

L'OGGETTIVIZZAZIONE DEL PROCESSO D'ESECUZIONE

(di Pier Girolamo Attanasio, candidato per la Laurea in Giurisprudenza)

Rel. - chiarissimo prof. Bruno Capponi

Correl. - chiarissimo prof. Andrea Panzarola

*Vi sono tre categorie di professioni legittimate nel portare la toga: il prete, il giudice e lo studioso.
La toga rappresenta l'integrità della coscienza di colui che la porta, la sua imparzialità nel giudizio,
la sua responsabilità esclusivamente davanti a sé stesso ed al suo Dio.
Simboleggia la intima sovranità di queste tre figure: queste dovrebbero essere le ultime a cedere di fronte
alle pressioni, e ad agire fuori dalla loro volontà.
(E. Kantorowicz)*

INDICE

INTRODUZIONE (I termini del problema ed i confini dell'indagine).

CAPITOLO PRIMO (L'oggettivizzazione del pignoramento e gli altri istituti del libro III).

1.1. - La tesi classica.

- _ 1.1.1. - Gli eventi sottostanti Cassazione n. 3531/2009.
- _ 1.1.2. - L'intervento è una scelta di rischio.
- _ 1.1.3. - L'intervento come domanda di collocazione a riparto.
- _ 1.1.4. - L'art. 629 c.p.c. funge da "valvola di sicurezza".

1.2. - I vizi del pignoramento: una "*summa divisio*".

- _ 1.2.1. - La giurisprudenza degli anni '70: l'idea di un'esecuzione collettivamente imputabile alla massa dei creditori.
- _ 1.2.2. - La tassonomia dei vizi (l'elaborazione del Tribunale di Cuneo).
- _ 1.2.3. - Il diallele.

1.3. - Massa dei creditori e l'acquirente della cosa pignorata: un conflitto fra pretendenti.

- _ 1.3.1. - Il punto.
- _ 1.3.2. - Il Tribunale di Vicenza: un riconoscimento soggettivo della "massa"?
- _ 1.3.3. - Il pignoramento successivo. Genesi ed evoluzione.

1.4. - La decisione delle Sezioni Unite n. 61/2014. La fine della diatriba?

- _ 1.4.1. - Il fatto
- _ 1.4.2. La Suprema Corte usurpa il ruolo della dottrina?

- _ 1.4.3. - Le Novelle ed il processo “oggettivato” (*jus superveniens* o falsa applicazione?).
- _ 1.4.4. - La composizione del contrasto.
- _ 1.4.5. - Conseguenze applicative.
- _ 1.4.6. - Un’aporia nella *ratio decidendi*.

CAPITOLO SECONDO (Mutamenti del titolo esecutivo).

2.1. - Fondamento giuridico dell’esecuzione (il “dogma” del titolo).

- _ 2.1.1. - Violenza e forza.
- _ 2.1.2. - *Nulla executio sine titulo* (*rectius: nulla poena sine lege*).
- _ 2.1.3. - “Certo, liquido, ed esigibile”.
- _ 2.1.4. - Topiche giurisprudenziale di difetto originario di titolo esecutivo.
- _ 2.1.5. - Difetto sopravvenuto di titolo esecutivo ed effetto espansivo esterno.

2.2. - *Tempus regit actum*.

- _ 2.2.1. - Breve interludio di teoria generale (l’art. 11 prel.).
- _ 2.2.2. - Il decreto d’ingiunzione come idea generale di giurisdizione dal punto di vista del creditore).
- _ 2.2.3. - Potenziali ermeneutici dell’art. 653 c.p.c.
- _ 2.2.4. - L’intervento titolato “sanante” e la “riforma” del titolo (limiti soggettivo-cronologici dell’effetto caducatorio).
- _ 2.2.5. - La teoria dell’oggettivizzazione viola il principio di *nulla executio sine titulo* e di *perpetuatio jurisdictionis*.
- _ 2.2.6. - Due differenti coppie di sentenze gemelle (i contrasti del 2013).
- _ 2.2.7. - Retroattività e restituzioni.

CAPITOLO TERZO (Conclusioni: una logica “mercantile” della giurisdizione).

3.1. - Alcuni principi costituzionali “à la carte”.

3.2. - Quale *par condicio*?

_ 3.2.1. - Lo spettro del *priorität Prinzip* si nasconde nell’ordinamento?

_ 3.2.2. - Una breve incursione oltre i modelli napoleonici (l’esecuzione forzata nel diritto al di là del Reno).

_ 3.2.3. - Quando scommettere sull’intervento (un approccio casistico).

3.3. - Una “giustizia ingiusta”.

INTRODUZIONE.

(I termini del problema ed i confini dell'indagine)

Il presente lavoro si propone di affrontare la questione “se la sostituzione di un titolo esecutivo ad un altro, di un potere espropriativo ad un altro, possa automaticamente verificarsi in seno all'espropriazione, in virtù di un'operazione interna di accomodamento o di compensazione, senza risentire i riflessi della caduta del pignoramento, in base al quale si erano individuati e destinati i beni di poi venduti”¹.

La legittimazione all'esercizio dell'azione in via esecutiva o titolarità dell'azione (idonea al suo esercizio in via) esecutiva, se è stato «non può essere che quella palesata dalle risultanze formali del titolo esecutivo.

Ed infatti, se in generale la legittimazione (*ad causam*) si riconduce alla titolarità dell'azione in quanto introdotta in un determinato modo dalla titolarità della situazione sostanziale per la quale si agisce, quando poi si passi a vedere più da vicino, da un lato, la legittimazione all'esercizio dell'azione in sede di cognizione e dall'altro la legittimazione all'esercizio dell'azione in via esecutiva, si deve incominciare col mettere in evidenza che quella situazione sostanziale è configurata dal diritto positivo come oggetto di “affermazione” da parte di chi agisce in sede di cognizione (arg. ex artt. 99, 100, 112, 163, n. 4 c.p.c.) e come oggetto di “accertamento in un titolo esecutivo” a favore di chi agisce in via esecutiva (arg. ex 474 c.p.c.).

Ed allora ne deriva che mentre la legittimazione all'azione in sede dichiarativa è data dalla titolarità della situazione sostanziale affermata, la legittimazione all'azione in sede esecutiva è data dalla titolarità della situazione sostanziale accertata nel titolo».

Sotto il profilo soggettivo, quindi, l'espressione “efficacia incondizionata del titolo” esprime l'idea che legittimato all'azione in sede esecutiva sia solo e soltanto chi dal titolo stesso venga menzionato quale creditore.

Sotto il profilo “oggettivo” dell'accertamento, invece, l'efficacia “astratta” (o incondizionata, che dir si voglia²) del titolo esecutivo emerge in antitesi all'idea di azione

¹ Confronta Verde, *Il pignoramento (studio sulla natura e gli effetti)*, Napoli 1964, p. 160.

² Confronta Mandrioli, *Legittimazione ad agire “in executivis” e successione nel credito*, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1957, p. 1355.

esecutiva come “*actio judicati*”; e cioè in antitesi alla prospettiva per cui la concreta titolarità del rapporto sostanziale sia condizione necessaria affinché possa procedersi ad esecuzione forzata, o comunque alla prospettiva per cui l’efficacia esecutiva dell’accertamento corrisponda per definizione all’efficacia preclusiva del medesimo.

Il diritto positivo, tuttavia, si incarica di smentire chiaramente la teoria secondo cui l’efficacia esecutiva dell’accertamento combaci perfettamente con la sua efficacia preclusiva: prova ne siano la regola per cui la sentenza di primo grado sia esecutiva indipendentemente dalla proposizione del gravame (art. 282 c.p.c.), e la possibilità di accertamenti incompleti o superficiali nondimeno immediatamente esecutivi (uno fra tutti, il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo)³.

Ma si incarica anche di smentire che il grado di “effettiva esistenza” dell’azione esercitata in sede esecutiva, non è necessario che sia maggiore di quello che le permette di “esistere” in sede di cognizione: “certo la precedenza del processo di cognizione, risponde storicamente e politicamente anche all’opportunità di evitare atti esecutivi quando manchi la certezza dell’inadempimento ad un precetto legale”⁴, ma di sicuro l’esistenza di un accertamento (anche incompleto o superficiale) non è condizione necessaria per agire *in executivis*.

Ciò detto appare evidente come il processo d’esecuzione possa vivere indipendentemente da una sua coerenza col diritto sostanziale. Anzi, il congegno del titolo esecutivo sembrerebbe proprio studiato affinché l’azione esecutiva possa “*oggettivarsi*” rispetto alla realtà dei rapporti esistenti o meno sul piano del diritto sostanziale.

Chi oggi parla tuttavia di “oggettivizzazione del processo d’esecuzione” non intende fermarsi all’idea per cui ai fini dell’esecuzione la titolarità del rapporto sostanziale sia aspetto totalmente irrilevante, essendo il titolo condizione sufficiente dell’azione esecutiva, ma intende indicare una particolare, seppur prevalente, posizione dottrinale secondo cui nel processo d’esecuzione forzata in forma generica disciplinato dal libro III c.p.c., gli effetti giuridici (sostanziali e processuali) dei singoli atti della procedura vadano essi stessi valutati in astratto, e cioè a prescindere dal fatto che l’intera

³ O addirittura l’effetto cambiario, per il quale potrebbe dubitarsi finanche della sua natura di atto d’accertamento.

⁴ Cfr. Liebamn, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, in Riv. Dir. Proc. 1934, p. 135.

serie esecutiva sia riferibile sempre e solo al titolo esecutivo di partenza, potendosi anche immaginare, in ipotesi, complessi fenomeni successori fra titoli esecutivi⁵.

Detto altrimenti, ciò che sarebbe sufficiente ai fini di una valida esecuzione, secondo questa teoria è una “semplice catena interscambiabile di titoli esecutivi”⁶.

«Il complesso fenomeno della successione del/nel titolo esecutivo si presta ad un inquadramento duplice, dato che, accanto al profilo della successione soggettiva nella posizione di “precedente” (...), si pone quello della c.d. successione oggettiva, relativo cioè all’alternarsi di titoli esecutivi in senso formale, ma pur sempre appartenenti allo stesso creditore»⁷.

Talché, il giudizio di validità dell’atto esecutivo andrà svolto isolando la singola fattispecie concreta dalle contingenze dell’intera esecuzione, e studiandola sotto il profilo della sua regolarità formale e del suo esser stata l’epifenomeno di un valido titolo esecutivo.

Posto in essere un valido pignoramento, ad esempio, la prosecuzione dell’attività esecutiva sarà riferibile a quel pignoramento, indipendentemente dalla circostanza che il titolo esecutivo sulla scorta del quale fu impresso il vincolo espropriativo possa risultare successivamente dichiarato difettoso. Banalmente, *a quel pignoramento ma non a quel diritto*.

Ora, poiché in materia esecutiva, il requisito della legittimazione ad agire si risolve, assieme agli altri requisiti dell’azione, nella circostanza che l’“attore” appaia creditore in virtù dell’esibizione di un titolo esecutivo all’organo della procedura, l’accertamento del difetto di cui stiamo parlando è l’accertamento del difetto del titolo esecutivo⁸.

⁵ Scrive allora Capponi (*Vicende del titolo esecutivo nell’esecuzione forzata*, in Corr. Giur. 2012, p. 1514) adesivo verso la teoria dell’oggettivizzazione, che “l’esecuzione forzata deve sempre essere sorretta da un titolo esecutivo; ma questo, oggettivamente, può cambiare, senza perciò determinare interruzioni nell’esercizio dell’azione esecutiva”.

⁶ Così Russo, *Vecchi e nuovi problemi*, cit. *infra*, p. 522.

⁷ Micali, *Titolo esecutivo e “conflitti esecutivi”: alcune dinamiche in materia di esecuzione forzata nella più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in Riv. Esec. Forz. 2014, p. 421.

⁸ Cfr. Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2016, p. 89; Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, IV, Torino 2016, p. 22.

Nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (decisamente schierata, per ora, dalla parte di coloro che sostengono la dottrina appena introdotta) l'espressione comparire per la prima volta in un'ordinanza di rimessione al primo Presidente pronunciata dalla sezione civile III⁹, nella quale si fa presente la perplessità del caso in cui, venendo meno l'azione esecutiva in capo al creditore pignorante, qualora nell'espropriazione siano intervenuti ex art. 499 c.p.c. creditori muti di titolo esecutivo (fattispecie che, avremo modo di vedere, costituirà un vero e proprio *leitmotiv* nel corso del presente studio), la caducazione o meno, assieme al titolo, dell'intero processo d'esecuzione dipenderebbe dal lasciare ai creditori titolati la possibilità o meno, di fruire degli effetti favorevoli dell'attività compiuta dal creditore procedente: "effetti i quali si oggettivizzerebbero e consoliderebbero in favore di tutti i partecipanti alla procedura"¹⁰.

Tale "rilevanza meramente oggettiva delle attività processuali di volta in volta dispiagate per l'impulso e lo sviluppo del processo"¹¹ nascerebbe dal rilievo per cui, essendo nel caso di specie gli interventori, allo stesso modo del procedente, titolari dell'azione esecutiva, i loro poteri processuali non possono che collocarsi su di un piano assolutamente paritetico, rispetto a quello sul quale giacciono le facoltà processuali del procedente.

