

Crisanto Mandrioli – Antonio Carratta

Diritto processuale civile

IV – ESECUZIONE FORZATA
PROCEDIMENTI SOMMARI, CAUTELARI E CAMERALI

VENTOTTESIMA EDIZIONE



Giappichelli



PREMESSA ALLA VENTOTTESIMA EDIZIONE

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 dell'entrata in vigore, dopo diversi rinvii, della nuova disciplina sui procedimenti collettivi introdotta dalla L. 12 aprile 2019 n. 31, mediante l'inserimento degli artt. 840 bis-840 sexiesdecies nel codice di procedura civile.

Infine, si è provveduto all'aggiornamento resosi necessario a seguito dell'approvazione della L. 26 novembre 2021 n. 206, sia con riferimento alle novità normative destinate a trovare applicazione nei procedimenti instaurati a decorrere dal centottantesimo giorno successivo alla sua entrata in vigore, sia con riferimento all'ampia delega conferita al Governo perché provveda al «riassetto formale e sostanziale del processo civile, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali» (art. 1).

ANTONIO CARRATTA

Roma, gennaio 2022

PREMESSA ALLA VENTISETTESIMA EDIZIONE

Questa nuova edizione vede la luce dopo la triste scomparsa del prof. Crisanto Mandrioli, sopraggiunta alla fine di novembre dello scorso anno. Egli iniziò la pubblicazione di quest'opera oltre quarant'anni fa. Risale al 1975, infatti, la prima edizione a stampa, con il titolo *Corso di diritto processuale civile*, preceduta – negli anni fra il 1971 e il 1974 – da un'edizione litografica in tre volumetti, significativamente sottotitolata *Appunti per gli studenti*.

Fin dall'inizio l'obiettivo del suo Autore è stato quello di riuscire a coniugare in un'equilibrata sintesi – ad uso soprattutto degli studenti – quanto di nuovo andava emergendo dal continuo, inevitabile rinnovarsi del processo civile e dall'infaticabile lavoro del legislatore e i principi, i concetti e gli istituti, propri del patrimonio ideale e culturale del diritto processuale civile. Obiettivo che sarà tenuto fermo anche per il futuro.

In questa nuova edizione, in particolare, oltre a provvedere al consueto aggiornamento giurisprudenziale e bibliografico, si è tenuto conto delle ulteriori modifiche normative nel frattempo intervenute, fino alle più recenti, che hanno riguardato alcuni profili del processo esecutivo (D.L. 14 dicembre 2018 n. 135, conv. dalla L. 11 febbraio 2019 n. 12) e la nuova disciplina sull'azione di classe e sull'azione inibitoria collettiva, introdotta con la L. 12 aprile 2019 n. 31.

ANTONIO CARRATTA

Roma, ottobre 2019

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, al § 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; 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 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 (1). Il che vale, naturalmente, anche per i principî ispiratori del sistema, a cominciare dagli orientamenti che si riconducono alla nozione costituzionale di «giusto processo» (2).

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 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.

(1) Su quest'argomento, v. ampiamente S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970 e, con riguardo ad un settore più specifico, G.F. RICCI, *La connessione nel processo esecutivo*, Milano, 1986.

(2) Sull'argomento v. G. TARZIA, *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 329; F. TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, Padova, 2009, p. 14; P. VITTORIA, *Giusto processo ed effettività della tutela giurisdizionale esecutiva nelle recenti e meno recenti modifiche del codice di procedura civile*, in *Riv. es. forz.*, 2009, p. 365; B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*⁴, Torino, 2016, p. 50.

Si deve, infine, ricordare, in questa prima visione sintetica della disciplina del processo di esecuzione, che tale disciplina – come già 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*» (3) 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.

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

Quando (nel vol. I, al § 5 e al § 6) effettuiamo 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,

(3) Si tratta degli artt. 2910 e ss. L'intero capo è commentato da G.A. MICHELI, in *Comm. c.c., a cura di Scialoja e Branca*, Bologna e Roma, 1953, p. 361; poi da S. MAZZAMUTO, *ivi*, Bologna, 2020.

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.

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* (4).

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 in 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*, rivolta a specifici organi e specificamente intesa ad ottenere la prestazione della tutela giurisdizionale esecutiva (5).

