibilità tra le funzioni del giudice pronunciato con decreto *ex art. 28*, primo comma (repressione di condotta antisindacale)¹³⁰ dello statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300) e quelle del giudice dell'opposizione a tale decreto, di cui all'art. 28, terzo comma, della stessa legge. Il rapporto tra le due fasi del giudizio, sotto il profilo della imparzialità-terzietà del giudice, non può infatti ritenersi mutato, in seguito all'attribuzione, con l'art. 3 della legge 8 novembre 1977, n. 847, della competenza a decidere sull'opposizione - già spettante, in base al testo originario della norma, al tribunale - allo stesso organo monocratico (pretore) che ha pronunciato il decreto, essendo rimaste identiche le norme relative ai poteri del giudice nelle diverse fasi, ai presupposti delle pronunce, nonché agli effetti e alle altre regole dello speciale procedimento, e pertanto è da ritenersi che, anche nell'attuale contesto normativo, il giudice che ha emesso il contestato decreto, se chiamato a pronunciarsi anche sull'opposizione, avrebbe, a norma dell'impugnato art. 51, comma primo, numero 4, cod. proc. civ., l'obbligo di astenersi. Né in contrario può aver rilievo il riferimento dell'obbligo di astensione, nella lettera della disposizione del codice, al "giudice che abbia conosciuto della causa come magistrato in altro grado del processo", giacché tale previsione va intesa nella sua inscindibile relazione con i principi che si ricavano dalla Costituzione riguardo al giusto processo, come espressione necessaria del diritto ad una tutela giurisdizionale mediante azione (art. 24) avanti ad un giudice con le garanzie proprie

¹³⁰ Dispone l'art. 28 (Repressione della condotta antisindacale) della legge n. 300 del 1970 che: «Qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convoca le parti ed assume sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti.

L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore in funzione di giudice del lavoro definisce il giudizio instaurato a norma del comma successivo.

Contro il decreto che decide sul ricorso è ammessa, entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto alle parti opposizione davanti al pretore in funzione di giudice del lavoro che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile.

Il datore di lavoro che non ottempera al decreto, di cui al primo comma, o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale.

L'autorità giudiziaria ordina la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'articolo 36 del codice penale.

[Se il comportamento di cui al primo comma è posto in essere da una amministrazione statale o da un altro ente pubblico non economico, l'azione è proposta con ricorso davanti al pretore competente per territorio].

[Qualora il comportamento antisindacale sia lesivo anche di situazioni soggettive inerenti al rapporto di impiego, le organizzazioni sindacali di cui al primo comma, ove intendano ottenere anche la rimozione dei provvedimenti lesivi delle predette situazioni, propongono il ricorso davanti al tribunale amministrativo regionale competente per territorio, che provvede in via di urgenza con le modalità di cui al primo comma. Contro il decreto che decide sul ricorso è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione del decreto alle parti, opposizione davanti allo stesso tribunale, che decide con sentenza immediatamente esecutiva] *Ultimi due commi abrogati nel 2000*».

della giurisdizione, cioè con la connaturale imparzialità, senza la quale non avrebbero significato né la soggezione dei giudici solo alla legge (art. 101), né la stessa autonomia ed indipendenza della magistratura (art. 104, primo comma) e che dunque, anche per il giudizio di opposizione in questione - ricorrendo anche in questo, pur dopo le su indicate modifiche della competenza, le condizioni della *revisio prioris instantiae* - postulano la alterità del giudice dell'impugnazione. Così come non varrebbe far richiamo ai criteri di assegnazione delle cause ai magistrati della sezione del lavoro, espressi nelle tabelle periodiche - le quali, non avendo forza di legge, non potrebbero certo derogare a principi contenuti nelle norme processuali e costituzionali, e dovrebbero perciò in ogni caso essere adeguate ad essi - o alla considerazione dei possibili rischi di lentezze e difficoltà nella gestione degli uffici giudiziari, ormai del tutto trascurabili peraltro, a seguito della più ampia possibilità di scelta tra i magistrati a cui può essere assegnata la fase del procedimento susseguente alla opposizione, ora consentita dalla istituzione del giudice unico di primo grado».