L'espressione "oggettivizzazione degli atti nel corso della procedura espropriativa" viene, infine, adoperata dalle Sezioni Unite Civili¹² le quali, in sede di

⁹ Cassazione sez. III, 30 gennaio 2013, n. 2240 (Pres. Berruti, Rel. De Stefano), in Riv. Esec. Forz. 2013, p. 161, con nota di Tiscini, *Alle Sezioni Unite la questione della sorte del processo esecutivo, nel caso di venir meno del titolo del creditore procedente, pure in presenza di intervenuti titolati*, e in Giusto Proc. Civ. 2013, p. 827, con nota di Majorano, *Il principio di "fungibilità" dei titoli esecutivi rimesso al vaglio delle Sezioni unite*.

¹⁰*ibidem*

¹¹*ibidem*

¹²Cassazione sez. un., 7 gennaio 2014, n. 61 (Pres. Rovelli, Rel. Spirito), in Riv. Esec. Forz. 2014, p. 191, con nota di G. Monteleone, *Noterelle sulla sentenza della Cass., S.U., 7-1-2014, N. 61*; Piloni, *L'esecuzione forzata: tra oggettivizzazione degli atti esecutivi ed esigenze di efficienza della giurisdizione esecutiva*; Russo, *Le conseguenze dell'oggettivizzazione (del pignoramento). Ricadute sull'intervento nell'esecuzione forzata della decisione Cass., S.U., 7-1-2014, n. 61*; V. Monteleone, *L'oggettivizzazione del pignoramento: tramonta la concezione astratta del titolo esecutivo?*; in Riv. Dir. Proc. 2014, p. 481, con nota di Capponi, *Le Sezioni Unite e l'"oggettivizzazione" degli atti dell'esecuzione forzata*; in Cor. Giur. 2014, p. 971, con

composizione del contrasto proposto dall'ordinanza della sezione III circa la posizione autonoma o dipendente rispetto al titolo del creditore pignorante dell'interventore titolato nel processo d'esecuzione, la utilizzano per esprimere l'idea secondo cui gli atti dell'esecuzione "prescindono dal soggetto che concretamente li ha posti in essere (...) e si compongono di un'unica sequenza che parte dal pignoramento (...) per concludersi con la vendita del bene pignorato, cui segue la distribuzione del ricavato"¹³, con la naturale conseguenza che "nel processo d'esecuzione, la regola secondo cui il titolo esecutivo deve esistere dall'inizio alla fine della procedura va intesa nel senso che essa presuppone non necessariamente la costante sopravvivenza del titolo del creditore procedente, bensì la costante presenza di almeno un valido titolo esecutivo (sia pure dell'interventore) che giustifichi la perdurante efficacia dell'originario pignoramento. Ne consegue che, qualora, dopo l'intervento di un creditore munito di titolo esecutivo, sopravviene la caducazione del titolo esecutivo comportante l'illegittimità dell'azione esecutiva dal pignorante esercitata, il pignoramento, se originariamente valido, non è caducato, bensì resta quale primo atto dell'*iter* espropriativo riferibile anche al creditore titolato intervenuto, che prima ne era partecipe accanto al creditore pignorante"¹⁴.

Dunque l'espressione "oggettivizzazione del processo d'esecuzione" non designa, nel contesto delle sentenze citate, una categoria giuridica unitaria, ma indica soltanto, da un lato, il regime circa la stabilità degli effetti processuali esecutivi prodotti dal compimento di atti processuali esecutivi, e dall'altro la mera cifra comune di un insieme eterogeneo di fattispecie, ciascuna delle quali soggetta a una propria disciplina giuridica, tutte però di volta in volta coordinate alla tutela di questo o quel valore, quale potrà essere, a seconda dei casi la tutela dell'affidamento dei terzi (e quindi l'interesse collettivo alla

nota di Metafora, *Le Sezioni Unite e la sorte dell'espropriazione in caso di sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*; in Giusto Proc. Civ. 2015, p. 511, con nota di Russo, *Vecchi e nuovi problemi in tema di di intervento dei creditori nell'esecuzione (note a margine di Cass. S.U. n. 61 del 7 gennaio 2014)*.

¹³*ibidem*

¹⁴*ibidem*. Va da subito dato atto che, come giustamente rilevato da Pilloni (*Intervento*, cit., p. 304), «la giustificazione offerta dal supremo Consesso alla soluzione che consente all'interveniente titolato di sorreggere e coltivare la procedura esecutiva è stata fornita, invero, senza sbilanciarsi in un'affermazione dogmatica tanto impegnativa quanto quella della "equipollenza dei titoli esecutivi" all'interno del recinto dell'esecuzione forzata, ma facendo appello alla rilevanza meramente oggettiva dell'attività processuale compiuta in seno al processo esecutivo, di cui la "fungibilità" dei titoli risulta essere il necessario epilogo».

sicurezza della circolazione giuridica dei beni), la *par condicio creditorum* (e quindi l'interesse che non venga premiato alcun creditore *ratione temporis*), la conservazione dei valori normativi (e quindi l'interesse d'evitare lo sperpero di utile attività processuale); o ragioni più o meno di "coerenza sistematica" (una fra tutte, la questione circa la convivenza di pignoramento successivo ed intervento titolato).

Ad ogni modo, «il criterio della fungibilità, posta l'esistenza di un valido titolo nel momento in cui l'esecuzione ha avuto inizio, consente la prosecuzione e la finalizzazione dell'esecuzione (il discorso deve valere almeno sino alla vendita) ma a condizione che un titolo compaia o permanga a giustificarla».

In tale prospettiva, «sarebbe stato forse preferibile, secondo alcuni¹⁵, rinunciare all'idea tradizionale che fa del pignoramento un atto bisognoso o suscettibile di "conferma" per l'intero arco dell'esecuzione (sul riflesso della perdurante esistenza del titolo esecutivo) e riconoscere che, col pignoramento, la cui validità dev'essere giudicata alla luce delle condizioni esistenti all'atto del suo compimento (*tempus regit actum*), ha inizio un processo giurisdizionale soggetto a regole proprie, nel quale al creditore procedente non è (più) riconosciuto il monopolio nell'esercizio dell'azione esecutiva di espropriazione e la cui struttura è destinata a mutare a seconda che spieghino intervento creditori muniti di titolo, i quali si collocano su un piano di parità rispetto al creditore procedente. Un processo, tra l'altro, che assegna ad atti intermedi (la vendita) esiti stabili, prescindendo dalla 'giustizia' dell'esecuzione: fatto che sarebbe del tutto inconcepibile nel processo dichiarativo (...). Che l'esecuzione possa giustificare se stessa per impulso di creditori che vantano azioni esecutive concorrenti» - viene aggiunto - «non è evento eccezionale, ma una realtà che appartiene alla logica propria allo stesso processo di esecuzione forzata»¹⁶.

¹⁵ Vedi Capponi, *Le Sezioni Unite*, p. 501.

¹⁶ *ibidem*

Un tale sistema, allora, non potrà assolutamente prescindere dall'accoglimento incondizionato della dottrina della oggettivizzazione degli atti esecutivi, a pena di incoerenza^{17 18}.

Altrove¹⁹ viene poi precisato che «il creditore interveniente si trova in una posizione affine a quella dell'interveniente principale nell'esecuzione forzata: egli porta un diritto in potenziale contrasto non solo con il debitore escusso, ma anche con il creditore precedente. Ed invero, il diritto alla distribuzione vantato da questo potrà essere pregiudicato dal concorso con il creditore intervenuto: se non altro in termini di possibile incapienza del bene venduto (ma anche di maggior complessità della procedura esecutiva et cetera», ponendo l'accento sull'opportunità prativa di un'adesione alla tesi dell'oggettivizzazione.

Ovviamente non mancano casi in cui l'impalcatura teorica del ragionamento entra in crisi: prima fra tutte la coerenza di una intercambiabilità soggettiva di titoli esecutivi in corso d'esecuzione con la regola *nulla executio sine titulo*, atteso che i provvedimenti di caducazione del titolo sembrano dispiegare effetti retroattivi su di esso (*ex tunc*, come si dice), e di conseguenza, nel caso di venir meno dell'azione in capo al precedente, non possa neppure astrattamente escludersi l'assenza di uno *spatium temporis* più o meno largo, entro il quale l'esecuzione fu condotta abusivamente, pur nella ipotesi di una successiva accessione in esecuzione per intervento titolato.

La regola di cui all'art. 474 c.p.c., infatti, «impone che un titolo esecutivo vi sia sempre e comunque, per tutta la durata della procedura. Quando perciò il titolo del precedente viene meno con efficacia retroattiva, la sua sopravvenuta mancanza non può essere compensata dalla presenza di un qualsiasi creditore intervenuto titolato (che, ovviamente, ha spiegato intervento in data successiva al pignoramento) perché il titolo

¹⁷ Non senza che si corra il rischio di sfociare in una sua variante estremistica, che verrà di seguito illustrata, e che fa capo alla sentenza delle SSUUU n. 21110/2012, cit. *infra*.

¹⁸ Anche considerando che, come efficacemente detto da Petrillo (*Intervento*, cit. *infra*, p. 514) «sostenere che nel processo esecutivo l'intervento debba essere travolto dall'accertamento dell'inesistenza del diritto del creditore pignorante a procedere ad esecuzione forzata sarebbe come sostenere che nel processo di cognizione debba essere dichiarato inammissibile l'intervento di un terzo ogni qualvolta la domanda dell'attore sia infondata».

¹⁹ Vedi Russo, *Vecchi e nuovi problemi*, cit., p. 527., e dello stesso autore, *Le conseguenze*, cit., p. 315.

esecutivo, venuto meno *ex tunc* è come non fosse mai esistito. Si deve dare conto quindi di un periodo più o meno lungo (anteriore all'intervento titolato) in cui la procedura è vissuta in assenza di titolo. Si pensi, ad esempio (per rimanere nella categoria dei titoli giudiziali) alla riforma integrale in appello di una sentenza esecutiva di primo grado. In questo caso l'esecuzione non può proseguire sulla base del titolo del creditore procedente, ma non può proseguire neppure sulla base del creditore titolato intervenuto successivamente, perché il titolo del creditore procedente "è come se non fosse mai esistito"²⁰.

A ben guardare infatti il problema attiene ai limiti temporali e soggettivi della riforma del titolo esecutivo. Come è noto "la riforma o la cassazione" giusta l'art. 336 comma secondo c.p.c. "estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata", fra i quali non si dubita, salvo qualche scettico²¹, che vadano ascritti anche quelli esecutivi che su di essa si siano fondati.

In primo luogo, potrebbe sostenersi, infatti, che l'efficacia conformativa prescritta dall'art. 336 comma secondo c.p.c., sia inopponibile ai titoli esecutivi presenti nella procedura, da considerarsi estranei rispetto a quello riformato o cassato.

In tale prospettiva, affinché possa dirsi caduta l'intera procedura, occorrerà avere riguardo "non solo al regime del titolo giudiziale, ma anche a quello proprio del processo

²⁰ Vedi Tiscini, *Dei contrasti*, cit. *infra*, p. 522. Va tuttavia dato atto che, nel compiere quest'ultima osservazione circa il venir meno *ex tunc* del titolo esecutivo "come se non fosse mai esistito", l'annotatrice invoca l'autorità del Luiso, così come elaborata dall'autore nella quinta edizione della sua opera principale (*Diritto processuale civile*, III, Milano 2011, p.111), dove si concludeva in tal senso proprio in occasione della disamina del caso di riforma integrale del titolo esecutivo del procedente, per addivenire alla caducazione integrale della procedura espropriativa, pur in presenza di interventi titolati. Tuttavia nelle recenti edizioni del suo lavoro (*Diritto processuale civile*, III, Milano 2017, p. 116), il Luiso preferisce sospendere il giudizio sulla questione, limitandosi a far presente l'arresto delle Sezioni Unite n. 61/2014, e ad evidenziare che l'adesione alla ricostruzione da esso prospettata, implica "*a fortiori*" che la stessa regola di intangibilità nei confronti dell'interventore titolato, valga nell'ipotesi di successivo accoglimento dell'opposizione all'esecuzione proposta in confronto del procedente (punto intorno a cui, nella più risalente edizione, l'autore invece sospendeva il giudizio).

²¹ Nel novero dei quali rientra il Luiso; ma il punto verrà approfondito di seguito.

esecutivo che con quel titolo è stato intrapreso”²², volendosi esprimere in tal modo l’idea che la regola sull’effetto espansivo esterno viga “compatibilmente con l’applicazione di altre regole proprie del particolare ambiente cui l’atto appartiene”²³, prima fra tutte quella secondo cui “il creditore titolato, spiegando intervento, propone un’autonoma azione, fondata su un titolo esecutivo diverso ed autonomo rispetto a quello del creditore procedente”²⁴.

In secondo luogo, potrebbe predicarsi, invocando il principio *tempus regit actum*, la validità dell’attività esecutiva compiuta nonostante la caducazione del titolo, regola applicabile anche allo svolgimento dell’attività processuale in sede esecutiva: l’attività esecutiva compiuta sulla scorta di un titolo esecutivo, dunque, è da ritenersi ad ogni effetto valida, nonostante la pendenza di un giudizio di impugnazione avente ad oggetto il titolo. Anche l’eventuale riforma del titolo, infatti, non potrà che soggiacere alla regola *tempus regit actum*, con la conseguenza che neppure la riforma integrale della sentenza potrà impedire la conservazione di “fatti esecutivi” ormai da considerarsi compiuti.