Esulano dal campo della tutela esecutiva, in quanto tendono a superarne l'esigenza, sia i c.d. accordi di ristrutturazione dei debiti delle imprese «*in stato di crisi*», di cui all'art. 182 bis L. fall. e all'art. 57 D.Lgs. 14/2019 (6), sia gli ac-

(4) Per richiami orientativi su questa materia v. il vol. I, §§ 5 e 16. V. comunque, in generale, S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1937; ID., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di dir. civ. a cura di F. Vassalli*, Torino, 1952; C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955; E. ALLORIO-V. COLESANTI, *Esecuzione forzata (dir. proc. civ.)*, in *Nss. Dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 724; F. MAZZARELLA, *Esecuzione forzata (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 448; C. MANDRIOLI, *Sui caratteri dell'attività giurisdizionale desunti dalle norme positive*, in *Jus*, 1962, p. 161; I. ANDOLINA, «*Cognizione ed esecuzione forzata*» nel sistema della tutela giurisdizionale, Catania, 1979; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*³, Padova, 1989, p. 186; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1983; S. LA CHINA, *Esecuzione forzata (profili generali)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989; A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1990; ID., *Esecuzione forzata in genere*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 567; R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2007, p. 1; F. TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 1; AA.VV., *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. MICCOLIS e C. PERAGO, Torino, 2009; B. CAPPONI, *Manuale*⁴, cit., p. 2; A. TEDOLDI, *Esecuzione forzata*, Pisa, 2020.

(5) Sull'argomento v. A. SALETTI, *Processo esecutivo e prescrizione*, Milano, 1992, p. 11.

(6) Si tratta del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la cui entrata in vigore è prevista

cordi diretti alla composizione della crisi da «*sovraindebitamento*» del debitore «*non fallibile*» o del «*consumatore*», di cui alla L. 3/2012.

Entrambi, tuttavia, possono interferire con l'esecuzione forzata nel senso di determinare, a carico dei creditori, una sospensione dell'esercizio dell'azione esecutiva o della prosecuzione del processo esecutivo già iniziato, già nel momento in cui venga avanzata, da parte del debitore, domanda per essere ammesso alla procedura di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o a quella di sovraindebitamento (7).

3. *Il processo esecutivo: sue caratteristiche e suoi principi.*

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

per il 16 maggio 2022. V. anche l'art. 54 a proposito delle misure cautelari e protettive (fra le quali, anche l'inibizione ad iniziare o proseguire l'azione esecutiva per i creditori: 2° comma), da adottare nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o del concordato preventivo o per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, e la medesima inibizione come misura protettiva connessa alla composizione negoziata della crisi d'impresa (art. 6 L. 147/2021, di conversione del D.L. 118/2021). In generale, sugli effetti inibitori dell'azione esecutiva derivanti dall'esperimento di procedure concorsuali negoziali v. V. BARONCINI, *Inibitorie delle azioni dei creditori e automatic stay*, Torino, 2017, p. 6; A. CARRATTA, *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione "anticipate" nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, p. 267.

(7) La procedura mira alla conclusione di un accordo del debitore, redatto con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi, con i propri creditori (almeno il 60%) che preveda «*la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri*» (art. 8) e assicuri «*il regolare pagamento dei titolari di crediti impignorabili ai sensi dell'art. 545 c.p.c. e delle altre disposizioni contenute in leggi speciali*» (art. 7, 1° comma) (in proposito, Trib. Torino 30 settembre 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 4028). Con il decreto, con il quale ammette il debitore alla procedura e fissa l'udienza per l'omologazione dell'accordo, il giudice della procedura di sovraindebitamento (non quello dell'esecuzione: Trib. Marsala 3 gennaio 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 1436) dispone anche che «*sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali ...; la sospensione non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili*» (art. 10, 2° comma, lett. c) (non è sufficiente, dunque, aver presentato istanza di accesso alla procedura: Trib. Bari 19 maggio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 2491, con nota di A. PALMIERI). V., sull'argomento, A. CARRATTA, *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, p. 167; G. TRISORIO LIUZZI, *Il procedimento di composizione della crisi da indebitamento*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 647; ID., *I procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 18 ottobre 2012 n. 179*, ivi, 2013, p. 387; C. RINALDINI, *Il procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1409; R. TISCINI, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 649; L. DURELLO, *Profili processuali del procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento*, ivi, 2014, p. 651. Anche la procedura di sovraindebitamento trova collocazione nel D.Lgs. 14/2019, negli artt. 65 e ss.

Occorre anche ricordare che il D.L. 83/2015 (conv. dalla L. 132/2015) ha introdotto la necessità che nell'atto di precepto (v. oltre, § 12) venga inserito l'«avvertimento» al debitore che può ricorrere alla procedura di sovraindebitamento.

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.

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 (8), 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 a un diritto già accertato in capo ad un soggetto che, rispetto a quel diritto, è un *creditore* (9) 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 (10). 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 dall'organo propriamente giudiziario, ossia 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 (11), al cui ambito si ritiene,

(8) V. in argomento, G. MARTINETTO, *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, Milano, 1963.

