Crisanto Mandrioli - Antonio Carratta

Corso di diritto processuale civile

III - L'ESECUZIONE FORZATA, I PROCEDIMENTI SPECIALI, L'ARBITRATO, LA MEDIAZIONE E LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA

DICIOTTESIMA EDIZIONE





PREMESSA ALLA DICIOTTESIMA EDIZIONE

Oltre al consueto aggiornamento giurisprudenziale e bibliografico dell'opera, in questa nuova edizione si è provveduto a recepire alcune modifiche normative intervenute in conseguenza della legislazione emergenziale determinata dalla pandemia da Covid-19, che ha ovviamente riguardato anche il processo civile. E si è provveduto a recepire anche l'entrata in vigore, il 19 maggio 2021 e dopo diversi rinvii, della nuova disciplina sui procedimenti collettivi introdotta dalla L. 12 aprile 2021, n. 31, mediante l'inserimento degli artt. 840 bis-840 sexiesdecies nel codice di procedura civile.

Infine, si è tenuto conto del reclutamento straordinario, disposto con il D.L. 9 giugno 2021, n. 80, di nuovo personale da destinare al potenziamento delle strutture organizzative dell'«ufficio per il processo», già istituite nel 2014 presso i Tribunali e le Corti d'appello ed ora estese anche alla Corte di cassazione.

ANTONIO CARRATTA

Roma, giugno 2021

PREMESSA ALLA PRIMA EDIZIONE

Le dimensioni raggiunte dall'edizione maggiore, specialmente nel suo apparato di note, hanno suggerito la predisposizione di questa edizione abbreviata dedicata agli studenti, in particolare nelle sintesi a margine.

L'inevitabile snellimento ha però lasciato in buona parte integro il testo base dell'opera che era nata per gli studenti e che qui recupera la sua originaria funzione di guida nel primo approccio con la «procedura civile».

CRISANTO MANDRIOLI

Milano, maggio 2000

PARTE PRIMA IL PROCESSO DI ESECUZIONE FORZATA

CAPITOLO I

IL PROCESSO DI ESECUZIONE FORZATA NEI SUOI ASPETTI GENERALI

SOMMARIO: 1. Schema della disciplina del processo di esecuzione. – 2. L'attività giurisdizionale esecutiva nel quadro della tutela giurisdizionale. – 3. Il processo esecutivo: sue caratteristiche e suoi principî. – 4. I diversi tipi di esecuzione forzata e di processo esecutivo. – 5. L'azione esecutiva e il titolo esecutivo. – 6. I soggetti del processo esecutivo: gli organi, le parti, i terzi; l'efficacia soggettiva del titolo esecutivo. – 7. I presupposti del processo esecutivo: presupposti generali (competenza, capacità e legittimazione processuale) e speciali (notificazione del titolo e del precetto). – 8. I difensori nel processo esecutivo. Gli atti conclusivi del processo esecutivo. Le spese dell'esecuzione forzata.

1. Schema della disciplina del processo di esecuzione.

Il processo esecutivo – o attività giurisdizionale di esecuzione forzata – costituisce l'oggetto della disciplina contenuta nel terzo libro del codice di procedura civile. Questo libro, che è intitolato, appunto, «del processo di esecuzione», è interamente dedicato al processo esecutivo, di cui contiene l'intera disciplina (eccezion fatta soltanto per i procedimenti concorsuali e per taluni procedimenti esecutivi speciali, specialmente fiscali) e comprende anzi (come già notammo nel vol. I, § 5) anche la disciplina di alcuni procedimenti che sono strutturalmente di cognizione e che soltanto funzionalmente sono coordinati all'esecuzione forzata: le opposizioni nel processo esecutivo.

Anche la disciplina del processo di esecuzione, come quella del processo di cognizione e quella dei procedimenti speciali, è di tipo descrittivo, nel senso che consiste in una serie di norme che prescrivono (e così anche descrivono) come si svolge il processo di esecuzione, disciplinando dettagliatamente la serie degli atti nei quali si articola il processo (v. vol. I, § 8 e vol. II, § 1). Inoltre, anche questa disciplina, come quella del processo di cognizione e quella dei procedimenti speciali, va coordinata con la disciplina contenuta nel primo libro, dedicato alle disposizioni generali. Ma, a questo riguardo, va tenuto presente che se, da un lato, tali disposizioni generali sono

Il terzo libro del codice di rito disciplina e descrive gli atti nei quali si articola il processo di esecuzione forzata. Anche questa disciplina va coordinata con le disposizioni generali contenute nel primo libro. in linea di massima applicabili ad ogni tipo di attività giurisdizionale, dall'altro lato – e come già abbiamo avuto occasione di osservare (v. vol. I, § 10) – il legislatore, nel dettare le suddette disposizioni generali, si è in realtà quasi sempre riferito al processo di cognizione. Da ciò deriva che, mentre la coordinazione tra le disposizioni generali e la disciplina del processo di cognizione è già scontata ed implicita nel testo delle norme, la coordinazione tra le disposizioni generali e la disciplina del processo di esecuzione richiede una delicata opera di adattamento, nel senso che, rispetto a ciascuna delle disposizioni generali, si deve porre e risolvere il problema del «se» e del «come» esse si applicano nel processo esecutivo. Il che vale, naturalmente, anche per i principî ispiratori del sistema, a cominciare dagli orientamenti che si riconducono alla nozione costituzionale di «giusto processo».