Va tuttavia dato da subito atto che l’invocazione dei principi propri del processo d’esecuzione onde giustificare la validità delle aggressioni compiute sulla scorta del titolo caducato, è aspramente censurata dal filone dottrinario²⁵ secondo cui gli effetti del venir meno del titolo giudiziale sul processo esecutivo non possono che essere «una conseguenza delle sue vicende sul piano della tutela dichiarativa, conseguenza che si produce in un momento logicamente successivo a quello in cui si disciplinano gli effetti dell’impugnazione. In altri termini, per individuare gli effetti sull’esecuzione derivati dall’impugnazione e/o modifica/revoca di un titolo giudiziale, occorre avere riguardo alle peculiarità del rimedio avverso il provvedimento considerato; le conseguenze che ciò riversa sull’esecuzione in corso sono senz’altro dovute a regole proprie del processo esecutivo che però presuppongono già risolto il problema della efficacia e degli esiti dell’impugnazione».

²² Così Capponi, *Vicende del titolo esecutivo*, cit., p. 1518.

²³ Ancora Capponi, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 505.

²⁴ Così nuovamente Capponi, *Ancora sull’autonomia*, cit. *infra*, p. 646.

²⁵ Soprattutto Tiscini, *Alle Sezioni Unite*, cit., p. 178.

Un'ulteriore complicazione che la teoria dell'oggettivizzazione si porta è quella relativa alla convivenza del pignoramento successivo e dell'intervento quali forme di realizzazione distinte del concorso dei creditori: l'unificazione funzionale dei due strumenti, infatti, rischierebbe di cancellarne la distinzione, poiché affermarne la piena equivalenza circa il regime degli effetti implicherebbe la possibilità di un'indifferenza assoluta nella scelta fra questa o quella modalità processuale.

L'opinione (che potrebbe essere sollecitata dalle riforme legislative del biennio 2005-2006) “muove anzitutto dall'individuazione di una sorta di parallelismo tra il diritto di procedere ad esecuzione forzata dell'istante e il diritto ad intervenire da parte del titolato, per i quali concorrono i medesimi presupposti del titolo esecutivo e del credito in esso consacrato.

Tale parallelismo trova poi linfa in uno studio comparato sulle modalità di accesso alla procedura esecutiva da altri promossa da parte dei creditori titolati, onde mettere in luce come in taluni sistemi processuali stranieri, l'azione dell'interveniente *cum titulo* sia dotata di un'autonomia che non viene mai a cadere per effetto dell'inesistenza del credito o del titolo del primo pignorante; infine sostenendosi l'idoneità dell'intervento titolato a sorreggere *ex nunc* la procedura esecutiva nel caso in cui sia dichiarata inefficace l'aggressione patrimoniale condotta dal procedente per ragioni personali, con ciò optandosi per l'equiparazione *quoad effectus* tra intervento semplice e pignoramento successivo”²⁶.

Ma la diversa incidenza delle diverse forme d'aggressione è incontestabile, non potendosi negare, infatti, che l'istituto del pignoramento successivo «riconosce al creditore pignorante successivo una tutela più intensa rispetto a quella assicurata agli intervenuti dagli artt. 499 s.s. L'art. 493 c.p.c., difatti, nello stabilire che ogni pignoramento ha un effetto indipendente “anche se unito ad altri in un unico processo” consente al pignorante successivo di beneficiare del regime di cui all'art. 2913 c.c., in base al quale gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e degli intervenuti. Con la consapevolezza però

²⁶ Vedi Pilloni, *Intervento*, cit., p. 340-341.

che se cade il primo pignoramento divengono efficaci gli eventuali atti di disposizione della res pignorata eseguiti nel lasso di tempo intercorrente tra i due vincoli»²⁷.

Appare evidente allora, che riconoscere al creditore titolato l'idoneità a sorreggere in piena autonomia la procedura a far data dalla proposizione del ricorso ex art. 499 c.p.c., annichilirebbe oltremodo la distinzione funzionale fra esso e l'intervento, per non parlare delle enormi complicazioni di cui una tale ricostruzione sarebbe foriera in tema di trascrizione.²⁸ In questo caso si tratterà d'analizzare gli istituti del pignoramento ulteriore e dell'intervento, per poi compararli.

CAPITOLO PRIMO.

(L'oggettivizzazione del pignoramento e gli altri istituti del libro III)

1.1. - La tesi classica.

1.1.1. - Gli eventi sottostanti Cassazione n. 3531/2009.

In posizione diametralmente opposta rispetto all'idea di oggettivizzazione degli atti esecutivi si colloca la ricostruzione adottata dalla sezione III della Corte di Cassazione nel 2009²⁹: un soggetto sottoposto ad un'esecuzione immobiliare, *nella quale*

²⁷ Così Farina, *Caducazione*, cit. *infra*, p. 2038.

²⁸ Criticità messa in luce da Metafora, *Gli effetti della revoca*, cit. *infra*, p. 322-323.

²⁹ Cassazione, sez. III, 13 febbraio 2009, n. 3531 (Pres. Vittoria, Rel. Travaglino), in Riv. Esec. Forz. 2009, p. 311, con nota di Metafora, *Gli effetti della revoca del titolo esecutivo sui creditori intervenuti muniti di titolo e sull'aggiudicazione*; e di Pilloni, *Intervento di creditori titolati, difetto sopravvenuto di esecutivo del procedente e arresto della procedura esecutiva*; in Corriere Giur. 2009, p. 935, con nota di Capponi, *Difetto sopravvenuto del titolo esecutivo e intervento di creditori titolati*; in Riv. Dir. Proc. 2009, p. 1715, con nota di Corrado, *Intervento e pignoramento successivo: l'intervento non è una scelta di rischio*; in

intervenivano creditori muniti di titolo esecutivo, otteneva dalla Corte d'appello la revoca del decreto ingiuntivo speso per il pignoramento.

Successivamente il giudice dell'esecuzione non pronunciava il provvedimento di estinzione domandato dall'esecutato, sul presupposto che la caducazione del titolo esecutivo del creditore "originariamente procedente" non avesse determinato la speculare caducazione del pignoramento e di tutti i successivi atti esecutivi.

Disposta ed eseguita la vendita forzata, l'immobile veniva aggiudicato dopo essere stato per sei anni sottoposto a vincolo espropriativo.

L'esecutato, allora, lamentata la illegittimità della pronuncia di rigetto della predetta istanza di estinzione, e la conseguente illegittimità della prosecuzione dell'intera procedura esecutiva, proponeva (una non meglio precisata) opposizione alla vendita forzata, domandando la declaratoria di inefficacia di ogni atto esecutivo compiuto successivamente alla revoca del decreto ingiuntivo posto a fondamento della esecuzione.

Nello specifico, veniva dedotto, nuovamente, che l'accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo avesse comportato, con efficacia *ex tunc*, la irrimediabile caducazione del decreto stesso e la conseguente inefficacia di tutti gli atti esecutivi compiuti in base ad esso; osservava inoltre l'opponente che, nel caso di specie non potesse trovare applicazione la disciplina ex art. 629 c.p.c. la quale, tutt'altro che espressione di un principio generale, si sarebbe dovuta relegare alla sola ipotesi di rinuncia agli atti da parte del creditore procedente, a nulla rilevando la circostanza che l'intervento fosse titolato al fine di impedire la pronuncia di estinzione.

Particolarità, quest'ultima, valorizzata invece dai creditori intervenuti convenuti dall'esecutato nel giudizio d'opposizione all'esecuzione³⁰ (in tal modo, infatti, veniva

Giust. Civ. 2010, p. 2033, con nota di Farina, *Caducazione del titolo esecutivo e chiusura anticipata dell'espropriazione: quali effetti nei confronti dei creditori intervenuti e dell'acquirente in vendita forzata?*; in Giur. It. 2010, p. 385, con nota di Salvioni, *Brevi note sui poteri d'impulso dei creditori muniti di titolo esecutivo nell'espropriazione forzata singolare*; in Riv. Esec. Forz. 2012, p. 497, con nota di Petrillo, *Intervento dei creditori, inesistenza del diritto del creditore procedente e sorte del processo esecutivo*.

³⁰ Appuntandosi, infatti, la contestazione sollevata dall'esecutato sul diritto dei creditori intervenuti e muniti di titolo a proseguire l'azione esecutiva nonostante la caducazione del pignoramento conseguente al venir meno del titolo azionato dal creditore procedente, in ipotesi determinativo della nullità di tutti gli atti esecutivi.

riqualificata dal G.E. l' "opposizione alla vendita"), che concludevano per il rigetto della domanda attorea, sostenendo che la caducazione del titolo esecutivo azionato dall'originario creditore procedente non potesse in alcun modo pregiudicare le posizioni degli intervenuti in forza di autonomi titoli muniti di efficacia esecutiva: ciò perché le vicende relative al provvedimento monitorio azionato dal creditore pignorante non sarebbero state di ostacolo alla prosecuzione dell'esecuzione, né avrebbero potuto spiegare effetti relativamente agli atti esecutivi posti in essere *successivamente* alla caducazione del titolo *de quo*, provocata dalla pronuncia di annullamento di esso emanata dal giudice dinanzi al quale già era stato opposto.

L'idea di fondo dei creditori, nel caso di specie, era nel senso che gli articoli citati (e cioè gli artt. 500 e 629 c.p.c.) costituissero l'espressione di un più ampio principio, in forza del quale, al creditore che, intervenendo nell'esecuzione, avesse speso il proprio titolo esecutivo, sarebbe stata attribuita dall'ordinamento, mediante una norma inespressa, la possibilità di subentrare al creditore che, *per accidens*, si fosse ritrovato a rivestire all'inizio della procedura il ruolo di procedente: se, infatti, nonostante la rinuncia agli atti da parte del procedente, il creditore intervenuto titolato può proseguire l'esercizio dell'azione esecutiva *jure proprio* per il soddisfacimento della sua pretesa creditoria in via esecutiva (a differenza del creditore sfornito di titolo al quale tale facoltà è negata e la cui posizione subisce in toto le vicende del titolo del procedente), *a fortiori ratione*, va riconosciuta la salvezza della posizione dell'interventore titolato nonostante la caducazione del titolo principale, essendo la *ratio* della norma di cui all'art. 629 c.p.c. quella di impedire la lesione di una posizione autonoma e indipendente da parte di un soggetto (il procedente) il quale, benché creditore concorrente, resta pur tuttavia terzo rispetto al rapporto che lega l'altro creditore concorrente al patrimonio dell'esecutato; ammettendosi, in caso contrario, la possibilità di un'ingerenza nel libero esercizio di un'azione esercitata *jure proprio* da parte di un terzo. Il giudice dell'opposizione all'esecuzione, infine, opinava per l'immediatezza dell'effetto caducatorio della sentenza di primo grado di accoglimento della opposizione a decreto ingiuntivo, la quale avrebbe dovuto determinare sul provvedimento monitorio il travolgimento degli atti esecutivi già

compiuti, aderendo, è evidente, alla logica del “*venir meno ex tunc*” del titolo esecutivo³¹. Sulla scorta di questa riflessione il decreto di trasferimento dell’immobile subastato e aggiudicato al terzo, non poteva che essere affetto da nullità derivata.

Preso atto di ciò, veniva ordinata la rimozione *ex tunc* anche del decreto, a nulla giovando infatti la norma di cui all’art 2929 c.c. ai fini della stabilizzazione degli effetti della vendita forzata (non ricadendo il caso *sub iudice* nella fattispecie di “nullità degli atti esecutivi che hanno preceduto la vendita” e riferendosi piuttosto la norma sopra citata ai casi di atti affetti da vizi meramente formali).

Veniva quindi, ammessa la possibilità di subire l’evizione (art. 2921 c.c.), nonostante la sede “pubblica” in cui l’acquisto veniva posto in essere. Per quanto riguarda le domande di intervento titolate, venivano reputate di conseguenza prive di fondamento, essendo accessorie ad un’esecuzione abusiva per violazione della regola *nulla executio sine titulo* (essendo necessario, ai fini della validità dell’espropriazione, che l’intero *iter* processuale si fondi esclusivamente sul titolo del precedente).

1.1.2. - L’intervento è una scelta di rischio.

Per i giudici di legittimità, dunque, ai creditori legittimati *ad interventum* non può che riconoscersi la titolarità di mere azioni esecutive derivate. “La fattispecie costitutiva dell’intervento va difatti individuata direttamente nell’esercizio dell’azione esecutiva principale da parte del creditore precedente. Con la conseguenza che se viene meno il pignoramento, a causa dell’accertata inesistenza del titolo esecutivo, anche l’atto di intervento finisce per essere inevitabilmente travolto”³².

Il ricorso per cassazione proposto dall’aggiudicatario la cui posizione veniva travolta in ragione della dipendenza del suo acquisto³³ veniva rigettato dal Supremo

³¹ Sulla quale “logica” si veda la diatriba fra Tiscini, *Dei contrasti*, cit. infra, p. 509 e postilla di Capponi, *Venir meno ex tunc*, cit. infra, p. 525., di cui si parlerà ampiamente in seguito.

³² Così Farina, *Caducazione*, cit., p. 2037.

³³ Il quale formulava un “quesito” articolato in forma di affermazione del principio: “la revoca, in corso di esecuzione, del titolo esecutivo azionato dal creditore precedente per promuovere la procedura espropriativa non impedisce la legittima prosecuzione della stessa da parte dei creditori muniti di titolo esecutivo intervenuti anteriormente a detta revoca per realizzare in tale sede la pretesa, dagli stessi vantata in via coattiva, cosicché gli atti provocati con il concorso di questi ultimi sono pienamente validi ed efficaci”

Collegio sulla base “di una interpretazione logico-sistematica delle disposizioni coordinate dettate in tema di intervento e di pignoramento successivo”³⁴, ed in particolare rimarcando che, pur essendovi certamente corrispondenza logica fra l’autorizzare i creditori titolati a stimolare la procedura esecutiva in sostituzione del precedente, e il rendere necessario il loro assenso per l’estinzione di quel processo, non risulta invece altrettanto predicabile una “equivalenza *tout court*” tra titoli esecutivi nell’ambito dello stesso processo, i cui effetti si conserverebbero indipendentemente dalle sorti dell’originario titolo esecutivo che gli ha dato corso.