(9) «Creditore», più precisamente, della prestazione, nella quale si concreta l'attuazione del diritto, anche quando quest'ultimo non ha, per se stesso, natura obbligatoria: si pensi al diritto del proprietario alla consegna della cosa propria.

(10) Sulla domanda nel processo esecutivo, v. specialmente S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 367; C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., p. 440; G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, p. 41; contro la nozione di domanda nel processo esecutivo, v. S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 59; ma v. poi A. SALETTI, *Processo esecutivo e prescrizione*, cit., p. 64; F. TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 20; B. CAPPONI, *Manuale*⁴, cit., p. 44; R. LOMBARDI, *Sul principio della domanda nel processo esecutivo*, in AA.VV., *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di R. Anzecchino*, Napoli, 2005, p. 441; G. TOTA, *Il principio della domanda nel processo di espropriazione di crediti*, in *Riv. es. forz.*, 2009, p. 244.

(11) Con la conseguenza che l'omissione dell'audizione non dà luogo, per se stessa, a nullità (Cass. 29 settembre 2014 n. 20514; Cass. 2 novembre 2010 n. 22279), salvi gli eventuali vizi, che peraltro si sanano se non fatti valere nel termine dell'opposizione agli atti esecutivi (su cui v. ol-

d'altra parte, limitato l'operare della prova nel processo esecutivo (12).

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. (13).

tre, § 37) (Cass. 24 luglio 1993 n. 8293, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1042, con alcuni discutibili *obiter dicta*, e con note di C. BESSO e A. GILI). Sul tema del contraddittorio nel processo esecutivo, v. ancora S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 371; ampiamente, G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 193; poi, ancora, con più particolare riguardo alla compatibilità tra principio del contraddittorio ed efficacia del titolo verso i terzi, F.P. LUISSO, *L'esecuzione «ultra partes»*, Milano, 1984, p. 185. In proposito v. anche Cass. 23 marzo 2017 n. 7403.

Dopo la revisione e riscrittura dell'art. 111 Cost., la dottrina ha, da un lato, ravvisato un fondamento sistematico alla tesi dell'irrelevanza del vizio di omissione di convocazione delle parti prevista dall'art. 485 c.p.c., nel principio della ragionevole durata del processo, principio particolarmente sentito nel processo esecutivo finalizzato all'effettività della tutela (v., ad es., G. OLIVIERI, in *Foro it.*, 2000, V, 251; F. CARPI, *Riflessioni sui rapporti tra l'art. 111 Cost. ed il processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 387; F. TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 17) e, dall'altro lato, ha contrapposto l'indefettibilità del rispetto del principio del contraddittorio (v., ad es., G. SCARSELLI, *La ragionevole durata del processo civile*, in *Foro it.*, 2003, V, 126; B. CAPPONI, *Manuale*⁴, cit., p. 50; B. FRATINI, *Sub art. 485*, in AA.VV., *Commentario c.p.c.*, VI, Torino, 2013, p. 219). Al riguardo va segnalata una proposta di bilanciamento tra le esigenze dei contrapposti principi di pari rilevanza costituzionale, compiuta da N. RASCIO (*Note problematiche sulla violazione dell'art. 485 c.p.c. e sulle sue conseguenze*, in AA.VV., *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di R. Annechino*, cit., p. 543), che tale bilanciamento ravvisa in un limite all'interesse all'opposizione ex art. 617 contro il vizio di violazione dell'art. 485, ai soli casi nei quali «sia prospettata, come conseguenza dell'eventuale accoglimento, quanto meno l'adozione di un provvedimento diverso da quello opposto» (*op. cit.*, p. 585).

(12) Sul punto v. V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 608; G. TARZIA, *Il contraddittorio*, cit., p. 230, il quale perviene alla conclusione che nel processo esecutivo è sempre presente un contraddittorio ancorché parziale ed attenuato. Non diversamente F. TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 16, il quale rileva che «il contraddittorio nel processo esecutivo pur non avendo la consueta funzione di influire sul giudizio di merito, è sempre un dialogo tra le parti e il giudice al duplice scopo d'attuare le istanze di legalità ed essere strumento per le esigenze della procedura». Anche B. CAPPONI, *Manuale*⁴, cit., p. 50, sottolinea che l'applicazione del principio del contraddittorio nel processo esecutivo implica che le parti «siano sentite nella fase di ricognizione dei presupposti dei singoli provvedimenti in vista di una loro adozione non solo *legittima*, ... ma anche *giusta ed opportuna*».

Secondo un'altra opinione (F. MAZZARELLA, *Sul contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 623), il vero contraddittorio nel processo esecutivo non potrebbe essere cercato nel processo esecutivo in senso stretto (ove oltretutto si presenterebbe, oltre che come attenuato, anche come eventuale, come emerge dall'art. 485 e senza un'effettiva posizione di parità), ma starebbe in realtà nella stessa possibilità, che la legge offre al debitore di reagire con le opposizioni. Su questo punto v. i cenni in questo §, al richiamo della nota 18, e, più avanti, § 5 e cap. 5°.