La Corte, dunque, chiarisce che «la espressione "altro grado" non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall'ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere - con una interpretazione conforme a Costituzione - anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (per la peculiarità del giudizio di opposizione di cui si discute) da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario».

Se non si dubita che il processo esecutivo debba essere interamente governato da un giudice (cfr. la **sentenza n. 457 del 2002** esaminata *sub* par. 3), dal punto di vista dinamico, i principi appena esaminati, come visto dettati in linea generale per ogni tipo di processo e precisati, nei limiti anzidetti, con riguardo al processo civile, sono stati infine ribaditi anche per il processo esecutivo (**sentenza n. 444 del 2002**) nel quale il bilanciamento fra l'interesse alla imparzialità-terzietà del giudice civile e quello alla pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, da commisurare non al processo civile in genere ma alle sue singole tipologie, deve tuttavia tener conto del fatto che quel modulo processuale «si caratterizza rispetto ad altri tipi di processo civile in quanto in esso il soggetto procedente si trova istituzionalmente in una posizione di vantaggio rispetto alla soggezione in cui versa chi è sottoposto all'azione. Si tratta infatti di un processo totalmente funzionale all'attuazione forzata del diritto consacrato nel titolo esecutivo, in cui tutti i provvedimenti del giudice dell'esecuzione (e tutti gli atti delle parti e dei soggetti operanti sotto il suo controllo) tendono alla realizzazione coattiva di quanto - vincolativamente per quel giudice - è statuito nel titolo».¹³¹

Facendo applicazione al processo esecutivo dei principi richiamati e, in special modo specificando il concetto di «altro grado di giudizio», la Corte con la **ordinanza n. 497 del 2002**, ha peraltro concluso nel senso della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 51, primo comma, n. 4, 617, secondo comma, e 618 del codice di procedura civile, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, primo comma, 25, 101, secondo comma, 104, primo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevedono l'obbligo di

¹³¹ E' questa infatti la ragione – aggiunge la sentenza n. 444 dl 2002 – per cui «l'art. 26 cod. proc. civ. radica la competenza territoriale in tema di esecuzione forzata nel luogo in cui la pretesa del creditore procedente può in concreto essere attuata, ossia nel luogo ove si trova il bene (o risiede il terzo debitore) da espropriare o deve avvenire il rilascio o la consegna o essere adempiuto l'obbligo di fare o di non fare».

astensione del giudice dell'esecuzione chiamato a conoscere dell'opposizione agli atti esecutivi da lui stesso in precedenza emanati.

In tale ipotesi, infatti, la motivazione centrale della pronuncia si è appuntata sul fatto che «nel caso dell'opposizione agli atti esecutivi, regolata dagli artt. 617 e 618 cod. proc. civ., non vi è identità di *res judicanda* tra il processo esecutivo e l'eventuale causa di opposizione, né si tratta di un'impugnazione in senso proprio, dal momento che il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi, anche quando l'atto oggetto di opposizione è costituito da un provvedimento del giudice dell'esecuzione, giudica in un processo a cognizione piena, nel contraddittorio delle parti, sulle cui domande ed eccezioni deve in ogni caso pronunciarsi».

In questo modo, dunque, il carattere pienamente cognitivo (e contraddittorio) della parentesi oppositiva formale, in uno alla ritenuta natura non impugnatoria del rimedio, sono stati valutati dalla Consulta quali indici sufficienti ad individuare un'alterità dell'oggetto del giudizio in grado di rendere compatibile l'investitura del medesimo giudice persona fisica dell'opposizione ad atti esecutivi da lui stesso pronunciati quale giudice dell'esecuzione.

II. 8. Il principio del contraddittorio e la parità delle armi.

1. Proprio la pronuncia appena richiamata (**ordinanza n. 497 del 2002**), nel rilevare la differenza che intercorre, in termini di eterogeneità della *res judicanda* e di inconfigurabilità del secondo nei termini di una impugnazione in senso tecnico, tra il processo di esecuzione e quello, *ex art. 617 cod. proc. civ.*, di opposizione agli atti esecutivi, riconosce rilievo discriminante al fatto che solo in quest'ultimo è dato rinvenire un carattere pienamente contraddittorio.