Secondo Cassazione n. 3531/2009, infatti, il solo atto d’intervento è inidoneo ad immunizzare la posizione del creditore titolato da qualsiasi vicenda pregiudizievole che possa in ipotesi subire il titolo esecutivo del precedente. Le norme sul pignoramento successivo infatti, oltre a disciplinare l’ovvia esigenza di accorpamento³⁵ delle varie pretese creditorie in un unico processo (artt. 524, 550, 561 c.p.c.), sono altresì volte a regolare lo specifico “effetto cautelare” di cui il creditore pignorante successivo beneficia, e che si aggiunge a quello tipico dell’intervento titolato. È risaputo, infatti, che «il vincolo di destinazione, che si sostanzia nell’inefficacia nei confronti dell’esecuzione degli atti di disposizione successivi ha, oltre che la funzione sanzionatoria, uno scopo conservativo o, se si vuole, cautelare, senza con quest’espressione confondere la “funzione” con la

³⁴ Vedi Cassazione n. 3531/2009.

³⁵ Accorpamento che l’ordine processuale esecutivo impone giusta le medesime ragioni per cui esso è imposto in sede di cognizione, come rileva infatti il Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2015, p. 112, secondo cui non si possa dar luogo a processi diversi per lo stesso bene pignorato (*rectius*, per lo stesso diritto sul bene pignorato) nei confronti dello stesso debitore. Osserva acutamente l’autore che la regola secondo cui il bene non può essere coattivamente venduto più volte (e secondo cui, in generale, non è pensabile in materia di diritti reali una deroga al carattere di esclusività della proprietà, giusta il brocardo *duorum pluriumve in solidum dominium esse non potest*), stia a fondamento della disciplina della litispendenza esecutiva, così come il principio del *bis de eadem re ne sit actio* ispira le regole sulla litispendenza nel giudizio di cognizione. Ma a ben guardare, come ci sembra evidenziare l’autore stesso, tanto il *ne bis in idem*, quanto il *duorum pluriumve* rappresenterebbero declinazioni diverse dello stesso principio: come non possono darsi due o più decreti di trasferimento dello stesso bene, così non possono darsi due o più sentenze sullo stesso diritto.

“natura” dell’atto che rimane anello necessario di un meccanismo rivolto all’attuazione di un tipo di tutela giurisdizionale che non è la tutela cautelare»³⁶

In riferimento, dunque, alle critiche di eccessiva incertezza che la situazione dell’intervento si trascinerebbe con sé (condividendo quindi un’idea volta a deprimere a tal punto il vigore dell’intervento), si potrebbe opporre la chiara e semplice osservazione che “non è illogico pensare che al creditore, sì terzo ma anche parte potenziale del procedimento esecutivo, tocchi l’onere di giudicare la buona pretesa del creditore procedente e la legittimità dell’azione da costui esercitata di cui intende, peraltro, sfruttare gli effetti (*cujus commoda, ejus incommoda*)”³⁷.

Infatti, immaginando che Sempronio creditore di Tizio (assieme a Cajo, che tuttavia a differenza sua ha già proceduto a pignoramento), “invece di un *semplice* intervento abbia fatto un successivo pignoramento”³⁸, qualora Tizio, proposta opposizione all’esecuzione in confronto di Cajo, si veda accolta la domanda, la caducazione degli effetti del primo pignoramento non pregiudica Sempronio, perché questi potrà sempre giovarsi degli effetti del secondo pignoramento, da lui posto in essere.

Si ha l’idea allora che l’opzione dell’intervento sia “scelta di rischio”, come autorevolmente è stato concluso da autorevole dottrina, in occasione dell’analisi del pignoramento successivo, il quale conserva un proprio “effetto indipendente” (art. 493 comma terzo c.p.c.) nonostante la riunione in più processi, e costituendo dunque rispetto all’intervento nell’esecuzione un’alternativa “forte”. Il legislatore, infatti, in occasione della disciplina del pignoramento ulteriore “ci avverte che anche nel caso di riunione, se per una qualsiasi ragione il pignoramento precedente o quelli precedenti perdessero efficacia, comunque il processo esecutivo continuerebbe sulla base di un valido pignoramento successivo, al quale bisognerebbe fare riferimento per stabilire il momento in cui è stato opposto il vincolo di indisponibilità. Ciò spiega anche la ragione per la quale

³⁶ In tal senso Izzo, voce “*Pignoramento in generale*”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino 2007; allo stesso modo Capponi, *Manuale di diritto dell’esecuzione forzata*, Torino 2017, p. 198, secondo il quale va anche considerata “la specifica funzione cautelare del pignoramento, atto volto a determinare sul bene del debitore (o del terzo ex artt. 2910 c.c. e 602 c.p.c.) che lo stesso atto individua, un vincolo di destinazione alle finalità esecutive in vista della soddisfazione del creditore procedente e degli intervenuti”.

³⁷ Vedi Majorano, *Il principio della “fungibilità”*, cit., p. 834.

³⁸ Cfr. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano 2015, p. 111, dove viene messa in luce la fattispecie proposta nel testo.

si ritiene ammissibile che il creditore pignori di nuovo il bene già da lui pignorato. Ciò farà quante volte tema che, per una qualsiasi ragione, il primo pignoramento possa venire meno o possa essere dichiarato inefficace. E ciò spiega anche perché talora si preferisca fare un pignoramento successivo, e non *soltanto* intervenire. Infatti, in questo modo si evita il *rischio* che, venuto meno il pignoramento, venga meno anche l'intervento”³⁹ ⁴⁰.

1.1.3. - L'intervento come domanda di collocazione a riparto.

Ricapitolando quindi, con la pronuncia in esame la Corte di legittimità, ribadisce l'insegnamento di una dottrina risalente, ma pur tuttavia autorevole, secondo cui il concorso di creditori sul patrimonio del debitore si attua, nell'espropriazione singolare e particolare, con i mezzi del pignoramento cumulativo, del pignoramento successivo e, *subordinatamente alla posizione del procedente*, dell'intervento⁴¹.

Ciò è sostenuto anche dal chi rileva che “la differenza tra intervento e pignoramento successivo si coglie unicamente nella importante circostanza che la eventuale invalidità del primo pignoramento o il suo venir meno a seguito dell'accoglimento dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., determina la caducazione degli interventi, ma non dei pignoramenti successivi i quali si presentano come autonomi rispetto al primo pignoramento”.⁴²

³⁹ Vedi Verde, *Diritto processuale civile*, Bologna 2010, p. 54-55.

⁴⁰ Certamente il ricorso mediante il quale viene spiegato l'intervento, da un lato ha costi processuali molto minori rispetto a quello del pignoramento, dall'altro mette al riparo l'interventore dalla responsabilità aggravata per un'eventuale accertamento dell'inesistenza del diritto per cui è stata iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, riferendosi l'art. 96 c.p.c. al creditore procedente che ha agito senza la normale prudenza, giacché è al creditore procedente che, almeno di norma, compete il compimento degli atti esecutivi nella fase dell'espropriazione.

⁴¹ Ma anche attraverso il mezzo del precetto intimato da più creditori, di cui parla il Garbagnati, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, p. 69, modalità di attuazione del concorso che tuttavia non menzionerà più nella successiva opera, *Il concorso di creditori nel processo di espropriazione*, Milano 1959.

⁴² Vedi Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, p. 723.

Quest'ultimo concreterebbe in modo tipico l'accessione di uno o più creditori ad un procedimento già pendente e si identificherebbe, dal punto di vista delle sue caratteristiche essenziali, come una mera "domanda di collocazione a riparto"⁴³: un atto, cioè, contenente una "*domanda per partecipare alla distribuzione della somma ricavata*" (art. 499 comma secondo c.p.c.), ed in generale dell'attivo liquido (analogamente alla istanza per l'ammissione al passivo nella procedura fallimentare)⁴⁴.

Quindi, mentre nel caso di pignoramento cumulativo (o congiuntivo, che dir si voglia)⁴⁵ i più creditori agenti si pongono sin dall'inizio sullo stesso piano, senza alcuna relazione di accessorietà l'uno rispetto all'altro, mentre l'accessorietà del pignoramento successivo rispetto al primo pignoramento è *meramente accidentale e non essenziale* (appena il pignoramento fondamentale perde effetto, quello successivo riprende autonoma pienezza)⁴⁶, l'intervento si inserisce *per definizione* in un procedimento già in atto e non può concepirsi se non nel quadro e nell'orbita di esso⁴⁷, senza possibilità alcuna

⁴³ In questo senso Travi, voce "*Intervento dei creditori nell'esecuzione*", in *Novissimo Digesto delle discipline privatistiche*, Torino 1962,

⁴⁴ Questa ricostruzione, non può essere di certo negato, ha l'inestimabile pregio di essere rispettosa del principio della domanda, essendo la conclusione circa gli effetti del ricorso per intervento tratta da un'analisi del contenuto della domanda che, proprio perché delimitata alla volontà di partecipare alla distribuzione, è da intendere implicitamente subordinata al buon esito della fase espropriativa. Prova ne sia che, successivamente alla vendita forzata, viene richiesto, ai fini dell'estinzione del processo per rinuncia agli atti da parte del procedente, anche il consenso dei creditori intervenuti "meri".

⁴⁵ E, se si vuole, nel caso di precetto intimato da più creditori, come puntualizzato nella nota 41.

⁴⁶ Chiaro e lapidario in tal senso il Travi, *Intervento*, cit., p. 973, che non transige sul principio per cui *accessorium sequitur principale*, ed evidenzia che l'intervento nell'espropriazione rappresenta un aspetto del più ampio fenomeno dell'esercizio di un'azione in via (*lato sensu*) accessoria rispetto ad un'altra, come risulta dallo stesso nome dell'istituto.

⁴⁷ E cioè entro e non oltre i confini del titolo esecutivo, in ossequio alla concezione classica per cui l'esecuzione forzata vada concepita come esecuzione, per così dire, di tutto il titolo e solo del titolo, rappresentando essa una sorta di "posizione avanzata dell'obbligazione" (confronta Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 2012 (ristampa), p. 287), e rispetto alla quale il titolo esecutivo è mero complemento (seppure necessario e sufficiente hic et nunc nella lotta per l'adempimento) non potendosi prescindere dalla necessità di una perfetta giustapposizione fra diritto ad esecuzione del quale si proceda, e diritto menzionato nel titolo (diritto "essiccato" da quest'ultimo nel suo contenuto e nei suoi termini soggettivi).

di divenire (se il pignoramento a cui accede perde efficacia) il fondamento autonomo di un processo esecutivo⁴⁸.

Senza però non essere costretto ad ammettere, che fra l'intervento nell'espropriazione e quello nel processo di cognizione corrono analogie "solo fino a un certo punto: chi interviene nel processo esecutivo, infatti, esercita un'azione non connessa per il titolo o per l'oggetto con quelle dei concorrenti". Se mai una qualche relazione fra una siffatta pluralità di azioni esiste (solo) relativamente all'identità dei beni su cui i creditori concorrenti indirizzano la loro aggressione, e con l'espropriazione dei quali intendono soddisfarsi.

1.1.4. - L'art. 629 c.p.c. funge da "valvola di sicurezza".

L'impianto argomentativo appena tracciato si collega con straordinaria coerenza alla soluzione circa il carattere tutt'altro che generale delle norme che attribuiscono all'interventore titolato il potere di provocare i singoli atti espropriativi e di impedire l'estinzione del processo per rinuncia agli atti del creditore procedente (rispettivamente art. 500 c.p.c. e art. 629 c.p.c.).

Come è noto, sia l'art. 500 c.p.c. ("L'intervento, secondo le disposizioni contenute nei capi seguenti e nei casi ivi previsti, dà diritto a partecipare alla distribuzione della somma ricavata, a partecipare all'espropriazione del bene pignorato e a provocarne i singoli atti"⁴⁹) che l'art. 629 comma primo c.p.c. ("Il processo si estingue se, prima dell'aggiudicazione o dell'assegnazione, il creditore procedente e quelli intervenuti muniti di titolo esecutivo rinuncino agli atti."), riconoscono particolari poteri processuali ai creditori intervenuti *cum titulo*.

⁴⁸ Nel senso del titolo esecutivo come "programma di aggressione" sufficientemente preciso e "garanzia" contro l'arbitrio della forza esecutiva pubblica, si veda Bove, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino 1996, p. 32, ove si ferma che in materia d'esecuzione forzata "la chiave di volta del fenomeno esecutivo non è il concetto di azione esecutiva, ma il concetto di potere esecutivo".

⁴⁹ Nel testo anteriore alla riforma del 2005 veniva disposto che "L'intervento dà diritto a partecipare alla distribuzione della somma ricavata, e, secondo le disposizioni contenute nei capi seguenti, può anche dare diritto a partecipare all'espropriazione del bene pignorato e a provocarne i singoli atti."