È per l'appunto questa la ragione per la quale, a differenza di quanto abbiamo fatto nel dare inizio all'esame della disciplina del processo di cognizione (nel vol. II), dobbiamo premettere all'esame della disciplina del processo di esecuzione forzata alcune considerazioni di ordine generale. Ciò a svolgimento di rilievi, che nel vol. I (§ 5) erano stati soltanto adombrati, circa le caratteristiche funzionali e strutturali del processo di esecuzione forzata e circa le particolarità dell'azione esecutiva rispetto all'azione in generale (§ 16), nonché circa le particolarità dei presupposti del processo di esecuzione forzata.

Nel quadro di questa necessaria illustrazione delle particolarità funzionali e strutturali dell'attività giurisdizionale esecutiva, emergerà anche la contrapposizione tra l'espropriazione, da un lato, e, dall'altro lato, i due tipi di esecuzione forzata in forma specifica (esecuzione per consegna o rilascio ed esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare). Ciò che rileviamo fin da ora perché appunto a tale contrapposizione il legislatore si è riferito nel suddividere la disciplina del terzo libro del codice in sei titoli, secondo un preciso ordine logico. Più precisamente, il primo titolo è dedicato alla disciplina degli atti anteriori all'inizio del processo esecutivo vero e proprio e comuni ad ogni tipo di esecuzione forzata (titolo esecutivo e precetto); il secondo, il terzo ed il quarto titolo sono dedicati alla disciplina di ciascuno dei tre tipi di esecuzione forzata or ora accennati, con priorità per quello di applicazione di gran lunga più frequente (l'espropriazione); il quinto titolo è dedicato a quelle parentesi di cognizione alle quali abbiamo accennato sopra e che sono le opposizioni nel processo esecutivo; mentre l'ultimo titolo è dedicato alla disciplina di episodi eventuali che si possono inserire nel processo esecutivo, e del quale possono determinare l'arresto: sospensione ed estinzione del processo esecutivo.

Si deve, infine, ricordare, in questa prima visione sintetica della disciplina del processo di esecuzione, che tale disciplina – come già

Il terzo libro del codice è articolato in sei titoli. quella del processo di cognizione – si riconduce, sia sotto il profilo della funzione che sotto quello del risultato, ad un gruppo di norme fondamentali che, appunto perché concernono la tutela giurisdizionale nella sua esigenza e nel suo risultato di diritto sostanziale, sono contenute nel codice civile. Più precisamente, occorre tener presente che il quarto titolo (del libro sesto) del codice civile, intitolato «della tutela giurisdizionale dei diritti», contiene, dopo un capo primo intitolato alle disposizioni generali, un capo secondo, intitolato «della esecuzione forzata» (art. 2910 e ss.) e che riguarda questo tipo di processo sotto il profilo, appunto, della sua funzione e del suo risultato. Questo capo si ripartisce a sua volta in due sezioni, dedicate l'una all'espropriazione e l'altra all'esecuzione forzata in forma specifica.

Sullo sfondo sta la disciplina contenuta nel libro sesto del codice civile.

2. L'attività giurisdizionale esecutiva nel quadro della tutela giurisdizionale.

Quando (nel vol. I, al § 5 e al § 6) effettuammo una prima indicazione sommaria dei caratteri propri dell'attività giurisdizionale esecutiva nel più ampio quadro dell'attività giurisdizionale in generale, osservammo che - sotto il profilo della funzione - mentre la cognizione vuol conseguire la formulazione concreta della regola di diritto, ossia l'accertamento dell'esistenza del diritto, l'esecuzione forzata vuol conseguire l'attuazione pratica, materiale, di questa regola, in via coattiva o forzata, ossia attraverso l'impiego effettivo o potenziale della forza, da parte dell'ordinamento. Ed osservammo pure che – sotto il profilo della struttura – le caratteristiche idonee al conseguimento di tale funzione, pur variando in relazione ai diversi tipi dei diritti da portare ad esecuzione, convergono nel possibile impiego della forza per superare le eventuali resistenze del soggetto che subisce l'esecuzione. «Possibile» nel senso che proprio tale possibilità ne rende, il più delle volte, inutile l'impiego effettivo. «Impiego della forza» in relazione al fatto che qui non si tratta di operare nel mondo del conoscere, ma, almeno tendenzialmente, in quello materiale; non si tratta di giudicare, ma di agire. In realtà, quando l'ordinamento giuridico ha conseguito, sull'esistenza del diritto, un determinato grado di certezza, pur contando sull'adempimento spontaneo da parte del soggetto passivo di tale diritto, non può non prevedere l'ipotesi che tale adempimento spontaneo non si verifichi. Più precisamente, non può – se vuole essere ordinamento giuridico – non apprestare, per tale ipotesi, gli strumenti idonei a soddisfare il diritto al di fuori della volontà di questo soggetto, o addirittura contro di essa. Tale ipotesi - che è caratterizzata dalla divergenza tra la già accertata situazione di diritto e quella di fatto – dà luogo, infatti, in capo al titolare del diritto, ad una nuova esigenza di tutela giurisdizionale, diversa da quella già soddisfatta dal processo di cognizione (quando l'accertamento sia stato conseguito in via giudiziale: v. vol. I, § 6), o dalle altre forme di accertamento (v. vol. I, § 6 e qui, oltre, § 9), e risultata non sufficiente.