(13) Quanto al periodo della sua protrazione, non soccorrendo il riferimento dell'art. 2945, 2° comma, al passaggio in giudicato, ci si deve riferire, per l'espropriazione, al momento in cui l'ordinanza di attribuzione o di assegnazione non è più assoggettata all'opposizione agli atti esecutivi

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 per lo più dell'ordinanza o del decreto (v. vol. I, § 69). La sentenza, invece, rimane propria ed esclusiva dell'attività di cognizione, che, come tale, non può mai appartenere al processo esecutivo, ma che tuttavia può, nell'ambito di quel processo, dar luogo – come abbiamo osservato al § 1 – a delle parentesi di cognizione attraverso le opposizioni del processo esecutivo (v. cap. 5°).

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 principî 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 (14); 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'ambito di un giudizio, ma l'oggetto di un'attività esecutiva, che talora è predeterminato dallo stesso ambito del diritto da portare ad esecuzione, e che solo nell'espropriazione forzata lascia un margine di scelta (15), ferma comunque la possibilità della c.d. *litispendenza esecutiva*, con la conseguente riunione dei procedimenti ai sensi dell'art. 273 (16). Non così si può dire del *principio della disponibilità delle prove* e degli altri principî che concernono le prove: poiché manca il giudizio, ed in particolare il giudizio sui fatti, manca la stessa ragion d'essere della prova. 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 (17),

(così A. SALETTI, *Processo esecutivo e prescrizione*, cit., p. 197) e, nelle esecuzioni in forma specifica, all'esaurimento delle operazioni previste dalle singole procedure e più precisamente fino al momento in cui l'atto conclusivo non sia più assoggettato all'opposizione agli atti esecutivi (A. SALETTI, *op. cit.*, pp. 222, 226).

(14) V. anche retro, la nota 10.

(15) Sul tema, v. specialmente G. TARZIA, *L'oggetto*, cit.

(16) Sulla c.d. litispendenza esecutiva v. F. TOMMASEO, *L'esecuzione*, cit., p. 20; L. DITTRICH, «*Litispendenza esecutiva*», giudice «*competente*» a disporre la sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c. e a decidere dell'opposizione all'esecuzione, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1374; B. CAPPONI, *Manuale*⁴, cit., p. 44.

(17) Sulle quali modalità il rispetto del principio del contraddittorio si è di recente ulteriormente accentuato ed è divenuto – sotto la spinta dell'art. 111, commi 1° e 2°, Cost. ed anche per

sul fondamento di ragioni di opportunità; quando, infatti, investe i diritti, già si è nel campo delle opposizioni, ossia della cognizione, col suo tipico contraddittorio a struttura dialettica (18).

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 soprassedono 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 sexto 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.) (19). 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 di quelle parentesi di cognizione nel processo esecutivo di cui parleremo più avanti (cap. 5°).

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*. Questa 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

effetto delle più recenti riforme degli artt. 476, 492, 512, 591 ter c.p.c. – elemento qualificante della struttura formale del processo esecutivo. Per questi rilievi e relative dimostrazioni, v. B. CAPPONI, *Alcuni problemi su contraddittorio e processo esecutivo (alla luce del nuovo art. 111 della Costituzione)*, in *Riv. es. forz.*, 2001, p. 28; ID., *La tutela del debitore nell'esecuzione forzata*, in ID., *Otto studi sul processo civile*, Padova, 2017, p. 235; F. CORDOPATRI, *La tutela del debitore nel processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 1239; F. TOMMASEO, *L'esecuzione*, cit., p. 14; L. DURELLO, *L'audizione delle parti e degli interessati: attuazione del principio del contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 863.

(18) Chi sostiene che proprio nella possibilità delle opposizioni dovrebbe ravvisarsi il vero fondamento del contraddittorio nel processo esecutivo (F. MAZZARELLA, *Sul contraddittorio*, cit., p. 623) è costretto a sottovalutare l'autonomia strutturale del giudizio di opposizione rispetto al processo esecutivo.

(19) S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 463.

ha diritto di conseguire» (20). 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 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 (21).

(20) G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 41.

(21) Su queste tendenze dell'ordinamento secondo la linea del postulato chiovendiano del «*tutto quello e proprio quello*», sui suoi limiti e sulle possibilità giuridiche e pratiche di raggiungere tali limiti, chi scrive ebbe ad impegnarsi già da alcuni decenni (C. MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953), in contrasto con un'autorevole dottrina (S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952, pp. 2, 237), secondo la quale i procedimenti di esecuzione in forma specifica sarebbero strutturati con funzione diversa da quella dell'attuazione dell'obbligazione (che ha il suo punto di riferimento nella responsabilità patrimoniale ed è eseguibile coattivamente solo con l'espropriazione) e cioè con la funzione di attuare situazioni di tipo assoluto o «finale».