Soprattutto in riferimento all'art. 629 comma primo c.p.c., le censure dei ricorrenti si fondavano sull'osservazione che esso avrebbe rappresentato l'applicazione legislativa, in occasione della disciplina della rinuncia agli atti, di un più generico riconoscimento di autonomia e indipendenza a favore dell'intervento con titolo, arrivando dunque a concludere che all'interno del processo la posizione che i creditori titolati assumono attraverso l'intervento è la stessa del creditore pignorante, poiché essi hanno gli stessi poteri processuali di quest'ultimo. La fungibilità delle azioni esecutive titolate è pienamente provata allora dall'art. 629 comma primo c.p.c.

Ad avviso della Corte, invece, se i creditori titolati accedono al processo mediante intervento, pur avendo i poteri processuali ex art. 500 c.p.c. e pur essendo necessaria anche la loro rinuncia per l'estinzione ex art. 629 comma primo c.p.c. del processo medesimo, non sembrerebbe “altrettanto logico ravvisare una equivalenza *tout court* tra titoli esecutivi in seno al medesimo processo, i cui effetti sopravviverebbero diacronicamente al di là ed a prescindere dalle sorti dell'originario titolo esecutivo che vi dette vita”⁵⁰.

A tali conclusioni la Corte addiviene proprio partendo dalla premessa circa la natura dipendente dell'intervento, di modo che ciò posto, l'art. 629 c.p.c. confermerebbe che al di fuori del caso di rinuncia agli atti da parte del creditore procedente (eccezionale ipotesi normativa) la prosecuzione dell'esecuzione da parte degli interventori muniti di titolo postula necessariamente la permanenza attuale di una valida procedura esecutiva, fattispecie all'evidenza imprevedibile nell'ipotesi di caducazione del titolo originario. L'azione esecutiva dell'interventore, sembra intendere la Corte, è di regola *satisfattiva*, o comunque (qualora non ci si voglia sbilanciare, nell'utilizzo di tale specifica nozione)⁵¹ di *natura differente*, fermo restando che possano accompagnarsi alla sua proposizione altri effetti, concernenti il potere di compiere una serie di attività *secondarie ed integrative*, da esercitare in sede di espropriazione.

⁵⁰ Cfr. Cassazione n. 2521/2009.

⁵¹ Fra i primi utilizzatori della quale può citarsi il primo Garbagnati, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, cit., p. 140 s.s., il quale riteneva che il potere di soddisfarsi non si fonda sul titolo esecutivo neanche per il creditore procedente.

In alcune risalenti opinioni, la disinvolta adesione ad una ricostruzione siffatta (che poi verrà più di mezzo secolo dopo caldeggiata da Cassazione Civile n. 3531/2009) si manifesta in sede di disamina della questione se vada compiuto intervento o pignoramento successivo nell'ipotesi in cui il creditore pignorante sia anche titolare di altro e diverso credito esecutivo oltre a quello per cui pende pignoramento da esso stesso instaurato.⁵²

Sulla scia di queste risalenti considerazione di regola non dovrebbe neppure essere richiesto il consenso dei creditori titolati ai fini della rinuncia agli atti esecutivi da parte del procedente, atteso che il processo d'esecuzione, delineato in tal modo, resta sempre e solo la proiezione avanzata in sede esecutiva dell'azione individuale del creditore.

Quindi, come ribadito da una recente dottrina che si aggancia alla riflessione appena riportata, “sembra ragionevole rilevare che l'unica e vera esigenza sottesa all'art. 629 c.p.c. è quella di salvaguardare l'aspettativa dei creditori concorrenti alla parità di trattamento da comportamenti sospetti del procedente”, e precisando infatti che “in particolare da questa norma non si può evincere un principio per cui la posizione degli intervenuti, una volta che il processo esecutivo è instaurato, può autonomizzarsi dalla posizione giuridica di chi ha causato con la sua iniziativa la pendenza del processo stesso”, ripetendo un risalente insegnamento del Verde⁵³, secondo il quale “l'art. 629 c.p.c. si limita a stabilire l'indisponibilità volontaria dell'azione esecutiva per evitare facili collusioni fra il creditore pignorante e l'esecutato a danno degli altri creditori, ma non è inteso certo a sanare i vizi intrinseci degli atti compiuti o fatti compiere dal pignorante illegittimamente e senza averne il potere”⁵⁴.

⁵² Ci riferiamo a Cassazione Civile, 3 luglio 1954 (Pres. Curcio - Rel. Naso), in Giust. Civ. 1954, p. 1951 e s.s., e ad Appello Bari, 23 aprile 1952 (Pres. Dadduzio - Rel. Eiantonio), in Cort. Bari Lecce Potenza 1953, p. 250, entrambe annotate dal Vellani, *Intervento o pignoramento successivo da parte del creditore primo pignorante?*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1955, p. 135. Passando in rassegna la configurabilità di un intervento nella propria procedura, l'autore conclude per il rigetto di tale opzione ricostruttiva sulla premessa, fra l'altro, che “indubbiamente, tale credito, se è diverso da quello in virtù del quale ha iniziato l'espropriazione, il creditore pignorante” potrebbe in ipotesi farlo valere “presentando un ricorso con l'istanza di collocazione, così come se il credito non fosse consacrato in un titolo esecutivo”.

⁵³ Così Verde, *Il pignoramento*, cit., p. 115.

⁵⁴ Vedi Bove, *L'esecuzione*, cit., p. 140-141.

Si è allora chiosato che “per contro il consenso dei creditori risulta irrilevante quando l’aggressione esecutiva si arresta in seguito alla caducazione del titolo originario per eventi che non dipendono dalla volontà del procedente, come nel caso in cui venga accolta un’opposizione del debitore per impignorabilità dei beni”⁵⁵.

Appare così evidente che la norma attributiva del potere speciale di impedire l’estinzione della procedura in capo all’interventore titolato sia teologicamente improntata alla tutela della *par condicio creditorum*, nel senso che, essendo l’intero processo d’espropriazione strutturato in modo tale da difendere il principio per cui i conflitti fra creditori vadano risolti *non ex tempore, sed ex causa*, il rispetto dell’ordine delle aggressioni esecutive, stabilito a monte dal Legislatore sostanziale, potrebbe restare frustrato nell’ipotesi in cui esecutato e procedente si accordino nel senso che il primo adempia l’obbligazione in ragione della quale sia stata richiesta all’organo pubblico la soddisfazione coatta, in cambio della rinuncia agli atti da parte del secondo.

Si mediti infatti sulla circostanza che il dovere di realizzare il *concursum creditorum* incombe solo e soltanto sull’organo esecutivo, essendo possibile per il creditore adempiere spontaneamente le varie obbligazioni da cui è gravato il suo patrimonio secondo l’ordine che meglio crede. Prova ne sia che, in materia di azione revocatoria, l’art. 2901 comma terzo dispone che “non è soggetto a revoca l’adempimento di un debito scaduto”.

Anzi, potrebbe addirittura sottolinearsi che fra gli elementi della fattispecie costitutiva del potere per i creditori titolati di impedire l’estinzione dell’esecuzione per rinuncia agli atti del processo sia proprio l’esistenza del titolo esecutivo col quale si è proceduto a pignoramento.

Volendo partire da una nozione astratta del titolo esecutivo, la caducazione di esso si presenterà sempre come un fatto ulteriore, impeditivo o estintivo (a seconda che di esso si voglia dare una intensità minore, in ossequio all’idolo dell’*actio iudicati*, o maggiore, in ossequio alla formalista idea di esso come atto costitutivo della sanzione esecutiva)⁵⁶,

⁵⁵ Vedi Farina, *Caducazione*, cit., p. 2040.

⁵⁶ Così Liebmann, *La sentenza come titolo esecutivo*, Riv. Dir. Proc. 1929, p. 127, secondo cui “il titolo esecutivo può essere fatto valere senza la dimostrazione dell’esistenza del diritto perché il suo effetto è

dei poteri del precedente, l'esistenza dei quali dipende sempre e solo (oltre che dalla sua mera esistenza) dalla mancanza di un "antititolo" che potrebbe essere rappresentato da qualsiasi forma espressa di caducazione, avente, rispetto al titolo stesso, carattere uguale e contrario.

1.2. - I vizi del pignoramento: una "*summa divisio*".

1.2.1. - La giurisprudenza degli anni '70: l'idea di un'esecuzione collettivamente imputabile alla massa dei creditori.

La pronuncia appena esaminata veniva immediatamente messa in discussione dal collegio di reclamo (come noto, deputato a conoscere e decidere dei gravami proposti avverso le ordinanze di sospensione ex artt. 624 e 669 terdecies c.p.c., ed avverso le

indipendente dall'esistenza del diritto. Ciò che occorre, ma anche ciò che basta, perché taluno possa invocare la tutela degli organi esecutivi è il possesso di una sentenza di condanna a suo favore, la quale valga come titolo esecutivo. La condanna fu certamente pronunciata perché fu accertato esistente il diritto per cui egli a suo tempo agì in giudizio: ma ora questo accertamento perde ogni importanza e resta solo il provvedimento del giudice in forza del quale egli può chiedere l'esecuzione, ed esso prescinde dalle ragioni e dai motivi per i quali esso fu emanato, non è più legato al diritto per la cui tutela è stato creato, ma acquista una sua esistenza autonoma che si giustifica da sé, e un'efficacia formale che non attenda più un giudice che la riconosca, ma aspira solo a un organo esecutivo che le dia corso incondizionato"; analogamente Luiso, *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 37-38, ove espone le caratteristiche del "titolo esecutivo in senso sostanziale" evidenziandone la idoneità a costituire diritto alla coazione pubblica e il correlativo obbligo dell'organo esecutivo. "Per titolo esecutivo in senso sostanziale, scrive l'autore, si intende la fattispecie da cui sorge l'effetto giuridico di rendere tutelabile in via esecutiva una situazione sostanziale protetta. Il titolare di questa situazione ha diritto all'intervento degli organi giurisdizionali, che hanno l'obbligo di attivarsi. Nel rapporto (di diritto processuale) istante/organi esecutivi, l'esistenza di un titolo esecutivo in senso sostanziale fa sì che vi sia una pretesa fondata dell'istante ed un dovere di comportamento dell'organo esecutivo: l'istante ha diritto alla tutela giurisdizionale esecutiva e l'ufficio esecutivo ha il dovere di attivarsi. Invece, nel rapporto (di diritto sostanziale) istante/esecutato, il titolo esecutivo non è idoneo a modificare la situazione di diritto sostanziale ed a rendere lecito un intervento esecutivo che, se doveroso sul piano processuale, è illecito sul piano del diritto sostanziale (e viceversa)".

ordinanze di estinzione ex artt. 630 e 178 c.p.c., ragion per cui, nel caso di specie, le medesime doglianze venivano proposte in entrambe le forme) di un giudice territoriale⁵⁷ che, a meno di un anno di distanza dalla importante pronuncia n. 3531/2009, veniva investito dell'impugnazione di un'ordinanza di diniego di sospensione dell'esecuzione che l'esecutato, nell'ambito di un esproprio mobiliare, aveva domandato deducendo l'intervenuta declaratoria in primo grado da parte di un altro tribunale *competente ratione loci* d'inefficacia del titolo esecutivo ex art. 188 disp. att. c.p.c. (si trattava, nel caso di specie, di decreto ingiuntivo tardivamente notificato), avvenuta nelle more del processo esecutivo altrove pendente.

Con l'opposizione a cui la domanda di sospensione accedeva, veniva poi domandata la declaratoria di inefficacia dell'intera esecuzione, poiché intrapresa in base a titolo inefficace, invocando la recente pronuncia n. 3531/2009, onde evidenziare l'irrilevanza della circostanza che nel processo d'esecuzione fossero intervenuti, in un momento anteriore alla suddetta declaratoria d'inefficacia, creditori titolati⁵⁸.

Del nuovo orientamento l'ordinanza reclamata non teneva affatto conto, liquidandolo, anzi, come non condivisibile e “ritenendo, invece, di aderire ad un diverso orientamento, fatto proprio anche dalla Cassazione in altre pronunce più risalenti”, quali

⁵⁷ Tribunale di Cuneo, 30 novembre 2009 (Pres. e Rel. Pisanu), in *Giur. di Merito* 2010, p. 2109, con nota di Iappelli, *Intervento nel processo esecutivo: solo per creditori insoddisfatti che amano il rischio?*; in *Corriere Giur.* 2010, p. 645, con nota di Capponi, *Ancora sull'autonomia tra azioni esecutive concorrenti*; e in *Riv. Esec. Forz.* 2010, p. 509, con nota di Tiscini, *Dei contrasti tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza di legittimità circa il venir meno dell'esecuzione a seguito del difetto sopravvenuto del titolo del precedente, pure in presenza di intervenuti titolati*, e postilla di Capponi, *Venir meno “ex tunc” del titolo esecutivo ed effetti sull'esecuzione in corso*.

⁵⁸ In realtà la vicenda processuale era un po' più intricata, essendo l'opposizione all'esecuzione già pendente per essere stata proposta contestualmente al ricorso ex art. 188 disp. att., ed essendo il diniego dell'ordinanza di sospensione, già precedentemente subito dal creditore precedente, essendone stata proposta precedentemente un'altra, fondata tuttavia (almeno ciò si può arguire dalla narrativa dell'ordinanza collegiale) sulla circostanza del “grave motivo” di essere stato proposto un ricorso ex art. 188 disp. att. avverso il titolo esecutivo

Cassazione, sez. III, 28 gennaio 1978, n. 427⁵⁹ e Cassazione 17 agosto 1973, n. 2347⁶⁰ (pronuncia quest'ultima già richiamata dalla prima): qualora l'azione esecutiva sia *ab origine* illegittima per carenza originaria del titolo anche gli interventi, titolati o meno, risultano essere illegittimi a causa dell'originaria nullità del pignoramento (art. 159, comma primo, c.p.c.); per contro, se il titolo del precedente, esistente al momento del suo inizio, viene meno in corso d'esecuzione in presenza di interventi di creditori titolati, il pignoramento (in quanto) originariamente legittimo non viene meno, ed il processo esecutivo può essere proseguito da qualsiasi creditore titolato.