La funzione
dell'esecuzione
forzata consiste
nell'attuazione
materiale coattiva di
quel che risulta dal
titolo esecutivo.

L'attività giurisdizionale che viene incontro a questa nuova esigenza di tutela mediante soddisfazione forzata è, appunto, l'attività giurisdizionale esecutiva. La quale attività si contrappone dunque alla cognizione, nel senso che, mentre con quest'ultima si passa dall'affermazione del diritto al suo accertamento, con l'esecuzione si passa dall'accertamento all'attuazione materiale coattiva.

Anche quest'attività – come quella di cognizione – si articola in una serie coordinata di atti giuridici (processuali) configurati dalle norme e che costituiscono l'esercizio di altrettante situazioni giuridiche processuali, tra le quali fanno spicco i poteri; una serie coordinata ed alternata di atti e di situazioni che nel suo insieme concreta un processo come fenomeno giuridico (v. vol. I, § 8) e precisamente il processo di esecuzione o processo esecutivo. Il quale processo esecutivo, quando fa seguito al processo di cognizione (di condanna), si coordina con quest'ultimo sotto il profilo funzionale (nel senso che la condanna è în funzione dell'esecuzione forzata: v. vol. I, § 6) pur essendo del tutto autonomo sul piano strutturale; mentre, quando si fonda su un accertamento non giudiziale (v. vol. I, § 6 e qui, oltre, § 9), è completamente autonomo anche sul piano funzionale. In relazione con questa completa autonomia strutturale del processo esecutivo dal processo di condanna che lo ha (eventualmente) preceduto, sta il rilievo fondamentale che il processo esecutivo è introdotto da una domanda specifica ed autonoma, specificamente intesa ad ottenere la prestazione della tutela giurisdizionale esecutiva.

Il processo esecutivo è introdotto da una domanda specifica e autonoma.

3. Il processo esecutivo: sue caratteristiche e suoi principî.

La struttura del processo esecutivo può assumere i diversi caratteri a seconda dei diritti da attuare. Abbiamo già osservato poc'anzi che, sotto il profilo strutturale, il processo esecutivo si configura con una certa varietà di forme, che danno luogo a diversi tipi di processo esecutivo o di esecuzione forzata, in relazione alle diverse esigenze proprie dell'attuazione dei diversi diritti sostanziali. Questi diversi tipi di processo verranno meglio individuati nel § seguente. Tuttavia, la suddetta varietà di forme e di discipline non impedisce di mettere in rilievo talune caratteristiche strutturali comuni ad ogni tipo di processo esecutivo.

Al centro dell'attività processuale esecutiva sta l'*organo esecutivo* (l'ufficiale giudiziario).

Occorre premettere che, come vedremo più avanti (§ 6), i soggetti ai quali fa capo l'attività processuale esecutiva sono, da un lato, l'organo esecutivo, che opera nel quadro di un ufficio giudiziario e sotto il controllo di un giudice, e, dall'altro lato, i soggetti che rispettivamente chiedono o nei cui confronti si chiede la tutela giurisdizionale

esecutiva. E poiché questa tutela consiste nel dare esecuzione ad un diritto già accertato in capo ad un soggetto che, rispetto a quel diritto, è un creditore e nei confronti di un soggetto che è un debitore, queste sono appunto le rispettive qualifiche con le quali nel processo esecutivo vengono in rilievo i soggetti che nel processo di cognizione sono l'attore ed il convenuto. Certamente, il creditore, in quanto propone la domanda esecutiva ed esercita l'azione esecutiva, è in certo senso un attore. Ma non si può dire allo stesso modo che il debitore sia un convenuto; ed infatti, in quanto il debitore non ha che da subire l'esecuzione di un diritto già accertato, non c'è bisogno, almeno di regola, d'immediato contraddittorio davanti al giudice, e quindi neppure del meccanismo che, nel processo di cognizione, tende ad instaurare subito il contraddittorio. La domanda del creditore è, per lo più, rivolta direttamente all'organo esecutivo affinché questo provveda senz'altro all'esecuzione, salvi i controlli e le direttive impartite dal giudice. Da ciò deriva che, davanti al giudice, nelle sue funzioni di direzione e controllo dell'attività esecutiva, il debitore ed il creditore possono soltanto, di regola, essere «ascoltati» (art. 485), in un contraddittorio che normalmente investe soltanto le modalità dell'esecuzione.