L'affermazione, funzionale ad escludere l'obbligo di astensione in capo al g.e. investito dell'opposizione di forma avverso atti propri, rimanda all'idea – diffusamente esaminata nella prima parte di questo studio (v. I *sub* 3.1.2.) – per cui il processo esecutivo, che è sicuramente un processo di parti, ancorché caratterizzato da uno squilibrio tra di esse connesso al suo precipuo scopo di realizzare il diritto consacrato nel titolo esecutivo (cfr. in questo senso la già più volte richiamata **sent. n. 444 del 2002**¹³² che conforma in questo modo per il processo esecutivo il principio della «parità delle armi»¹³³), vede tuttavia l'attuazione del principio del contraddittorio in forma *parziale*

¹³² Questo, come già visto nel paragrafo precedente, «si caratterizza rispetto ad altri tipi di processo civile in quanto in esso il soggetto precedente si trova istituzionalmente in una posizione di vantaggio rispetto alla soggezione in cui versa chi è sottoposto all'azione. Si tratta infatti di un processo totalmente funzionale all'attuazione forzata del diritto consacrato nel titolo esecutivo, in cui tutti i provvedimenti del giudice dell'esecuzione (e tutti gli atti delle parti e dei soggetti operanti sotto il suo controllo) tendono alla realizzazione coattiva di quanto - vincolativamente per quel giudice - è statuito nel titolo».

¹³³ Più in generale, con la **sentenza n. 900 del 1988** la Corte ha puntualizzato, quanto al riflesso che i termini perentori hanno sulla parità delle armi, che «nel processo civile, l'immutabilità dei termini perentori, sia legali che giudiziali, (oltre a rispondere a generali ed indiscutibili motivi di certezza) tende, in particolare a garantire una effettiva parità di diritti delle parti, contemperandone l'esercizio con le esigenze della difesa. Con le quali ultime manifestamente pertanto non contrasta l'inderogabilità del termine perentorio per la notifica del ricorso (e del decreto di comparizione) in tema di opposizione agli atti esecutivi. Mentre nelle peculiari ipotesi della opposizione tardiva a decreto ingiuntivo e ad intimazione di licenza o sfratto dopo la convalida (sub artt. 650 e 668 c.p.c.) la forza maggiore è bensì presa in considerazione, ma solo sotto il diverso profilo della sua

(non può avere ad oggetto la cognizione di fatti costitutivi, modificativi o estintivi del diritto azionato) ed *attenuata* (si realizza non modo deformatizzato, in funzione del risultato pratico da conseguire) rispetto al modulo processuale della cognizione ordinaria.

2. In ordine alle specifiche modalità con cui il principio del contraddittorio si realizza nel processo esecutivo, particolarmente chiara è l'analisi compiuta dalla **sentenza n. 407 del 2000**, la quale ha dichiarato non fondata, in riferimento all'articolo 24 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 525 del codice di procedura civile, nella parte in cui non prevede che il ricorso per l'intervento nella procedura esecutiva del creditore, munito di scrittura, debba essere notificato al debitore esecutato che, pur consapevole della pendenza della procedura, sia rimasto assente all'udienza fissata per l'autorizzazione alla vendita o per l'assegnazione o a quella fissata per la dichiarazione del terzo.

In particolare, questa pronuncia ha osservato «che l'art. 525 cod. proc. civ., disciplinante le condizioni ed il tempo dell'intervento dei creditori nella procedura esecutiva, deve essere interpretato nell'ambito dell'intero sistema del processo esecutivo, nel quale si rinvengono diverse disposizioni in cui si sviluppa il contraddittorio tra le parti con garanzia per il reciproco diritto di difesa. Ed infatti, nell'ambito della disciplina dell'espropriazione forzata in generale, l'art. 485 cod. proc. civ. attribuisce al giudice il potere di convocare davanti a sé le parti del processo esecutivo (tra cui il debitore esecutato) e gli altri soggetti interessati. A quell'udienza, quindi, il debitore potrà venire a conoscenza di eventuali interventi di creditori ed esercitare la sua difesa spiegando anche opposizione. Inoltre l'art. 530 cod. proc. civ., inserito nel contesto sull'assegnazione e la vendita nell'ambito dell'espropriazione mobiliare presso il debitore, prevede un'udienza per l'audizione delle parti successiva all'istanza di vendita e assegnazione e anteriore al conseguente provvedimento. In detta udienza le parti possono fare osservazioni e proporre le opposizioni agli atti esecutivi nei limiti indicati nel secondo comma della medesima disposizione.