Nella motivazione di Cassazione Civile n. 2347/1973 si può leggere che “il processo esecutivo per espropriazione forzata è a struttura soggettiva aperta: accanto al creditore pignorante e al debitore, suoi originari soggetti, possono entrarvi, quali successivi soggetti ulteriori, gli altri creditori del debitore esecutato che vi facciano intervento” così che “come il creditore pignorante, anche il creditore munito di titolo esecutivo è titolare di un'azione esecutiva, derivante dal titolo esecutivo di cui è munito e che esercita nel processo esecutivo” e dunque autonoma, in quanto indipendente dalla fattispecie costitutiva dell'azione esecutiva del precedente. L'*iter* espropriativo, che incide su impulso dei creditori e si legittima in forza di tutti i titoli presenti nella procedura, è “la concretizzazione dell'azione esecutiva negli atti esecutivi”, con la precisazione che l'espletamento di tale azione “deve essere completo, deve attuarsi nell'intero sviluppo dell'*iter* espropriativo, concentrandosi l'azione in tutti i singoli atti successivi e coordinati che lo costituiscono”, e pertanto, “l'atto compiuto da un legittimato si partecipa agli altri legittimati”.

⁵⁹ Inedita, ma con ampi stralci in Petrillo, *Intervento*, cit. e Travaglino, *Osservatorio - Cassazione Contrasti giurisprudenziali*, in Corr. Giur. 2010, p. 30. Tale pronuncia, a detta di Capponi (*Vicende del titolo esecutivo nell'esecuzione forzata*, Corriere Giur. 2012, p. 1512) introduce una ragionevole distinzione: qualora l'azione esecutiva sia *ab origine* illegittima per carenza originaria del titolo anche gli interventi, titolati o meno, risulterebbero illegittimi a causa dell'originaria nullità del pignoramento (art. 159, comma primo, c.p.c.); per contro, se il titolo del precedente, esistente al momento del suo inizio, viene meno in corso d'esecuzione in presenza di interventi di creditori titolati, il pignoramento (in quanto) originariamente legittimo non verrebbe meno, ed il processo esecutivo potrebbe essere proseguito da qualsiasi creditore titolato.

⁶⁰ Inedita, ma con stralci in Travaglino, *Osservatorio*, cit., p. 30.

Come continua ad argomentare Cassazione n. 427/1978, infatti, le considerazioni su indicate trovano piena cittadinanza “anche per gli atti esecutivi compiuti dal creditore pignorante prima dell’intervento dei creditori muniti di titolo esecutivo ed in particolare per il pignoramento”, talché il credito esecutivo fatto valere nelle forme dell’intervento “partecipa al pignoramento già eseguito” che si pone come “necessario presupposto degli atti esecutivi successivi”.

È evidente, dunque, che in un’ottica siffatta, l’esigenza di legittimazione vada riferita all’*iter* espropriativo in quanto tale (o astrattamente considerato) e non già a questa o a quella particolare figura soggettiva del processo, che incedendo si trascina con sé altre posizioni soggettive dalla propria derivanti. Non sarebbe possibile rappresentare meglio ciò che intendiamo con “oggettivizzazione del processo d’esecuzione”.

Corollario: se, dopo l’intervento di un creditore *cum titulo*, sopravviene l’illegittimità dell’azione esecutiva esercitata dal creditore procedente, da ciò non deriva la caducazione del pignoramento originariamente valido, restando quest’ultimo “quale primo atto dell’*iter* espropriativo proprio del creditore intervenuto munito di titolo esecutivo, il quale prima ne era partecipe accanto al creditore pignorante che lo aveva eseguito”.

Ulteriore corollario: preso in carico il procedimento da parte dell’interventore titolato successivamente al venir meno della legittimazione esecutiva del procedente, ogni eventuale intervento successivo alla prima caducazione, non di meno resterà giustificato, potendosi riferire al titolo esecutivo di un creditore intervenuto anteriormente alla suddetta caducazione.

Conseguenza automatica dell’estromissione del procedente, occorre tenere a mente, è sempre il subingresso nella funzione processuale di quest’ultimo del creditore titolato primo interventore⁶¹.

In tal modo “veniamo così ad avere una singolare struttura soggettiva di procedimento, in cui la funzione processuale di promotore della serie degli atti esecutivi (stromentali) rimane obiettivamente identica, e viene sempre esercitata nell’interesse di

⁶¹ Per farsi rapidamente un’idea, si potrebbe richiamare l’immagine elaborata in sede teorica generale civile della cosiddetta “elasticità del dominio”. Ovviamente il richiamo è solo descrittivo, e tende ad indurre solo un’impressione, senza voler essere surrettiziamente diretto alla presa di posizione circa una pretesa natura sostantiva piuttosto che processuale delle posizioni che si acquistano in seno al processo d’esecuzione.

tutti i creditori, ma può essere assunta nei varii momenti o nelle varie fasi or da uno or da un altro, indifferentemente, per una specie di fungibilità automatica, senza che vi sia alcun provvedimento di surroga o di sostituzione”⁶².

Il medesimo impianto argomentativo di Cassazione n. 2347/1973 era tra l’altro condiviso dalla successiva Cassazione n. 427/1978, che lo sviluppava anche in riferimento all’ipotesi di intervento titolato depositato dopo la pubblicazione della sentenza di caducazione del pignoramento per sopravvenuta illegittimità del titolo.

Diventando in tal caso illegittimo il pignoramento al quale non partecipi alcun creditore titolato, dall’istante in cui sopravviene l’illegittimità dell’azione esecutiva esercitata, non esiste un valido pignoramento al quale possano ricollegarsi le posizioni di coloro che successivamente abbiano preso parte al processo; e quindi “gli interventi non possono essere continuati in un processo esecutivo ormai improcedibile”.

Ricapitolando, con le due sentenze appena esaminate, la giurisprudenza di legittimità degli anni ’70 sembrava aver elaborato tre topiche:

- 1) intervento titolato in pendenza di pignoramento successivamente caducato per difetto sopravvenuto di titolo esecutivo, la declaratoria del quale sia posteriore alla proposizione della domanda d’intervento;
- 2) intervento titolato in pendenza di pignoramento successivamente caducato per difetto sopravvenuto di titolo esecutivo, la declaratoria del quale sia anteriore alla proposizione della domanda d’intervento;
- 3) intervento titolato in pendenza di pignoramento successivamente caducato per “vizio originario” di esso.

Solo nel primo caso, in conclusione, il sopraggiungere del titolo esecutivo dell’interventore è idoneo a conservare l’attività esecutiva fino a quel momento svolta. Su queste premesse appare evidente che le problematiche afferenti la chiusura anticipata del processo d’esecuzione tenderanno ad appuntarsi, il più delle volte, più che sulla data di deposito del ricorso per intervento o di pubblicazione del provvedimento di caducazione, sulla natura originaria o sopravvenuta del vizio dedotto dall’esecutato per sorreggere eventuali sue censure o doglianze volte a demolire o paralizzare l’iter espropriativo.

⁶² Redenti, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1954, p. 184-185.

1.2.3. - La tassonomia dei vizi (l'elaborazione del Tribunale di Cuneo)

Nel caso portato all'attenzione del tribunale di Cuneo (al quale, nella fattispecie, veniva richiesta un'ordinanza di sospensione) l'opinione del collegio era nel senso che soltanto le invalidità che colpiscono il pignoramento in quanto tale, possono “riverberare” in danno degli interventori titolati, trattandosi di invalidità concernenti un “vizio del processo esecutivo”.

Restano irrilevanti, invece, i vizi concernenti i “presupposti processuali” dell'azione esecutiva (banalmente: il titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile, oltre ai vari ulteriori requisiti speciali richiesti se del caso, come ad esempio la prestazione di cauzioni ecc...) nonché gli atti prodromici ad essa (e cioè la notificazione del titolo esecutivo e del precetto).

In altre parole, ferma restando la necessità di un pignoramento *formalmente valido*, risulta indifferente per la posizione del creditore intervenuto titolato non solo qualsivoglia vicenda estintiva o impeditiva del credito esecutivo vantato dal pignorante, ma anche l'eventuale invalidità del suo titolo (e/o del precetto da lui intimato).

Il creditore titolato dovrebbe allora preoccuparsi solo e soltanto che il pignoramento non sia *essenzialmente invalido*, poiché l'azione proposta spiegando intervento è autonoma, ed è domanda espropriativa, non già meramente satisfattiva (ad onta dell'art. 499 c.p.c., che descrive il ricorso per intervento come la domanda con cui si richiede di partecipare alla distribuzione della somma ricavata), fondata su un titolo esecutivo diverso ed autonomo rispetto a quello del creditore procedente.

“L'intervenuto, in sostanza, si giova del pignoramento posto in essere dal primo creditore come atto iniziale, ma la sua azione esecutiva rimane legittimata dal suo titolo esecutivo e non è invece soggetta alle sorti del titolo esecutivo azionato dal procedente (la cui sopravvenuta inefficacia impedisce soltanto al pignorante di compiere ulteriori atti esecutivi)”⁶³.

⁶³ Massima riportata in Corr. Giur. 2010, cit., p. 645.

Questa *summa divisio* fra vizi, oltre a permettere la conservazione dell'attività esecutiva, ha anche il pregio di conservare una qualche differenza *quoad effectus* fra pignoramento ulteriore ed intervento titolato, poiché soltanto avvalendosi del primo i creditori possono “cautelarsi”⁶⁴ da un vizio formale del primo atto di pignoramento (e cioè di una situazione, questa sì, da loro perfettamente valutabile poiché esteriormente apparente e quindi vagliabile in termini univoci) che può, in ipotesi, ripercuotersi su quelle ulteriori posizioni; mentre limitandosi ad intervenire essi corrono il rischio di vedere travolta l'azione esecutiva, da loro esercitata in tali forme, come conseguenza della predetta invalidità dell'atto di pignoramento.

Dunque, allo stesso modo del pignoramento ulteriore, anche l'intervento titolato sarebbe di per sé idoneo a svolgere una qualche funzione “cautelare” analogamente a quella espletata dal primo, seppur d'intensità minore, essendovi comunque una “dipendenza oggettiva” fra esso ed il pignoramento al quale oggettivamente accede. Si potrebbe quasi dire che, in prospettiva funzionale, fra la prima e la seconda forma di aggressione esecutiva intercorra una differenza *meramente quantitativa*, con la conseguenza che nell'ipotesi di invalidità del pignoramento successivo, l'attività compiuta in funzione del compimento di esso possa restare conservata ai sensi dell'art. 159 comma terzo c.p.c., a mente del quale “se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo”.

Militano indubbiamente, a favore della ragionevolezza di una tale tassonomia fra vizi, non soltanto tutti gli argomenti concernenti la tutela dell'affidamento del terzo, ma anche la *ratio juris* che informa la più generale disciplina della forma degli atti processuali.

Nel campo del diritto sostanziale, infatti, l'ordinamento disciplina non solo la forma degli atti giuridici, ma anche l'incidenza della cosiddetta sostanza, sull'efficacia giuridica degli atti⁶⁵, e riconduce la validità di essi ad una corretta formazione della volontà del soggetto che li pone in esse, nonché (è il caso dei negozi giuridici) alla coscienza e volontà *effettive* delle conseguenze che l'atto sta per produrre.

⁶⁴ A ben guardare si tratta di un atto che, posto in essere, produce una vera e propria efficacia sanante sul pignoramento nullo ab origine.

⁶⁵ Così Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2014, p. 491 e ss.

La legge processuale, invece, non si occupa minimamente né della formazione, né della manifestazione della volontà, né configura elementi accidentali, né si occupa della causa degli atti (se non sotto il particolare profilo dello scopo oggettivo dell'atto). Dal che si desume che la validità e l'efficacia degli atti processuali, mentre dipende dall'osservanza delle forme, non dipende, di regola, da alcun controllo sulla formazione o sulla manifestazione della volontà, o sulla volontà degli effetti *et cetera*⁶⁶. Tale disciplina è così concepita in ragione della tutela *in primis* delle stesse parti, oltre che dei terzi, giacché la rigorosa concatenazione degli atti processuali, per la quale la validità di ciascun atto del processo dipende dalla validità e dall'efficacia di ciascuno degli atti che lo precedono nella cosiddetta serie effettuale, esige che tale validità possa emergere da dati *oggettivi e facilmente controllabili*⁶⁷.

E sulla stessa *ratio* è modellata la disciplina della nullità processuale la quale, benché come una vera e propria nullità di diritto sostanziale operi *ex tunc* “come se l'atto non fosse mai stato posto in essere”, è dichiarata con una pronuncia del giudice di natura *costitutiva*, proprio al fine di evitare che la nullità di un atto possa essere prospettata anche solo teoricamente, in carenza di una pronuncia *ad hoc*⁶⁸.

Dunque, la mera *apparentia juris* di un pignoramento è sufficiente ad impedire la caducazione di esso per ragioni di giustizia, purché nel contenitore processuale dell'esecuzione, sia presente un soggetto munito di titolo esecutivo intervenuto

⁶⁶ Così Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2014, p. 491 e ss.

⁶⁷ Così Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2014, p. 491 e ss.