La domanda all'organo esecutivo è, di solito, proposta verbalmente ed è sempre preceduta da una serie di atti – notificazione del titolo esecutivo e del precetto (su cui v. oltre, §§ 11 e 12) – che restano ancora al di fuori del processo esecutivo vero e proprio, del quale costituiscono un preannuncio. La domanda esecutiva ha anche effetto interruttivo della prescrizione, sia l'effetto istantaneo di cui all'art. 2943 c.c. e sia quello permanente di cui all'art. 2945, 2° comma, c.c. L'attività propria dell'organo esecutivo si estrinseca in atti che presentano più propriamente i caratteri delle c.d. «operazioni» (v. vol. I, § 69 in fine), mentre l'attività del giudice si estrinseca in provvedimenti, la cui natura è, per lo più, ordinatoria ed assume le forme dell'ordinanza o del decreto (v. vol. I, § 69). Le caratteristiche così succintamente evidenziate consentono di porre in rilievo le differenze con le quali operano (o addirittura non operano) nel processo esecutivo i fondamentali principì ispiratori della disciplina del processo, tradizionalmente elaborati con riguardo al processo di cognizione (v. vol. I, §§ 77 e 78).

Il principio della domanda ed il principio dell'impulso di parte ispirano la disciplina del processo esecutivo in modo analogo a quella del processo di cognizione; e così non molto dissimile è il modo col quale, nel processo esecutivo, opera il principio della disponibilità dell'oggetto del processo, per il quale va soltanto tenuto presente che qui non si tratta di determinare l'àmbito di un giudizio, ma l'oggetto di un'attività esecutiva, che talora è predeterminato dallo stesso àmbito del diritto da portare ad esecuzione e che solo nell'espropriazione

Gli atti dell'organo esecutivo sono, per lo più, «operazioni»; mentre l'attività del giudice è, di solito, ordinatoria.

Operano i principi della domanda, dell'impulso di parte e delle disponibilità dell'oggetto del processo.

forzata lascia un margine di scelta, ferma comunque la possibilità della c.d. *litispendenza esecutiva*, con la conseguente riunione dei procedimenti ai sensi dell'art. 273.

Quanto al *principio dell'uguaglianza delle parti* ed al *principio del contraddittorio* (su cui v. vol. I, § 22), le profonde differenze, con le quali questi principî operano nel processo esecutivo, emergono chiaramente dai rilievi compiuti poc'anzi: l'uguaglianza delle parti è soltanto formale, poiché l'esecuzione si compie per attuare il diritto dell'una contro l'altra; ed il contraddittorio prescinde dalla contrapposizione dialettica delle parti concernendo solo le modalità dell'esecuzione.

Naturalmente, l'identità degli strumenti per il funzionamento del meccanismo giuridico, attraverso il quale si svolgono i processi rispettivamente di cognizione e di esecuzione, sta in relazione col rilievo che la validità degli atti del processo esecutivo è regolata dalle medesime norme e principî che soprassiedono alla validità degli atti del processo di cognizione. Il che è vero anche, ovviamente, per quanto concerne l'invalidità di tali atti. Questo in pratica significa che agli atti del processo esecutivo si applica la disciplina dell'intero titolo sesto del libro primo del codice, ivi comprese le norme (spec. art. 121), sulle quali si fonda il principio della congruità delle forme (v. vol. I, § 64), certamente operante anche nel processo esecutivo, nonché la disciplina della nullità degli atti (artt. 156 e ss.). Al quale ultimo riguardo si deve soltanto osservare che tale disciplina va coordinata con quella dell'apposito strumento (di cognizione) previsto per far valere i vizi degli atti del processo esecutivo: ossia l'opposizione agli atti esecutivi (della quale ci occuperemo al § 37), che è una delle parentesi di cognizione nel processo esecutivo di cui parleremo più avanti (cap. 5°).

Opera anche il principio della congruità delle forme allo scopo e la disciplina della nullità degli atti.