Da ultimo, e non meno importante, la disposizione dell'art. 512 cod. proc. civ., richiamata dalla difesa erariale, costituisce, in sede di distribuzione di quanto realizzato esecutivamente, uno specifico momento di contraddittorio: anche in quella occasione, invero, può sorgere controversia sulle rispettive posizioni, con la conseguenziale apertura di istruttoria».

In esito alla disamina delle varie norme che, in relazione al sistema degli interventi creditori, regolano il principio del contraddittorio tanto con riguardo all'assicurazione della «garanzia della conoscenza della domanda» che a quella della «possibilità di dialogo tra le parti e il giudice prima della pronuncia di ogni provvedimento», la Corte conclude dunque nel senso che «il legislatore ha quindi configurato il processo esecutivo modulando le esigenze difensive delle parti in relazione alle caratteristiche di questo rito. D'altronde anche sul debitore esecutato incombe, ovviamente, come su ogni parte processuale, l'onere della diligenza necessaria all'esercizio della propria attività difensiva».

3. Ancora, la Corte – con la **sentenza n. 480 del 2005** – ha precisato i confini del principio del contraddittorio e del diritto di difesa nel processo esecutivo, esaminando (e dichiarando non fondata nei sensi di cui in motivazione), in riferimento agli articoli 3, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 480, comma terzo, del codice di procedura civile, sollevata nella parte in cui, alla stregua del "diritto

rilevanza come causa impeditiva della conoscenza (che deve essere effettiva) dell'evento dal quale la legge fa decorrere il termine per l'esercizio delle rispettive attività difensive».

vivente", prevede che, ove il creditore nel precetto abbia eletto domicilio in un comune diverso da quello in cui vi siano beni esecutabili del debitore precettato, la notificazione dell'opposizione a precetto sia eseguita presso la cancelleria del giudice del luogo ove è stato notificato l'atto.

In questo caso la Corte indica al giudice rimettente una interpretazione della norma (per il testo della quale v. *supra*, sub 6) «rispettosa del fondamentale principio del contraddittorio e del diritto di difesa», segnatamente con riguardo al principio, che costituisce articolazione di quello del contraddittorio, della «garanzia della conoscenza della domanda».

In particolare, suggerisce il Giudice delle leggi che «il debitore precettato (...) ben può proporre la sua opposizione al giudice del luogo di notifica del precetto ogni volta che egli deduca (anche implicitamente) l'inesistenza di suoi beni (o della residenza di suoi debitori) in altro luogo, ma egli può notificare la sua opposizione presso la cancelleria di tale giudice solo quando il creditore precettante abbia del tutto omissa la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio; ove tale dichiarazione o elezione vi sia, anche se in luogo che, secondo il debitore, mai potrebbe essere quello "dell'esecuzione", la notificazione dell'opposizione deve necessariamente farsi nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto».

Soggiunge infatti la sentenza che «ciò è imposto dall'art. 24, secondo comma, Cost. (e dall'art. 111, secondo comma, Cost.), dal momento che non può consentirsi che il creditore resti all'oscuro dell'opposizione, proposta davanti ad un giudice individuato dal debitore sul presupposto - che il creditore potrebbe, e deve esser messo in grado di confutare - dell'inesistenza di beni nel luogo della sua residenza o del suo domicilio eletto. Se il creditore, indicando tale luogo, implicitamente afferma che esso è (almeno potenzialmente) il "luogo dell'esecuzione", e il debitore, adendo il giudice del luogo di notifica del precetto, implicitamente contesta quella individuazione, è evidente che il creditore deve essere messo in condizione di conoscere l'altrui implicita contestazione e di controdedurre, adducendo gli elementi fattuali in suo possesso al fine di risolvere la questione di competenza così insorta (art. 38, comma primo, cod. proc. civ.).