La dottrina prevalente (v. gli Autori citati nelle successive note 30, 34 e 35, ai quali *adde*, sotto un profilo prevalentemente sostanziale, M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela reale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 853) ha per lo più condiviso l'impostazione imperniata sul suddetto postulato chiovendiano che è stato presentato, in un certo periodo (approssimativamente negli anni settanta), come una bandiera di «progressività» in funzione dell'attuazione specifica dei diritti dei lavoratori e contro il brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest* (su cui v. subito nel testo) presentato come strumento di sopraffazione dei *beati possidentes* (v., per tutti, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1104; ID., *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, V, 257).

La dottrina successiva si è poi impegnata sul problema, assai delicato, della compatibilità tra l'orientamento della maggior possibile eseguibilità specifica dei diritti e la regola della responsabilità patrimoniale che caratterizza le obbligazioni, con il suo corollario in tema di concorso dei creditori. Mentre ad alcuni tale problema è parso insuperabile al punto da suggerire un'impostazione di ispirazione sattiana che lascia fuori dal campo delle obbligazioni i diritti attuabili con i procedimenti di esecuzione forzata in forma specifica (G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, p. 2257; ID., *Recenti sviluppi sulla dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 281), per altri quell'ostacolo non è apparso insuperabile, ma solo ragione di opportune distinzioni tra le strutture procedurali in correlazione con i diversi tipi di diritti da attuarsi (F. TOMMASEO, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 480; F. CARPI, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 110; con più particolare riguardo ai problemi dell'espropriazione in relazione alle esigenze dal concorso, G. COSTANTINO, *ibidem*, p. 123). Sul diverso fondamento della surrogabilità nel diritto privato e in quello pubblico, v. B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, p. 44; poi, per un panorama dell'eseguibilità specifica dei diversi diritti sostanziali, A. CHIANALE, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1992; M. MONTANARI, *Sui profili generali dell'esecuzione forzata in forma specifica*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 331. Il tutto anche sotto il profilo risarcitorio attraverso la via del *risarcimento in forma specifica* di cui all'art. 2058 c.c. e che la giurisprudenza ritiene applicabile anche alle obbligazioni contrattuali (Cass. 3 gennaio 1994 n. 6, in *Foro it.*, 1994, I, 1783). In

Senonché, 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, 2° comma, c.c.) (22).

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 (23); 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 (24). Ciò che ha fatto anche emergere l'ulteriore pro-

proposito v. anche M. FORNACIARI, *Esecuzione forzata e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 85.

Sul brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*, e sulle sue origini storiche, come limite determinato dalle esigenze del rispetto della libertà della persona, v. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.

(22) Secondo la Cassazione (Cass. 16 aprile 1982 n. 2324, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 190; Cass. 4 dicembre 1982 n. 6611) questa limitazione riguarda soltanto le fonti di produzione e di distribuzione delle ricchezze del paese e non trova riscontro nella demolizione parziale o totale di un edificio, o in interessi individuali o locali (Cass. 17 febbraio 2004 n. 3004; Cass. 15 febbraio 1999 n. 1272).

(23) Se si trattasse di cose fungibili comunque presenti in più esemplari, potrebbero soccorrere rimedi del tipo di quello previsto dall'art. 1516 c.c. Ma se, ad es., si trattasse di macchine esistenti in due soli esemplari uno dei quali – costituente oggetto dell'obbligazione di dare – è stato distrutto e l'altro si trova nella disponibilità del debitore, l'art. 2058 c.c. in correlazione con l'art. 2930, potrebbe aprire la via ad un'esecuzione specifica.

(24) Provvedimenti di questo tipo sono frequenti nella giurisprudenza francese (le c.d. *astreintes*, sulla cui evoluzione storica v. A. DONDI, *L'«astreinte» endoprocessuale*, in *Riv. trim. dir. e proc.*

blema di inquadrare nell'ambito della tutela condannatoria e dell'esecuzione forzata i provvedimenti giudiziari che accertino un'esigenza di tutela ulteriore rispetto al mero accertamento e che tuttavia non siano eseguibili con le forme dell'esecuzione forzata *diretta* (25).

civ., 1981, p. 545; V. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le «astreintes» nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 506) ed in quella dei paesi anglosassoni (attraverso l'istituto del *contempt of Court*) e sono anche previsti dalla legge germanica (c.d. *Zwangsstrafen*). Per un panorama aggiornato riferito a diversi Paesi, v. E. SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 533; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 727; L. MARAZIA, *«Astreintes» e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. es. forz.*, 2004, p. 333; P. PUCCIARIELLO-G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in *L'esecuzione processuale indiretta*, a cura di B. CAPPONI, Milano, 2011, p. 43.