4. I diversi tipi di esecuzione forzata e di processo esecutivo.

Poiché la funzione dell'esecuzione forzata consiste nel dare esecuzione concreta e materiale ai diritti, è chiaro che tale esecuzione deve essere, almeno tendenzialmente, esatta e completa. Quest'esigenza si esprime in un principio fondamentale (quello di effettività), che ispira la disciplina del processo in generale nella sua funzione unitaria comprendente cognizione ed esecuzione; principio che viene di solito ricordato con le celebri parole del Chiovenda secondo cui il processo deve far conseguire al creditore «tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire». Ne deriva che l'optimum dell'attività esecutiva sta nell'attuare il diritto nella sua identità specifica: come, ad es., la consegna o il rilascio proprio di quella certa cosa (art. 2930 c.c.) o il compimento proprio di quella certa attività, ecc. Questa

L'esigenza è quella di far conseguire al creditore tutto quello e proprio quello cui ha diritto.

fondamentale esigenza che, come abbiamo detto, ispira l'intera disciplina del processo, è più specificamente espressa, nel nostro ordinamento, nelle norme che il codice civile (v. retro, § 1 in fine) dedica alla funzione e alla disponibilità della tutela giurisdizionale esecutiva, ossia negli artt. 2930, 2931 e 2933, che appunto enunciano la generica esigenza di attuare, nelle forme previste dal codice di procedura, la tutela in forma specifica, in quanto possibile. Sennonché, questa possibilità viene talora a mancare (nelle esecuzioni di diritti diversi dalle obbligazioni pecuniarie), sia a causa di impedimenti materiali e sia a causa di ostacoli giuridici o dei limiti imposti dal rispetto della libertà della persona (nemo ad factum praecise cogi potest). Così non si potrà realizzare la consegna coattiva della cosa mobile che il debitore ha distrutto o che ha venduto ad un terzo di buona fede: non potrà essere coattivamente eseguibile l'obbligazione di fare infungibile (come, ad es., l'esibizione in teatro di un certo attore, che si rifiuta di farlo) mentre potrà essere eseguita l'obbligazione il cui risultato può essere conseguito attraverso la prestazione di un terzo; o, infine, non si potrà distruggere ciò che è stato fatto in violazione di un obbligo di non fare, se la distruzione pregiudica gravemente l'economia nazionale (art. 2933, 2º comma, c.c.). Orbene: quando la soddisfazione specifica non è possibile, l'ordinamento non può fare altro che reagire trasformando il diritto sostanziale nella sua essenza, e cioè rendendolo più generico; tanto più generico quanto è necessario perché lo si possa eseguire coattivamente (ad es., non quella macchina, ma un'altra uguale; non la prestazione di quel debitore, ma quella di un terzo) fino a quel massimo limite di genericità e fungibilità che è offerto dal denaro, nel quale in definitiva ogni diritto patrimoniale può, più o meno integralmente, risolversi, attraverso gli istituti della aestimatio rei, dell'obbligo di corresponsione del tantundem, del risarcimento dei danni.

Questo, tuttavia, sempre che lo stesso ordinamento non si avvalga di strumenti di coartazione della volontà del debitore, come sono le c.d. esecuzioni indirette o misure coercitive, che, introdotte con portata generale dalla L. 69/2009 attraverso l'art. 614 bis c.p.c. (sul quale v. oltre il § 34, in fine), assolvono ad una funzione compulsoria per il debitore al fine di indurlo ad adempiere spontaneamente l'obbligazione. Ed è appena il caso di ricordare che ciò sta in relazione col fondamentale principio di responsabilità patrimoniale, codificato nell'art. 2740 c.c., per il quale ognuno risponde delle sue obbligazioni con l'intero suo patrimonio, che ha una funzione di garanzia per quelle responsabilità; mentre, d'altra parte, ogni elemento patrimoniale può essere a sua volta trasformato in denaro attraverso una vendita coattiva, previa sua espropriazione.

Non è compito del processo esecutivo stabilire se un diritto può essere eseguito coattivamente nella sua specificità secondo la tenden-

Il problema delle obbligazioni di fare infungibile e le misure coercitive. Il codice disciplina il processo di espropriazione e quindi i due processi di esecuzione in forma specifica ...

ziale esigenza espressa negli artt. 2930, 2931 e 2933 c.c., che per l'appunto si richiamano alle forme con le quali il codice di procedura disciplina l'esecuzione specifica; oppure se, a causa degli ostacoli ai quali sopra si è fatto cenno (v., ad es., l'art. 2933, 2º comma, c.c.) esso deve trasformarsi per poter essere eseguito. Ciò è, invece, compito del processo di cognizione, al termine del quale il diritto deve risultare accertato come eseguibile con le forme preordinate in astratto dalla legge ma già determinate in concreto nella pronuncia del giudice, e che gli organi esecutivi debbono semplicemente attuare. Perciò, i problemi, spesso delicatissimi, concernenti l'eseguibilità specifica dei diritti, stanno, come si suol dire, a monte della disciplina del processo esecutivo, la quale in realtà presuppone la già avvenuta soluzione di quei problemi. Ed è appunto in relazione a ciò che tale disciplina appronta le diverse forme di esecuzione – o tipi di processo esecutivo – alle quali abbiamo già accennato (v. § 1) a seconda che il diritto sia stato accertato come eseguibile nella sua specificità (in forma specifica) oppure come eseguibile nella forma generica che consegue alla sua eventuale trasformazione in credito di denaro, o senz'altro in relazione al fatto che esso sia sorto come credito di denaro (in forma generica o per espropriazione).