La notifica presso la cancelleria è misura congrua (così l'**ordinanza n. 62 del 1985**) quando il creditore non abbia adempiuto l'onere di dichiarare la residenza o di eleggere domicilio, perché a tale inadempienza è imputabile la non onerosa necessità di controllare presso la cancelleria dell'unico giudice competente se il debitore ha proposto opposizione; ma tale misura è priva di ogni razionale giustificazione quando il creditore quell'onere abbia adempiuto.

La non corretta dichiarazione di residenza o elezione di domicilio - e cioè, in luogo diverso da quello (potenzialmente) dell'esecuzione - è priva di effetto quanto alla competenza di quel giudice a conoscere dell'opposizione, ma certamente è e resta efficace ai fini della notificazione dell'opposizione e, quindi, della corretta instaurazione del contraddittorio, sia sulla competenza che sul merito».

Infine, rileva significativamente la Corte che l'esigenza di interpretazione adeguatrice così effettuata si rende viepiù necessaria a seguito del «riconoscimento in termini generali del potere cautelare al giudice dell'opposizione a precetto secondo la previsione del primo comma, secondo periodo, dell'art. 615 cod. proc. civ., come novellato dall'art. 2, comma 3, lettera e), n. 40, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35 (Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80». E evidente, infatti, che l'esigenza di conoscenza immediata della domanda di opposizione appare tanto più stringente se correlata alla nuova facoltà del giudice dell'opposizione a precetto di sospendere su istanza di parte, concorrendo gravi motivi, l'efficacia esecutiva del titolo (così il novellato primo comma dell'art. 615 cod. proc. civ.).

4. D'altra parte un esempio della individuazione del *minimum* che connota il rispetto del diritto di difesa nel processo esecutivo era stato già fornito dalla Corte con la **sentenza n. 114 del 1972** che aveva esaminato la conformità agli artt. 3 e 24 Cost. del sistema di esecuzione speciale degli autoveicoli delineato dall'art. 7 del r.d.l. 15 marzo 1927, n. 436.¹³⁴

In questo arresto la Corte aveva in primo luogo chiarito che «la sanzione, a carico del compratore, della decadenza dal beneficio del termine rateale di pagamento e' stabilita dal secondo comma dell'art. 7 R.D.L. 15 marzo 1927 n. 436 convertito nella legge 19 febbraio 1928 n. 510, concernente la disciplina della compravendita degli autoveicoli, solo in relazione alle ipotesi di alienazione dell'autoveicolo, ovvero di diminuzione delle garanzie a favore del venditore, mentre la sanzione stessa non e' operante nel caso di mancato pagamento di singole rate scadute»; ragion per cui «è (...) infondata la questione di legittimità costituzionale della citata disposizione sollevata nel presupposto della estensione della decadenza dal beneficio anche a quest'ultimo tipo di minore inadempienza per presunta violazione del principio di eguaglianza e della garanzia di difesa».

Né inoltre risulta menomato o eluso il diritto di difesa per il fatto che il decreto del pretore, emesso ai sensi dell'art. 7, comma secondo, disponendo contestualmente il sequestro e la vendita dell'autoveicolo, verrebbe ad eliminare "un apprezzabile intervallo" fra l'uno e l'altro atto; infatti, oltre a considerare che la circostanza che «l'acquirente di autoveicolo normalmente ne ha usato, che è debitore del prezzo ed è sottoposto a privilegio su di esso veicolo in virtù di atto scritto e registrato, legittima "la singolare rapidità degli atti processuali di sequestro e vendita forzata" (...) la Corte ora osserva che tra sequestro e vendita non v'è quella immediatezza supposta in ordinanza. Infatti, giusta il secondo comma dell'art. 7, il decreto del pretore dispone soltanto i preliminari dell'ancora eventuale vendita, tra cui, con suo discrezionale apprezzamento, il giorno a ciò destinato. Ma l'ordine di esecuzione del decreto di vendita rimane distanziato dal sequestro per tutto l'intervallo di tempo corrente tra l'opposizione consentita al debitore dopo la notifica del decreto, e l'udienza che fa seguito alla opposizione, lo svolgimento in essa della prova del

¹³⁴ Il quale dispone che: «Il compratore decade dal beneficio del termine se, senza il consenso del venditore o di chi, nel di lui interesse, abbia corrisposto al venditore la totalità o parte del prezzo dell'autoveicolo su cui esiste privilegio, debitamente iscritto a loro favore, alieni l'intero autoveicolo o parti di esso, ovvero, in qualunque modo, diminuisca le garanzie a favore del venditore o del sovventore del prezzo.