Al riguardo si deve, comunque, osservare che – come è del resto evidenziato dall'espressione (usata dalla dottrina in Italia) «*esecuzione indiretta*» – gli strumenti in discorso non danno vita ad un'autentica forma di esecuzione forzata, poiché tendono ad ottenere un'esecuzione non coattiva, ma spontanea. Sul punto cfr. F. TOMMASEO, *op. cit.*, p. 492 in nota; G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi*, cit., p. 296; F. CARPI, *Note*, cit., p. 119; A. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro it.*, 1988, V, 177; ID., *Condanna (e misure coercitive)*, *ivi*, 2007, V, p. 1 e *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 257; M. FABIANI, *Attualità della tutela penale al servizio dell'effettività della tutela civile dopo la riforma dell'art. 388 c.p.*, in *Riv. es. forz.*, 2011, p. 535; R. CONTE, *Tutela penale del diritto di credito. Sviluppi giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1635; ID., *Provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. e tutela penale (con un cenno allo ius retentionis)*, *ivi*, 2014, p. 1897.

V. anche le precisazioni di S. CHIARLONI (*Misure coercitive*, cit.), che, sul fondamento delle origini storiche delle misure coercitive negli ordinamenti ove sussistono, mette in guardia rispetto ai pericoli pratici (oltre che all'offuscamento concettuale) di un impiego generalizzato delle misure coercitive; per un'ulteriore evidenziazione di questi pericoli anche sotto il profilo del liberalismo processuale e per il rilievo che comunque l'aspetto risarcitorio dovrebbe prevalere su quello afflittivo, v. L. MONTESANO, *Considerazioni su storia moderna e proposte di riforma della giustizia civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 609; G. MONTELEONE, *Recenti*, cit., p. 314; F. CARPI, *Note*, cit., p. 119. Per un impiego generalizzato delle misure coercitive, invece, V. DENTI, *«Flashes» su accertamento e condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 266; A. PROTO PISANI, *opp. locc. citt.* V. anche, per un panorama sul tema, G. TARZIA, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 800; A. CHIANALE, *Diritto soggettivo*, cit., p. 70.

Sullo stesso argomento, nel più ampio quadro dei diversi strumenti idonei ad una funzione compulsoria, v. A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dall'illecito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 239; B. CAPPONI, *Limiti all'esecuzione indiretta*, in *Riv. es. forz.*, 2011, p. 186; C. DELLE DONNE, *Astreinte e condanna pecuniaria della P.A. tra codice di procedura civile e codice del processo amministrativo*, *ibidem*, p. 317.

(25) Su questo problema v. vol. I, § 15, nota 41, nonché A. PROTO PISANI, *Appunti*, cit., p. 1104; ID., *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 257; C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ad esecuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1342; ID., *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 9). Anche su questo argomento v., da un lato, il contributo del CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., p. 120, che propone (*ivi*, p. 202) un allargamento della nozione di condanna per ricomprendervi i provvedimenti suscettibili di mettere in moto l'apparato coercitivo dello Stato e, dall'altro lato, le osservazioni di chi rileva la natura nominalistica e contraddittoria di questo allargamento (C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione*, cit., p. 1342 e G. MONTELEONE, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 1083). Per una radicale negazione della suddetta correlazione necessaria, v. V. DENTI, in *Riv. dir. proc.*, 1985,

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 (26); mentre, d'altra parte, ogni elemento patrimoniale (27) 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 tendenziale 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, 2° comma, c.c.) (28), esso deve trasformarsi per poter essere eseguito (29). 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

p. 255; per un suo superamento, non lontano dalle considerazioni qui svolte, G. IMPAGNATIELLO, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 80.

D'altra parte, ci sembra che la nozione di condanna in senso ampio possa essere utile con riguardo alle condanne indirette, ossia alla loro funzione compulsoria per l'adempimento spontaneo, tipica delle *astreintes*, ma in qualche misura presente anche in alcuni provvedimenti cautelari (su quest'ultimo punto, v. oltre, § 43, nella nota 4, e § 44, al richiamo della nota 83 e nella nota stessa), o, negli ordinamenti anglosassoni, nella condanna ai c.d. *punitive damages*, rispetto alla cui compatibilità con il nostro ordinamento le sezioni unite (Cass. sez. un. 5 luglio 2017 n. 16601) hanno definitivamente chiarito che il meccanismo dei danni punitivi non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano, purché la sentenza straniera che ne faccia applicazione provenga da un ordinamento nel quale, come in quello italiano, viga la tipicità delle ipotesi di condanna; in precedenza, nel senso della contrarietà all'ordine pubblico interno: Cass. 8 febbraio 2012 n. 1781 (in *Foro it.*, 2012, I, 1449, con nota critica di R. DE HIPPLYTIS); Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183 (in *Giur. it.*, 2008, p. 395, con nota di A. GIUSSANI); v. anche retro, la nota 10 del § 51 nel vol. III.