... ossia il processo di consegna di cose mobili o rilascio di immobili ...

> ... e il processo di esecuzione degli obblighi di fare e non fare.

I tipi di processo esecutivo che realizzano l'esecuzione forzata in forma specifica sono quelli – come si vedrà – strutturalmente più semplici. Essi sono l'esecuzione forzata per consegna di cose mobili o rilascio di immobili (disciplinata dal codice nel titolo terzo del libro terzo) attraverso la quale il creditore della consegna o del rilascio può conseguire la disponibilità materiale di quella determinata cosa mobile o immobile (art. 2930 c.c.), nonché l'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare (disciplinata nel titolo quarto) attraverso la quale il creditore del fare o del non fare può conseguire la medesima specifica prestazione di fare o l'eliminazione di quanto fatto in violazione dell'obbligo di non fare (v. artt. 2931 e 2933 c.c.). Ma prima ancora di questi due tipi di esecuzione forzata in forma specifica, il codice disciplina (nel titolo secondo del medesimo libro), l'esecuzione forzata in forma generica o - avuto riguardo al modo con cui si attua la trasformazione dei beni del debitore in denaro - esecuzione per espropriazione. Ed è appena il caso di aggiungere che proprio questo è il tipo di esecuzione di più frequente utilizzazione, non solo perché l'ordinamento deve spesso rinunciare all'esecuzione specifica, a causa degli ostacoli ai quali sopra si è fatto cenno, ma anche e specialmente perché gran parte dei diritti da eseguirsi hanno originariamente ad oggetto una somma di denaro. Sotto il profilo strutturale, quest'ultimo tipo di processo è assai più complesso dei due tipi di processo di esecuzione in forma specifica, e ciò per due ragioni: da un lato perché, verificandosi ben raramente la possibilità di rinvenire denaro liquido nel patrimonio del debitore, la conseguente necessità di espropriare i suoi beni per convertirli in denaro costringe l'ordinamento ad una serie di atti che hanno funzione solo strumentale e che sono giuridicamente complessi; ed in secondo luogo perché la trasformazione dei beni del debitore in denaro consente ad eventuali altri creditori di utilizzare gli atti compiuti dal primo creditore procedente, così realizzando un concorso con ripartizione proporzionata ai rispettivi diritti, la cui disciplina presenta aspetti complessi (su ciò, v. oltre, § 18).

5. L'azione esecutiva e il titolo esecutivo.

Nell'ambito della nozione dell'azione come diritto alla tutela giurisdizionale, avemmo a suo tempo (v. vol. I, § 16) occasione di contrapporre all'azione di cognizione, intesa come diritto alla tutela giurisdizionale mediante cognizione, l'azione di esecuzione forzata o azione esecutiva, intesa come diritto alla tutela giurisdizionale mediante esecuzione forzata.

Ad ulteriore svolgimento di quei rilievi, dobbiamo ora vedere più da vicino in che cosa l'azione esecutiva differisce dall'azione di cognizione. Più precisamente, ricordato che l'azione di cognizione consiste nel diritto ad un provvedimento di merito sul diritto sostanziale affermato nella domanda, dobbiamo chiarire qual è il diverso oggetto di quel diritto che si suol chiamare azione esecutiva.

Il rilievo fondamentale, da cui si deve partire per rispondere a questa domanda, consiste nella constatazione, compiuta al § 2 in fine, che, mentre l'attività di cognizione si fonda sull'affermazione del diritto sostanziale per pervenire al suo accertamento, l'attività di esecuzione forzata si fonda sull'accertamento del diritto sostanziale per pervenire alla sua attuazione concreta in via coattiva. Questo significa che l'accertamento, il quale, rispetto all'azione di cognizione, era un punto di arrivo, rispetto all'azione esecutiva è il punto di partenza o il fondamento. Gioverà ancora ricordare (v. vol. I, §§ 12 e 13) che l'affermazione del diritto - come fondamento dell'azione di cognizione condiziona l'esistenza dell'azione stessa nel senso che l'azione di cognizione esiste se il diritto è affermato in modo tale che la domanda appaia accoglibile (nell'ipotesi che risultino veri i fatti affermati); e che quest'ipotetica accoglibilità si articola nei requisiti che sono chiamati condizioni dell'azione, ossia dipende: a) dal fatto che sia affermato un diritto come esistente, e come violato o non attuato, e perciò bisognevole di tutela (interesse ad agire); b) dal fatto che tale diritto sia affermato come appartenente al soggetto che agisce, nei confronti del soggetto contro il quale agisce (legittimazione ad agire); c) dal fatto che tale diritto sia affermato come fondato su norme giuridiche (possibilità giuridica).