Se il compratore non soddisfa le sue obbligazioni, il Pretore competente per territorio, su ricorso di colui che sia garantito da privilegio, assunte, se del caso, sommarie informazioni ordina, con decreto esteso in calce al ricorso, il sequestro dell'autoveicolo presso il debitore o presso qualsiasi terzo detentore, provvede alla nomina del custode, che può essere la stessa parte istante, se lo domandi e stabilisce le modalità e il giorno della vendita, eventualmente a trattative private.

Copia del ricorso e del decreto è, a cura della parte istante, notificato al debitore, il quale, entro il termine di 10 giorni dalla notifica, può proporre opposizione dinanzi al Pretore medesimo.

Se il debitore opponente, nella prima udienza, non produca documenti da cui risulti il pagamento delle somme dovute, il pretore ordina l'esecuzione del decreto di vendita, fatti salvi i diritti del debitore in prosieguo di giudizio.

Se dal certificato relativo allo stato delle iscrizioni sul Pubblico Registro Automobilistico, che dovrà essere allegato al ricorso, risulti la esistenza di altri creditori aventi privilegio anteriore sull'autoveicolo, copia del ricorso e del decreto di vendita dovrà loro essere notificata a cura del creditore istante.

Sulle eventuali opposizioni di tali creditori, proposte nel termine sopra indicato, il Pretore delibera se l'esecuzione del decreto debba aver luogo, fatti salvi i diritti delle parti in prosieguo di giudizio, ovvero, se l'esecuzione debba rimanere sospesa sino all'esito della lite.

Nel caso di vendita di un autoveicolo gravato da privilegi a favore di più creditori, il prezzo viene ripartito fra di essi, dedotte le spese, osservato il grado del rispettivo privilegio, secondo uno stato di ripartizione che, in mancanza d'accordo fra le parti, viene fatto dal Pretore».

pagamento delle rate scadute e, solo nel caso di prova negativa, la emanazione, da parte del pretore, dell'ordine di esecuzione, ai sensi del quarto comma dell'art. 7».

Allo stesso modo non è fondata la questione «proposta dall'ordinanza in relazione al punto dell'art. 7, secondo comma, che conferisce al pretore la determinazione delle modalità della vendita», con la quale «si assume che, non essendo prescritta in proposito l'audizione del debitore per consentirgli le eventuali "osservazioni", diversamente dalla legge ordinaria (artt. 530 e 569 cod. proc. civ.), si darebbe luogo a disparità di trattamento ed a violazione dei diritti di difesa». Ed infatti, osserva la Corte che «la specialità della normativa in esame e le sue particolari finalità non comportano identificazione di situazioni non omogenee. D'altra parte, le disposizioni di attuazione (r.d. n. 1814 del 1927) puntualizzano all'art. 27 le due alternative modali della vendita (trattative private o pubblici incanti) affidate alla scelta del pretore, con provvedimento motivato "tenuto conto delle circostanze che possono assicurare il maggiore rendimento col minor costo". Mentre, poi, per la vendita a trattative private si dettano dettagliate formalità, per la vendita ai pubblici incanti, si rimanda "alle disposizioni al riguardo stabilite dal codice di procedura civile". Ciò senza contare che, in sede di giudizio d'opposizione, nulla vieta che il debitore, qualora non dia dimostrazione del suo adempimento in sanatoria, possa esporre, in subordine, le sue "osservazioni" circa le modalità della vendita».