(26) V., sul punto, G. MONTELEONE, *Profili processuali e sostanziali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, p. 78; A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 11; per l'evoluzione più recente v. M. ACONE, *Divagazioni sui diritti del debito(re)*, in *Riv. es. forz.*, 2020, p. 931; A. TEDOLDI, *Debito, responsabilità ed esecuzione forzata in tempo di crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 45.

(27) Per l'esigenza di ricomprendere fra i beni suscettibili di espropriazione forzata anche le c.d. cripto-valute (ad es., *bitcoin*) nella disponibilità del debitore cfr. G. FINOCCHIARO, *Le cripto-valute come elementi patrimoniali assoggettabili alle pretese esecutive dei creditori*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 86; M.G. CANELLA, *Esecuzione forzata su criptovaluta: qualche idea e nessuna certezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 235.

(28) V. retro, la nota 21.

(29) La quale trasformazione, nel caso di impossibilità di esecuzione specifica, può avvenire automaticamente e comunque, in sede di cognizione, senza che ciò implichi mutamento della domanda (Cass. 28 luglio 2005 n. 15883).

nuta soluzione di quei problemi (30). 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*) (31) oppure co-

(30) Cfr. Cass. 21 luglio 1984 n. 4277. Non ci sembra che questa precisazione sia stata tenuta presente da chi ha di recente rimproverato, a quest'impostazione, l'aver lasciato nell'ombra le diverse esigenze suggerite dai diversi diritti sostanziali, nello sforzo di ricondurre all'esecuzione forzata in forma specifica la generica tendenza restitutoria o ripristinatoria del diritto leso (G. MONTELEONE, *Riflessioni*, cit., p. 2280).

Questa tendenza dell'ordinamento (non solo processuale, ma anche sostanziale) a favorire, quanto più possibile, l'attuazione dei diritti nella loro individualità specifica si manifesta anche in quel settore della tutela giurisdizionale in via costitutiva non necessaria per il quale la dottrina spesso si serve dell'espressione *esecuzione non forzata in forma specifica* (v., per tutti, C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., p. 561) in relazione allo strumento offerto dall'art. 2932 c.c. Con questo strumento si attua (al momento del passaggio in giudicato della sentenza: Cass. 22 febbraio 2010 n. 4059, in *Foro it.*, 2010, I, 2082) nella sua individualità specifica il patto preliminare e (secondo quanto si è ritenuto: v. App. Milano 4 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 472, con nota di G. INGINO) anche il patto di prelazione, sempre in quanto sussista la priorità della trascrizione della domanda. Sull'argomento v. cenni nel vol. I, § 3 e, ampiamente, L. MONTESANO, *Contenuti e sanzioni delle obbligazioni da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 31, specie per il rilievo che gli effetti negoziali sono predeterminati nel preliminare e si verificano nel momento che verrà stabilito nella sentenza. Nel caso di preliminare a prestazioni corrispettive, la giurisprudenza ritiene che chi chiede l'esecuzione specifica debba quanto meno dichiararsi pronto ad eseguire la sua prestazione. Più precisamente, se nel preliminare è prevista la contestualità delle prestazioni, è sufficiente la semplice offerta non formale; se invece è previsto che la controprestazione (ad es., pagamento del prezzo) debba precedere la stipulazione, occorre il pagamento nel domicilio del creditore o l'offerta formale (Cass. 13 dicembre 2007 n. 26226). Con la conseguenza che il mancato pagamento del prezzo concreta un'ipotesi di inadempimento, la quale potrebbe comportare la risoluzione del rapporto sorto in forza della sentenza (Trib. Torino-Moncalieri 8 aprile 2009, in *Giur. it.*, 2009, p. 2687, con nota di B. MUSTI).