L'accertamento, punto di arrivo dell'azione di cognizione, è il punto di partenza dell'azione esecutiva. Tornando all'azione esecutiva, se si tiene presente

- che essa tende all'esecuzione materiale del diritto sostanziale,
- che ciò presuppone il già avvenuto accertamento di tale diritto,
- che d'altra parte l'esecuzione del diritto, nel processo esecutivo, deve avvenire da parte di un organo idoneo ad eseguire e perciò di regola non idoneo a giudicare o accertare,

appare evidente che *l'azione esecutiva deve essere condizionata da un accertamento ed al tempo stesso non può essere condizionata da null'altro che da un accertamento*, purché si tratti di un accertamento idoneo a rappresentare o a documentare il diritto (in tutti i suoi elementi soggettivi e oggettivi) all'organo che deve eseguirlo.

Questo accertamento è costituito dal *titolo* esecutivo ...

Quest'accertamento – che appare come *la sola e vera condizione dell'azione esecutiva* – deve, dunque, essere consacrato in un documento che lo raffiguri come in una fotografia, cosicché l'organo esecutivo possa operare, munito di quella fotografia, senza preoccuparsi della sua eventuale non corrispondenza con la realtà. Questo documento, che contiene l'accertamento del diritto sostanziale come esistente e come suscettibile di esecuzione forzata, *è il titolo esecutivo*; con la quale espressione ci si riferisce ad un tempo: *a*) al documento *contenente* l'accertamento (la sentenza esecutiva, la cambiale, l'assegno, ecc.) e che, in quanto documento, assolve anche ad una *funzione probatoria* (v. vol. II, § 39), sia pure nei limiti del semplice riscontro formale che può compiere l'organo esecutivo; *b*) all'accertamento in esso *contenuto* dell'obbligazione da adempiere.

Il titolo esecutivo è, dunque, un atto di accertamento contenuto in un documento che, nel suo complesso, costituisce la condizione necessaria e sufficiente per procedere all'esecuzione forzata. In esso si esauriscono le condizioni dell'azione esecutiva, poiché interesse ad agire, legittimazione ad agire e possibilità giuridica, si riducono ad elementi impliciti nell'accertamento stesso del diritto come eseguibile. Più precisamente: l'interesse ad agire, come bisogno di tutela giurisdizionale esecutiva, è implicito – al pari della possibilità giuridica – nel fatto che il diritto è accertato come eseguibile; mentre la legittimazione ad agire è implicita nella coincidenza tra i soggetti dell'azione esecutiva e quelli del titolo esecutivo; ciò che fonda la regola generale per cui l'azione esecutiva spetta al soggetto che nel titolo esecutivo risulta come creditore, e nei confronti del soggetto che nel titolo esecutivo risulta come debitore.

Abbiamo detto che il titolo esecutivo è condizione necessaria e sufficiente per procedere ad esecuzione forzata. *Necessaria* – precisiamo – poiché (come abbiamo già visto sul piano logico e come vedremo essere enunciato espressamente dalla legge: art. 474) non è concepibile esecuzione forzata senza titolo esecutivo (*nulla executio sine titulo*); *sufficiente*, perché gli organi dell'esecuzione forzata sono, come abbiamo visto, dispensati da ogni altro compito diverso da quello dell'ese-

... che costituisce la condizione *necessaria* e *sufficiente* per procedere all'esecuzione forzata.

guire e perciò operano in quanto ci sia (e sia fatto valere) il titolo, anche se, per avventura, il diritto sostanziale in esso accertato sia superato dalla realtà (ad es., colui che è stato accertato essere debitore, ha successivamente adempiuto). In relazione a quest'attitudine, che ha il titolo, di isolare il diritto accertato dalla realtà, e di fondare l'esecuzione con riferimento a quanto risulti da esso, si suole parlare di efficacia incondizionata del titolo. Naturalmente, efficacia incondizionata del titolo non significa impossibilità assoluta di arrestare l'esecuzione di un diritto che non è più esistente o che, successivamente alla formazione del titolo, sia stato riconosciuto come non mai esistito. Ma significa impossibilità di fermare l'esecuzione forzata senza togliere di mezzo il titolo o senza quanto meno avviare una procedura intesa a togliere di mezzo il titolo; significa, cioè, necessità – per fermare l'esecuzione – di contestare il diritto di procedere ad esecuzione forzata, o azione esecutiva, contestando il titolo; significa insomma necessità di instaurare un giudizio di cognizione che, pur potendo influire sull'esecuzione, s'inserisce in essa come una parentesi autonoma. Tale giudizio è l'opposizione all'esecuzione (art. 615), che è per l'appunto una delle opposizioni alle quali si è già fatto cenno al § 3 e di cui si parlerà ampiamente nel cap. 5°. D'altra parte, l'efficacia incondizionata del titolo non esclude – anzi implica – il controllo dell'organo esecutivo circa l'effettiva esistenza di un titolo per eseguire quel diritto, a favore di quel soggetto che chiede l'esecuzione e contro quel soggetto contro il quale l'esecuzione è richiesta. Tale controllo può dare anche esito negativo con la possibilità del rilievo (anche d'ufficio) del difetto di titolo esecutivo e la conseguente dichiarazione di improcedibilità del processo esecutivo, nonché del rifiuto a far luogo all'esecuzione. Il quale rifiuto è ovviamente anch'esso assoggettato a controlli sia a seguito di ricorso al capo dell'ufficio giudiziario, dal quale l'organo esecutivo dipende (arg. ex art. 60 n. 1), e sia a seguito di un'iniziativa in sede di cognizione (v. anche il § seguente).