II. 9. Diritto di difesa e ragionevole durata del processo esecutivo.

La Corte, con la **sentenza n. 379 del 2005**, esaminando l'art. 567 cod. proc. civ. (il quale, come riformato dalla legge 3 agosto 1998, n. 302, prevede l'estinzione per la mancata produzione, entro un termine determinato, nelle procedure esecutive immobiliari, della cosiddetta «documentazione ipocatastale») ha chiarito che la previsione della dichiarabilità *ex officio* della estinzione del processo documentalmente incompleto risponde al fine, costituzionalmente rilevante, «di impedire che - senza che il processo esecutivo potesse progredire verso la liquidazione del bene a causa della mancata produzione da parte del creditore della documentazione, a tal fine necessaria - il debitore restasse indefinitamente soggetto all'azione esecutiva ed esposto, con la minacciosa possibilità della vendita forzata sullo sfondo, alle pretese dei creditori».

Infatti, «attraverso l'estinzione conseguente alla mancata produzione, entro un termine perentorio (peraltro estremamente breve, come si evince anche dai successivi interventi del legislatore), della documentazione richiesta per disporre la vendita forzata, il legislatore ha voluto impedire - e la dichiarabilità *ex officio* ne costituisce indice univoco - che il processo esecutivo diventasse, in luogo che la sede deputata all'attuazione della c.d. sanzione esecutiva, l'occasione per non sempre limpidi mercanteggiamenti tra debitore e creditori, consentiti dalla previgente disciplina: a tenore della quale, come ricorda il giudice *a quo*, al creditore procedente era consentito - proposta l'istanza di vendita entro i novanta giorni di cui all'art. 497 cod. proc. civ. ma omettendo di produrre i documenti necessari per l'atto successivo del procedimento, l'autorizzazione della vendita - di mantenere indefinitamente in vita l'esecuzione, senza farla proseguire».

Non sussiste dunque una censurabilità della norma «*in riferimento all'art. 111 Cost., dal momento che (a prescindere da altri rilievi) la mancata produzione dell'estratto delle mappe censuarie e del certificato di destinazione urbanistica non determina affatto "una quiescenza sine die della procedura d'espropriazione"*».

Ciò posto, la Corte ha puntualizzato che l'antinomia esistente nell'art. 567, commi secondo e quarto, cod. proc. civ. - che, da un lato prevede la necessità, a pena di estinzione, della produzione di una documentazione comprensiva di mappe censuarie e certificato di destinazione urbanistica e,

dall'altro, della sufficienza, per evitare l'estinzione, di una certificazione notarile che non comprende né le mappe né il certificato di destinazione urbanistica - può essere ricomposta valutando se l'estinzione dichiarabile d'ufficio possa ragionevolmente essere disposta solo se dalla omessa produzione di documenti discendesse la impossibilità per la procedura esecutiva di svolgersi. Evenienza questa che va esclusa, nella fattispecie, dato che né l'estratto delle mappe censuarie, la cui funzione consiste nella individuazione della dislocazione del bene sul territorio, né il certificato di destinazione urbanistica, data la sua "intrinseca" precarietà, sono, in questo stadio della procedura esecutiva, indispensabili, con la conseguenza che non può essere estesa ad una ipotesi (quella in cui il creditore sia ricorso all'opera del notaio) quanto previsto per l'altra ipotesi di creditore che non si avvalga dell'opera del notaio, laddove anche tale ultima ipotesi può essere interpretata nel senso che va esclusa la dichiarabilità dell'estinzione per la mancata produzione dell'estratto delle mappe censuarie e del certificato di destinazione urbanistica. Non è, pertanto, stata ritenuta fondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dell'art. 567, secondo comma, nella parte in cui irragionevolmente statuisce che anche il certificato di destinazione urbanistica e le mappe censuarie sono sostituiti dal certificato notarile e, quarto comma, nella parte in cui prevede l'estinzione del processo esecutivo "qualora non sia depositata nei termini prescritti la documentazione di cui al secondo comma, ovvero il certificato notarile sostitutivo della stessa", in tal modo escludendo l'estinzione nell'ipotesi di tempestivo deposito del certificato notarile nonostante "l'omesso o ritardato deposito dell'estratto delle mappe censuarie e/o del certificato di destinazione urbanistica".

PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE CITATE

Sentenza 25 maggio 1963, n. 88 (Ambrosiani, Jaeger)
Sentenza 4 luglio 1963, n. 135 (Pres. e Red. Ambrosini)
Sentenza 20 giugno 1972, n. 114 (Chiarelli, Oggioni)
Sentenza 22 giugno 1972, n. 125 (Chiarelli, Reale)
Sentenza 9 marzo 1976, n. 49 (Oggioni, Reale)
Sentenza 25 giugno 1981, n. 138 (Amadei, Malagugini)
Ordinanza 7 marzo 1985, n. 62 (Roehrssen, Saja)
Ordinanza 13-19 gennaio 1988, n. 37 (Saja, Casavola)
Sentenza 2-15 luglio 1992, n. 329 (Corasaniti, Mengoni)
Sentenza 19-27 luglio 1994, n. 358 (Casavola, Mirabelli)
Sentenza 18-24 ottobre 1995, n. 444 (Caianiello, Mirabelli)
Sentenza 13-20 maggio 1996, n. 155 (Ferri, Zagrebelsky)
Sentenza 12-27 dicembre 1996, n. 415 (Granata, Mirabelli)
Sentenza 27 ottobre – 7 novembre 1997, n. 326 (Granata, Ruperto)
Sentenza 9-12 marzo 1998, n. 51 (Granata, Ruperto)
Ordinanza 7-18 luglio 1998, n. 305 (Vassalli, Santosuosso)
Sentenza 14-24 luglio 1998, n. 321 (Granata, Mirabelli)
Sentenza 28 settembre – 9 ottobre 1998, n. 350 (Granata, Mirabelli)
Sentenza 28 settembre – 9 ottobre 1998, n. 351 (Granata, Mirabelli)
Sentenza 28 ottobre – 6 novembre 1998, n. 363 (Vassalli, Ruperto)
Ordinanza 7-16 luglio 1999, n. 315 (Granata, Santosuosso)
Sentenza 11-15 ottobre 1999, n. 387 (Vassalli, Chieppa)
Sentenza 13-31 luglio 2000, n. 407 (Mirabelli, Santosuosso)
Ordinanza 23 ottobre – 2 novembre 2000, n. 455 (Pres. e Red. Mirabelli)
Sentenza 24 settembre – 5 ottobre 2001, n. 333 (Ruperto, Marini)
Sentenza 1-21 marzo 2002, n. 78 (Ruperto, Onida)
Sentenza 8-12 luglio 2002, n. 336 (Ruperto, Amirante)
Sentenza 24 ottobre - 12 novembre 2002, n. 444 (Ruperto, Bile)
Sentenza 4-19 novembre 2002, n. 457 (Ruperto, Mezzanotte)
Sentenza 20-22 novembre 2002, n. 468 (Ruperto, Vaccarella)
Ordinanza 20-28 novembre 2002, n. 497 (Ruperto, Contri)
Sentenza 20 novembre – 4 dicembre 2002, n. 506 (Ruperto, Vaccarella)
Sentenza 21 novembre – 6 dicembre 2002, n. 522 (Ruperto, Bile)
Ordinanza 12-27 marzo 2003, n. 83 (Chieppa, Marini)
Ordinanza 5-9 maggio 2003, n. 161 (Pres. e Red. Chieppa)
Sentenza 29 settembre – 28 ottobre 2004, n. 335 (Mezzanotte, Vaccarella)
Sentenza 22 giugno – 28 settembre 2005, n. 379 (Capotosti, Vaccarella)
Sentenza 11-12 ottobre – 30 novembre 2005, n. 444 (Marini, Vaccarella)
Sentenza 16 novembre – 14 dicembre 2005, n. 457 (Pres. e Red. Marini)
Sentenza 16 novembre – 14 dicembre 2005, n. 480 (Marini, Vaccarella)
Ordinanza 22 febbraio – 6 marzo 2006, n. 101 (Bile, Mazzella)
Sentenza 6 - 21 giugno 2006, n. 256 (Marini, Vaccarella)
Sentenza 26 settembre – 23 ottobre 2006, n. 343 (Bile, Vaccarella)