Nel caso in cui il bene promesso in vendita appartenga a terzi, l'acquisto da parte del promittente venditore costituisce condizione dell'azione ex art. 2932 c.c. ed è sufficiente che risulti avvenuto prima della decisione (Cass. 22 giugno 2004 n. 11572), mentre il terzo proprietario non può essere convenuto con l'azione ex art. 2932 (Cass. 20 agosto 2014 n. 18097); nel caso in cui si tratti di preliminare di compravendita di immobile e manchi la prescritta licenza o concessione edilizia o l'immobile sia stato costruito in totale difformità da essa, la sentenza ex art. 2932 c.c. non potrà essere pronunciata, salvo che si tratti di semplice irregolarità urbanistica non oltrepasante il limite della parziale difformità rispetto alla concessione (Cass. 7 aprile 2014 n. 8081); neppure potrà essere pronunciata in caso di preliminare di vendita di bene indiviso (Cass. 8 ottobre 2014 n. 21286).

La sopravvenienza di iscrizioni o trascrizioni sull'immobile non impedisce la domanda di esecuzione specifica del preliminare (Cass. 14 dicembre 1999 n. 14025, in *Foro it.*, 2000, I, 3562), ma consente al promissario acquirente di chiedere al giudice di fissare modalità e condizioni per acquistare l'immobile libero da vincoli (Cass. 23 settembre 2004 n. 19135). In argomento v. anche G. DI ROSA, *Circolazione immobiliare e contrattazione preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 107.

(31) Sull'argomento, v. C. MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit.; V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953; L. MONTESANO, *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 524; ID., *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, p. 95; F.P. LUISO, *Esecuzione forzata (esecuzione forzata in forma specifica)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989; F. TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 237; B. CAPPONI, *Manuale*⁴, cit., p. 373.

me 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*) (32). Tendenzialmente estranee a questa contrapposizione tra esecuzioni dirette ed esecuzioni indirette sono alcune altre forme di esecuzione alquanto eterogenee e che talora vengono empiricamente raggruppate sotto la denominazione generica di *esecuzioni speciali* (33).

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* (34) (disciplinata dal codice nel titolo terzo del libro dedicato al processo esecutivo), 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* (35) (disciplinata nel titolo quarto), attraverso la quale il creditore del fare o del non fare può conseguire la medesima specifica prestazione di fare o la eliminazione di quanto fatto in violazione dell'obbligo di non fare (v. artt. 2931 e 2933 c.c.) (36).

(32) Nel qual caso anche l'espropriazione assolve ad una funzione restitutoria diretta. Sono invece – e per definizione – estranei al campo dell'esecuzione forzata quegli ordini (li si voglia o meno qualificare condanne: v. la nota 24 in questo § e vol. I, § 15, nota 41), che, in relazione alla non eseguibilità specifica, sono attuabili con misure coercitive.

(33) Un esame congiunto di queste eterogenee forme di esecuzione è compiuto da A. DE PAULI, *Le esecuzioni speciali*, in *Riv. es. forz.*, 2004, p. 687. Tale esame in effetti raggruppa talune forme di autotutela (più o meno apparente), come le vendite e l'acquisto in danno di cui agli artt. 1515 e 1516 c.c. e 83 disp. att. c.c.; a forme di espropriazione parzialmente private (come l'esecuzione sulle cose mobili in pegno di cui agli artt. 2796 e ss. c.c. e su cui v. oltre, § 17, nota 75); l'esecuzione forzata su navi ed aeromobili come disciplinata dal codice della navigazione, nonché le esecuzioni in materia di brevetti e invenzioni industriali come disciplinate dal codice della proprietà industriale (D.Lgs. 30/2005).

(34) Sull'argomento, v. V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., pp. 68, 158; C. MANDRIOLI, *Esecuzione forzata per consegna o rilascio*, in *Nss. Dig. it.*, VI, Torino, p. 701; ID., *In tema di esecuzione per consegna o rilascio contro il terzo possessore o detentore*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 579; G. TRISORIO LIUZZI, *L'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili*, in *Riv. es. forz.*, 2003, p. 1; F. TOMMASEO, *L'esecuzione*, cit., p. 244; B. CAPPONI, *Manuale*⁴, cit., p. 380; G. DI ROSA, *Circolazione immobiliare*, cit., p. 107; M. BOVE, *Esecuzione forzata per consegna o rilascio*, in *Diritto on line Treccani*, 2013.

(35) Sull'argomento v. V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., pp. 88, 211; C. MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Nss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 764; G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1965; F. TOMMASEO, *L'esecuzione*, cit., p. 248; B. CAPPONI, *Manuale*⁴, cit., p. 385; E. SILVESTRI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare*, in *Diritto on line Treccani*, 2013.

(36) Si è molto discusso e si discute sulla possibilità di utilizzare le forme dell'uno o dell'altro tipo di esecuzione specifica (art. 2930 o art. 2931 c.c.) per eseguire specificamente le obbligazioni aventi ad oggetto una determinata quantità di cose mobili fungibili. Sull'argomento, che qui non può essere approfondito, v. C. MANDRIOLI, *Esecuzione forzata in forma specifica*, cit., p. 59; ID.,