La possibile contestazione del

L'azione di cognizione – si vide a suo tempo (vol. I, § 14) – è un Anche l'azione diritto autonomo dal diritto sostanziale, poiché si rivolge verso un soggetto diverso dal soggetto passivo del diritto sostanziale (lo Stato in persona dei suoi organi giurisdizionali) e tende ad una prestazione diversa da quella alla quale tende il diritto sostanziale: la tutela giurisdizionale mediante cognizione. L'azione esecutiva è anch'essa un diritto autonomo dal diritto sostanziale, per le medesime ragioni: è rivolta ad un soggetto diverso dal soggetto passivo del diritto sostanziale (l'organo esecutivo) e tende ad una prestazione diversa da quella alla quale tende il diritto sostanziale, ossia tende alla prestazione della tutela giurisdizionale mediante esecuzione forzata (v. vol. I, § 16).

Ancora: si vide a suo tempo (v. vol. I, § 14) che l'azione di cognizione è un diritto astratto dal diritto sostanziale poiché sussiste indipendentemente dall'esistenza di quest'ultimo, bastando l'affermazio-

esecutiva è un diritto autonomo dal diritto sostanziale ...

... ed è anch'essa un diritto astratto dal diritto sostanziale.

16

ne di quel diritto, come ipoteticamente accoglibile. L'azione esecutiva, pur presupponendo l'accertamento del diritto sostanziale, è tuttavia anch'essa un diritto in certa misura astratto dal diritto sostanziale, poiché, come si è visto, essa presuppone soltanto il titolo, ossia un sufficiente grado di accertamento del diritto: e si è visto che diritto accertato nel titolo non significa necessariamente diritto esistente, o ancora esistente, poiché da un lato la legge attribuisce talora l'efficacia di titolo esecutivo ad accertamenti non definitivi, mentre, dall'altro lato, l'efficacia incondizionata del titolo lo rende insensibile ai mutamenti della realtà giuridica, fino a quando il titolo stesso non sia stato eliminato o modificato. L'azione di cognizione è diritto all'attività giurisdizionale fino ad un provvedimento sul merito, che l'attore postula a lui favorevole, ma che potrebbe anche risultare sfavorevole. L'azione esecutiva è diritto all'attività giurisdizionale esecutiva fino al suo atto conclusivo, che è preordinato alla soddisfazione del diritto, ma che potrebbe anche non conseguire tale soddisfazione per ragioni contingenti (insufficienza del patrimonio del debitore, sopravvenuta distruzione della cosa da consegnare, ecc.). D'altra parte, a fronte dell'eventualità, accennata da ultimo, che l'azione esecutiva non pervenga al risultato della soddisfazione del credito, può verificarsi l'eventualità opposta: che cioè la soddisfazione del credito possa avvenire attraverso l'esercizio di un'azione speciale abbreviata che prescinde dal suo fondamento su un titolo esecutivo, ma che, comunque, non può essere esercitata se non in un processo esecutivo iniziato da altri (nelle forme dell'espropriazione). Ci riferiamo all'intervento nell'espropriazione in corso, da parte dei creditori che, pur non essendo muniti di titolo, possono tuttavia partecipare alla distribuzione del ricavato della vendita. Come vedremo a suo luogo (§ 18), si tratta di un'azione accessoria ad un'altrui azione esecutiva e nel cui esercizio sono riscontrabili gli elementi di un sia pur sommario accertamento del credito in funzione della partecipazione al risultato dell'esecuzione. L'azione esecutiva è, dunque, un diritto autonomo ed astratto, condizionato in maniera necessaria e sufficiente dal possesso di un titolo esecutivo, ed avente per oggetto la prestazione dell'attività giurisdizionale esecutiva in funzione della soddisfazione del diritto risultante dal titolo, ed indipendentemente dall'effettivo conseguimento di guesta soddisfazione.

Tutti gli elementi dell'azione esecutiva (personae, petitum e causa petendi) ... È appena il caso di aggiungere, a conclusione di queste notazioni sull'azione esecutiva, che anche gli elementi d'individuazione e d'identificazione (v. vol. I, § 28) di ciascuna singola azione esecutiva si condensano e si esauriscono interamente nel titolo esecutivo. Ed infatti, mentre, per quanto concerne i soggetti (personae), abbiamo già visto (e meglio vedremo al § 6) come i soggetti dell'azione esecutiva siano precisamente i soggetti (attivo e passivo) del titolo, per quanto concerne gli elementi oggettivi (petitum e causa petendi),

... risultano dal titolo esecutivo.