⁶⁸ Sempre salvo il giudicato implicito sulla questione di giurisdizione, la cui carenza tuttavia integra un vizio extraformale, non trattandosi essa di elemento strutturale dell'atto, ma di carenza di presupposto processuale. Secondo una isolata dottrina (Consolo, *Travagli “costituzionalmente orientati” delle Sezioni Unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato*, in Riv. Dir. Proc., 2009, p. 1141), la costruzione sistematica dell'oggetto del processo si fonderebbe sulla *divisio* fra oggetto sostanziale ed oggetto processuale di esso, comprensivo quest'ultimo di tutte le condizioni di decidibilità del merito, che si presumono esistenti *juris tantum*, e che si reputano idonei ad essere oggetto di acquiescenza ai sensi dell'art. 329 c.p.c., con conseguente preclusione della questione in appello. Tale dottrina, ancorché seducente ed ambiziosa, come rileva Carratta, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del “giudicato implicito”*, in Giur. It. 2009, p. 1471, postula che la decisione sul merito contenga tanti capi “impliciti” quante siano le questioni processuali teoricamente rilevanti, tutti idonei al passaggio in giudicato.

anteriamente all'accertamento della non corrispondenza della situazione di fatto alla situazione di diritto.

Se l'esistenza dell'esecuzione dovesse piegarsi senza eccezione alcuna alla "regola di giustizia" *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis*, la conseguenza sarebbe quella di caratterizzare il processo esecutivo di un'irrimediabile instabilità, assolutamente irragionevole rispetto alla posizione degli intervenuti, i quali si vedrebbero gravati dell'onere di valutare la stabilità del titolo che sorregge l'esecuzione e la sua intrinseca capacità di resistere a tutte le possibili forme di impugnazione, per di più senza essere in grado di conoscere gli elementi di fatto che potrebbero portare ad una revisione del titolo esecutivo vantato dal pignorante⁶⁹.

In un contesto di tal fatta, finanche la sentenza passata in giudicato (ipoteticamente aggredibile con una domanda di revocazione) non darebbe certezze definitive di tenuta, con conseguente svuotamento di qualsivoglia utilità dell'istituto dell'intervento⁷⁰.

⁶⁹ La possibilità che il terzo possa "vedere" lo stato del titolo, del precetto, delle loro notifiche e del pignoramento in quanto tale sta a cuore anche al Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano 2015, p. 116, ove si afferma che "all'interventore può farsi carico di verificare l'esistenza del titolo esecutivo e la validità del pignoramento, ma non anche che il credito di Tizio verso Cajo sia effettivamente esistente".

⁷⁰ Questo, in buona sostanza, il ragionamento seguito dal Tribunale di Cuneo. Come rilevato da Petrillo (*Intervento*, cit., p. 498) dopo aver premesso che "non può mancare di osservarsi, infatti, che il titolo esecutivo può essere rimosso, con efficacia *ex tunc*, non solo in sede di opposizione all'esecuzione (che può ovviamente essere proposta anche in un momento successivo rispetto all'intervento), ma anche nel corso del giudizio di cognizione e in questa sede non solo con le impugnazioni ordinarie o con le opposizioni, ma anche con le impugnazioni straordinarie e finanche con strumenti non impugnatorii e non soggetti a termini decadenziali (si pensi al procedimento per la declaratoria di inefficacia del decreto ingiuntivo non notificato ed alla possibilità di proporre domanda di dichiarazione d'inefficacia nei modi ordinari anche in caso di rigetto dell'istanza proposta ex art. 188 disp. att. c.p.c. oltre, ovviamente, all'esperibilità di un normale giudizio di cognizione di primo grado avente ad oggetto l'inesistenza del diritto vantato in virtù di un titolo stragiudiziale)", va concretamente considerato il fatto che "la tesi che vuole il concreto esercizio dell'intervento come dipendente dall'esistenza del diritto di credito del pignorante finisce per onerare il creditore intervenuto di un'indagine complicatissima (e, almeno in teoria, in ragione della pretesa riservatezza dei procedimenti giudiziari, finanche impossibile), cosicché al creditore titolato non resterebbe che richiedere in ogni caso un nuovo pignoramento, quale unico strumento per porsi al riparo da ogni possibile rischio".

1.2.4. - Il diallele.

La conclusione circa l'autonomia degli interventi poi viene indotta anche sulla scorta di un ragionamento (valorizzato, a parere di chi scrive, in maniera eccessivamente enfatica) che mette capo ad una presunta portata sistematica dell'art. 629 comma primo c.p.c.

Alcuni, (secondo i quali dalla disposizione il principio generale *de quo* si ricaverebbe *de plano*) affermano infatti che «l'esistenza della regola generale andrebbe affermata per induzione generalizzante, “nonostante quanto in contrario opinato dalla Cassazione civile n. 3531/2009, che ha singolarmente ravvisato nella norma una “deroga” al principio di autonomia dei singoli pignoramenti, codificato nell'art. 493 c.p.c. dall'art. 629, comma 1, c.p.c.: se infatti, nella fase espropriativa del processo, la pronuncia dell'estinzione è condizionata all'assenso di tutti i creditori muniti di titolo, è giocoforza ammettere che la rinuncia del solo procedente non fa venir meno l'esecuzione e così il vincolo del pignoramento a favore anche dei creditori intervenuti, e che basta un atto d'impulso di uno solo degli intervenuti titolati per consentire al processo di pervenire alla sua conclusione (...). L'esecuzione, dunque, deve sempre essere sorretta da un titolo esecutivo, ma non necessariamente dallo stesso e così non necessariamente da quello del creditore procedente: il quale del resto non acquista alcuna prelazione legata alla tempestività della sua iniziativa processuale, introducendo in contrario un'espropriazione sempre retta dal principio di concorsualità»⁷¹.

In realtà, chi in merito alla portata “generale” o meno dell'art. 629 c.p.c. in dottrina sembra aver colto sul punto evidenza che «la valutazione in termini esattamente opposti dell'art. 629 c.p.c.» - da parte sia della Cassazione che del Tribunale di Cuneo - «dimostra come non si tratti di un argomento dirimente e come esso non basti a sorreggere da solo né l'una né l'altra opzione. Non ha senso qualificarlo come “regola generale”, e perciò idonea a dimostrare la tesi secondo cui il venir meno del titolo esecutivo non preclude la prosecuzione dell'esecuzione quando altri creditori titolati siano intervenuti, se poi la sola qualificazione, inversa, come “regola eccezionale” può bastare per sorreggere la tesi opposta. In fondo il dettato dell'art. 629 c.p.c. è troppo collegato con il caso specifico

⁷¹ Come osserva Capponi, *Ancora sull'autonomia*, cit., p. 648, secondo cui dalla disposizione il principio generale si ricaverebbe “in maniera piana”.

dell'estinzione per rinuncia agli atti per ritenere che possa sorreggere fenomeni seppure collegati non del tutto corrispondenti. La disposizione va calata nel contesto della fattispecie estintiva da ricondurre all'atto volontaristico della rinuncia e di per sé non è sufficiente per dare risposta al diverso problema della sorte dell'esecuzione nel caso di venir meno del titolo esecutivo del creditore procedente, problema la cui soluzione dipende dalla soluzione di altre questioni, non ultima quella del ruolo del titolo esecutivo (*rectius* della sua permanenza) all'interno della procedura. È perciò che risulta difficile darne una qualificazione in termini di “regola generale”, ovvero di “eccezione”. In altre parole, la specificità della fattispecie che rappresenta non consente di qualificare l'art. 629 c.p.c. né come norma generale, né come regola eccezionale, essendo piuttosto una disposizione da calare nel particolare contesto dell'estinzione del processo esecutivo per rinuncia»⁷².

Qualunque argomento che allora voglia far leva sull'art. 629 c.p.c., in conclusione, sarà sempre destinato a prendere le sembianze di un *diallele*.

1.3. - Massa dei creditori ed acquirente della cosa pignorata: un conflitto fra pretendenti.

1.3.1. - Il punto.

È abbastanza chiaro, ormai, che uno dei requisiti affinché la tesi dell'oggettivizzazione sia sostenibile, è che possano profilarsi differenze specifiche fra intervento titolato e pignoramento successivo.

Negata la differenza circa la natura della posizione, e riconosciuta anche all'intervento titolato una qualche funzione “cautelativa” analoga a quella svolta dal pignoramento, e che da quest'ultima si differenzerebbe per ragioni meramente quantitative, una rimarchevole distinzione potrebbe rinvenirsi indagando gli effetti prodotti dai due tipi di atto sul piano materiale dei conflitti circolatori.

⁷² Ci riferiamo Tiscini, *Dei contrasti*, cit., p. 520.

Nella logica dei conflitti fra titoli reali, come è noto, la posizione prevalente è quella *prior in tempore*; di modo che, data l'ipotesi di doppia alienazione della medesima res, pieno proprietario di essa sarà colui che per primo l'acquistava in base ad un titolo valido ed efficace.

Ora, occorre considerare che anche il pignoramento, quale atto finalizzato ad imprimere sul bene del debitore un vincolo d'indisponibilità finalizzato alla realizzazione delle ragioni esecutive del creditore, viene disciplinato, circa il momento a partire dal quale esso produce i suoi effetti, alla stregua del criterio *prior in tempore, protior in jure*.

Talché, anche nell'ipotesi in cui la causa del credito si fosse verificata anteriormente all'atto di disposizione della res, nondimeno la posteriorità del pignoramento rispetto ad esso determinerà l'impossibilità di aggredire *in executivis* la cosa anteriormente alienata al terzo.

Nella fattispecie sopra prospettata l'utilità "cautelativa" del pignoramento viene evidentemente frustrata essendo la possibilità di dar corso ad una qualche azione esecutiva assolutamente dipendente da un eventuale "venir meno" del titolo d'acquisto del terzo.

Dal punto di vista del terzo acquirente la questione si pone nei medesimi termini considerando la fattispecie contraria: acquisto della *res pignorata*.

In tal caso l'utile acquisto del terzo è subordinato ad un eventuale "venir meno" del pignoramento.

Ci si potrebbe domandare allora se, dato il caso di *pignoramento ulteriore successivo all'alienazione della res pignorata*, la sopravvenuta caducazione del primo pignoramento sia idonea a risolvere la posizione subordinata del terzo acquirente del bene pignorato, e a farlo prevalere, nel conflitto col pignorante ulteriore⁷³, invocando la regola del *prior in tempore, potior in jure*.

1.3.2. - Il Tribunale di Vicenza: un riconoscimento soggettivo della "massa"?

⁷³ Che potrebbe argomentare: "poiché il pignoramento successivo ha valore d'intervento (arg. ex art. 524 comma terzo c.p.c), e poiché le alienazioni successive al pignoramento sono inopponibili al precedente ed ai creditori intervenuti (ex art. 2913 c.c.) allora il mio acquisto è prevalente".

La questione veniva affrontata dal Tribunale di Vicenza⁷⁴, in occasione di un'espropriazione immobiliare, durante la quale veniva denegata un'istanza di sospensione, accessoria ad un'opposizione agli atti ex art. 618 c.p.c.

Un'espropriazione forzata veniva intrapresa sulla scorta di un decreto ingiuntivo munito di clausola di provvisoria esecuzione, l'esecutorietà del quale tuttavia veniva revocata dal giudice istruttore dinanzi al quale l'ingiunzione veniva opposta, con conseguente inibizione di ogni efficacia esecutiva del titolo.

Preso atto della sospensione in sede d'opposizione, il GE disponeva, a sua volta, la sospensione delle attività esecutive.

Nelle more del processo esecutivo sospeso un ulteriore creditore munito di titolo esecutivo (un istituto di credito), interveniva, compiendo anche pignoramento successivo, a seguito del quale le procedure d'esproprio proseguivano in *simultaneus processus* (art. 494 comma primo c.p.c.).

Accadeva così che l'esecutato proponeva opposizione formale avverso l'ulteriore atto di pignoramento, negando la legittimazione del creditore a compierlo in pendenza della sospensione di una procedura esecutiva.

La rilevanza della questione dipendeva tutta dalla circostanza che, *medio tempore*, la *res pignorata* fosse stata alienata ad un terzo, ragion per cui l'accoglimento dell'istanza di sospensione proposta al giudice davanti al quale il titolo esecutivo veniva opposto, avrebbe dovuto leggersi come la caducazione virtuale di esso, con la conseguenza che ogni ulteriore attività esecutiva futura non riferibile al primo titolo esecutivo (ora sospeso) fosse lesiva del diritto del terzo acquirente della *res pignorata*.

Nella fattispecie, l'istanza di vendita veniva presentata dal creditore secondo pignorante, soggetto che, a ben guardare, acquisiva la propria posizione in un momento successivo all'acquisto dell'immobile da parte del terzo.

A rigor di logica, dunque, la caducazione del primo pignoramento (nei fatti ancora soltanto teorica), avrebbe comportato la prevalenza del terzo alienatario *ratio temporis*.

Il tribunale di Vicenza, invece, osserva che “il meccanismo di protezione degli intervenuti, tutti coperti dall'ombrello (*sic!*) protettivo del primo pignoramento, si ricava

⁷⁴ Tribunale di Vicenza, 21 giugno 2011 (Rel. Limitote), in Riv. Esec. Forz. 2011, p. 693, con nota di Majorano, *Sul pignoramento successivo e sulle conseguenze del difetto sopravvenuto del titolo esecutivo originario*.

dal sistema degli artt. 2913 e 2915 c.c., per i quali il rapporto tra le formalità successive si pone in relazione al primo pignoramento, e soltanto ad esso, posto che non è detto, né richiesto, che i creditori intervenuti debbano eseguire un nuovo ulteriore pignoramento, che potrebbe servire solo se venisse meno l'effetto protettivo dell'originario pignoramento: in tal caso, l'effetto protettivo si sposterebbe sul secondo pignoramento e resterebbero validi gli atti esecutivi già compiuti (per i principi regolatori *tempus regit actum* e *factum infectum fieri nequit*)” e, richiamando l'importante pronuncia n. 3531/2009, conclude osservando che “se il pignoramento iniziale del creditore procedente, che non sia stato integrato da pignoramenti successivi, travolge ogni intervento, titolato o meno, nell'ipotesi di sua successiva caducazione, vale anche il principio reciproco, per cui se vi è stato un valido pignoramento successivo, questo è idoneo a reggere la procedura esecutiva, anche con riferimento agli atti compiuti sulla base del primo pignoramento caducato (cfr. Cass. 13 febbraio 2009 n. 3531)”.

Dunque, l'opzione contraria al mero ricorso per intervento (che, alla luce della giurisprudenza del 2009, sembrerebbe costituire, fra le altre opzioni, la scelta “di rischio”) garantirebbe non solo la conservazione della procedura esecutiva nell'ipotesi di venir meno del pignoramento principale, ma anche la conservazione delle posizioni prevalenti *ratione temporis* sul piano sostanziale.

In altre parole, il sillogismo del giudice vicentino sembra essere stato il seguente: «poiché, a detta di Cassazione Civile n. 3531/2009, se il pignoramento iniziale del creditore procedente non viene “integrato” da pignoramenti successivi, il venir meno del titolo del procedente determina il crollo dell'intera espropriazione, allora l'effettuazione di un pignoramento successivo determina una “integrazione” della procedura tale da convalidarla *ex post* anche nel caso di venir meno del primo pignoramento».

Dunque, una “convalida” o “integrazione” talmente intensa da conservare ogni effetto sostanziale e processuale prodotto dal primo pignoramento.

Il richiamo allapronuncia n. 3531/2009 non sembra tuttavia congruo. Innanzi tutto, va sgombrato il campo dalla possibile obiezione per cui gli interventi proposti in adesione del pignoramento principale, possano venir meno per effetto del venir meno di quest'ultimo.

Poiché, infatti, l'invalidità che colpisce un pignoramento, resta relegata alla fattispecie di questo, stante l'autonomia reciproca fra pignoramenti comunque riuniti in

un unico processo, le posizioni degli interventi, anche anteriori al pignoramento successivo, verranno da quest'ultimo attratte in ragione del legame di dipendenza che ad esso li astringe: come già rilevato in precedenza, infatti, il ricorso per intervento contiene una mera domanda di collocazione a riparto, che è permesso manifestare in fase espropriativa onde consentirebbe la possibilità di un'adeguata formazione della massa attiva in rapporto all'entità complessiva dei debiti (attraverso la riduzione o l'estensione del pignoramento), o anche il buon funzionamento dell'istituto della conversione del pignoramento.

A noi sembra tuttavia che quando Cassazione n. 3531/2009 si preoccupa di chiarire che, a differenza di proporre intervento titolato, compiere un pignoramento successivo permette di “integrare” la procedura d'espropriazione di modo che l'eventuale caducazione del pignoramento originario non determinerà l'arresto di essa, voglia certo evidenziare la profonda differenza fra due forme alternative di realizzazione del *concursum creditorum*, ma non fino al punto di dettare criteri di risoluzione di conflitti circolatori sul piano sostanziale; anzi, Cassazione n. 3531/2009 (nel caso di specie richiamata a sproposito) è espressione di un'impostazione “conservatrice” circa la qualificazione delle posizioni soggettive nell'ambito dell'esecuzione forzata, e pertanto “è agevole immaginare che, se in quell'occasione la S.C. sulla sorte di eventuali atti di disposizione dei beni pignorati antecedenti al secondo pignoramento, ma successivi al primo, avrebbe coerentemente aderito al tradizionale orientamento espresso in termini di effetti del pignoramento successivo e, quindi, optato per la loro piena efficacia a carico dei creditori intervenuti e pignoranti in via successiva”⁷⁵.

L'interesse per la decisione del Tribunale di Vicenza ci viene suscitato per la particolare conclusione alla quale essa giunge, pur in (apparente) rispetto della pronuncia n. 3531/2009.

Per il giudice vicentino, infatti, nonostante la caducazione del titolo esecutivo posto a base del primo pignoramento vada considerata come un venir meno *ex tunc* di

⁷⁵ Vedi Majorano, *Sul pignoramento successivo*, cit., p. 699. La soluzione “conservatrice” viene accolta anche dal Vellani, *Intervento o pignoramento*, cit. p. 139, secondo cui “se nell'intervallo intercorrente fra il primo pignoramento e quello successivo, il debitore compia atti di disposizione dei beni pignorati, caduto il primo pignoramento tali atti acquistano piena efficacia nei confronti del pignoramento successivo compiuto dopo l'atto di disposizione”.

esso, in ragione del principio *tempus regit actum*, l'attività compiuta in dipendenza del primo pignoramento, potrà essere conservata grazie ad un'integrazione "sanante" che il pignoramento ulteriore sarebbe in grado di apportare all'intera procedura, venendo a retroagire il vincolo riferibile al nuovo pignoramento alla data del primo, ormai venuto meno⁷⁶.

Si potrebbe pensare allora che, nell'idea che il giudice vicentino si è fatto dell'esecuzione forzata individuale disciplinata dal libro III, la pluralità dei creditori assurga comunque a "massa" già in fase espropriativa, ragion per cui la posizione del procedente non potrà riflettersi sul pignoramento "integrato" se l'eccezione sollevata dal debitore per demolire l'atto di pignoramento abbia carattere "personale" al procedente.

1.3.3. - Il pignoramento successivo. Genesi ed evoluzione.

Giunti a questo punto, si rende necessaria una breve disamina storica dell'istituto del pignoramento successivo.

"L'art. 493 c.p.c., nel prevedere la possibilità di pignoramenti successivi, ha una *ratio* prettamente storica: nel diritto comune italiano, come nelle *Coutumes* francesi, era vietato il pignoramento successivo (*saisie sur saisie, execution sur execution ne vaut pas*), mentre il codice di rito del 1865 regolava l'istituto in maniera contrastante per i diversi tipi di espropriazione, ammettendolo nell'espropriazione mobiliare, anche se solo in via di ricognizione dei beni pignorati, e limitando le facoltà dei pignoranti successivi nell'espropriazione immobiliare, i cui poteri rimanevano quiescenti in pendenza del primo pignoramento"⁷⁷.

In ossequio a questa impostazione per cui *pignoratio super pignorationem non admittitur* (e cioè che l'espropriazione di un bene precludesse la possibilità ad altri soggetti muniti di titolo esecutivo di perpetrare sul medesimo cespite un'ulteriore aggressione esecutiva autonoma e separata), nel sistema così come delineato dal legislatore processuale del

⁷⁶ In buona sostanza per il giudice vicentino l'espressione "integrato da altri pignoramenti" adoperata dal Supremo Collegio nella pronuncia n. 3531/2009 avrebbe dovuta intendersi nel senso che quell'"integrazione" fungesse da sanatoria (nel caso allora portato all'attenzione della corte, mancata) del primo pignoramento.

⁷⁷ Così Corrado, *L'intervento*, cit., p. 1721.

1865, l'attuazione della *par condicio* avveniva solo in fase distributiva, nelle forme dell'opposizione sul prezzo di vendita.

Ai sensi dell'art. 646 c.p.c. 1865, infatti, “i creditori, ancorché privilegiati, non possono fare opposizione che sul prezzo di vendita”, disposizione che si ispirava all'art. 609 del *Code Napoléon* del 1806, che nella sua vulgata per il Regno d'Italia del 1805-1814 disponeva che “i creditori del debitore pignorato, qualunque sia il loro titolo, anche di affitti, non possono formare opposizione che sul prezzo della vendita”⁷⁸, mentre, in tema di espropriazione immobiliare, “la legge non parla di opposizione sul prezzo, ma di *domanda di collocazione nella graduazione*, che non è altro se non il *riparto* del ricavo (artt. 66 n. 5, 709 e ss. c.p.c. 1865)”⁷⁹.

In definitiva, e senza volerci dilungare troppo sui meccanismi concreti di realizzazione del concorso nel sistema processuale antevigente, sarà sufficiente rilevare che in esso, fino alla fase liquidativa, l'esecuzione forzata veniva costruita come un processo essenzialmente individuale, e la concorsualità emergeva (si potrebbe dire “esplodeva”) in fase satisfattiva, unico momento di preclusione a seguito del quale le prelazioni avrebbero potute restare frustrate dall'irreversibilità della procedura⁸⁰.

⁷⁸ Ci si potrebbe, giustamente, chiedere cosa si intende con “prezzo di vendita”. L'art. 2093 del *Code Napoléon* del 1804 disponeva (consacrando per la prima volta nella storia del diritto il principio della *par condicio creditorum* in una disposizione legislativa) che “*les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*”. Dunque, *gage commun* dei creditori sono i beni del debitore ed il prezzo di tali beni viene distribuito fra loro *par contribution*, dando per implicito l'articolo in commento che di tali beni ne sia avvenuta la liquidazione a mezzo di vendita forzata. Dunque, più che un'opposizione sul prezzo di vendita, intesa come opposizione sulla fissazione del prezzo di vendita, l'espressione va intesa come “opposizione sul (la distribuzione del) prezzo di vendita”.

⁷⁹ Così Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile, Processo di esecuzione*, I, 144, Padova 1932, p. 297.

⁸⁰ Su quest'ultimo punto, pacifico in dottrina e giurisprudenza, tiene a precisare Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano 2015, p. 193, in occasione della trattazione della particolare novità legislativa per cui le controversie distributive vadano risolte con ordinanza del G.E., che “nei confronti dei creditori, invece, la riforma rischia di produrre una sostanziale de-giuridicizzazione dei loro rapporti” in quanto i modi e le forme con cui saranno affrontati e risolti i giudizi di graduazione (ordinanza del GE, impugnabile con l'opposizione agli atti) non sono proprie alla giurisdizione cognitiva. Ciò dipende dal fatto che a differenza di questioni come quelle circa la sussistenza o l'ammontare del credito in concorso, “di fuori del processo esecutivo il diritto sostanziale non dà rilevanza all'ordine di soddisfazione dei creditori: il creditore

Infatti, «nel codice del 1865 l'espropriazione forzata era attività processuale condotta da un solo creditore, ovviamente in possesso di titolo esecutivo, che assumeva *de jure* la rappresentanza di tutti gli aventi diritto sino alla fase di distribuzione all'interno della quale gli altri creditori dell'esecutato, in possesso o meno di titolo esecutivo, potevano svolgere "opposizione sul prezzo della vendita" chiedendo di essere utilmente collocati a riparto.

L'espropriazione risultava dunque costruita come un processo "individuale" sino all'esaurimento della fase di liquidazione dei beni mentre il suo carattere "concorsuale" finiva per emergere nella fase di distribuzione, ove l'azione dei creditori concorrenti si presentava in forma di "opposizione" a che il ricavato venisse assegnato al solo creditore procedente", e quindi, "al legislatore del 1865 era parso normale che il processo di espropriazione potesse essere condotto da un solo creditore e del tutto legittimamente gli altri venivano estromessi dal processo prima dell'apertura della fase di distribuzione, in quanto *ex lege* "rappresentati" dal procedente»⁸¹.

La *pignoratio super pignorationem*, come accennato precedentemente, era ammessa solo nell'espropriazione mobiliare, e produceva gli effetti di una ricognizione del compendio già pignorato.

L'art. 598 c.p.c. 1865, infatti, dispone che "quando l'usciere, presentandosi per fare il pignoramento, ne trovi cominciato un altro, i due pignoramenti sono riuniti./ Se trovi un pignoramento già compiuto e un custode delegato, fa la ricognizione degli oggetti pignorati, e può pignorare quelli che non siano compresi nel primo pignoramento./ Il

insoddisfatto, avente prelazione poziore, non può pretendere alcunché da un altro creditore soddisfatto, ma con prelazione inferiore. rango dei rispettivi crediti può formare oggetto di una contestazione solo al momento della distribuzione"; di conseguenza "a processo esecutivo concluso un creditore non può, nei confronti di un altro creditore, contestare il risultato della distribuzione". Viceversa, nel sistema previgente "tale controversia era risolta attraverso un processo dichiarativo. Essendo questa possibilità scomparsa, potrebbe non esservi più alcuna sede, nella quale una controversia fra creditori relativa al rango dei rispettivi crediti possa divenire oggetto di un processo di cognizione".

⁸¹ Cfr. Capponi, *Manuale*, cit., p. 266.

processo verbale di ricognizione è notificato al creditore a cui istanza fu fatto il primo pignoramento, e la notificazione importa opposizione sul prezzo di vendita”⁸².

La circostanza che il configurarsi della fattispecie prevista dall’art. 598 c.p.c. 1865, viene equiparata negli effetti alla proposizione di un’opposizione sul prezzo di vendita, sembrerebbe dimostrare che anche nel sistema processuale antevigente, il concorso dei creditori avrebbe potuto rilevare in una fase anteriore a quella satisfattiva.

Tuttavia, la duplice circostanza che, nel caso di inerzia del creditore procedente l’attività espropriativa ulteriore avrebbe potuto essere proseguita dal creditore in concorso solo previa provvedimento giudiziale di surroga, e che la concessione della surroga portava con sé l’obbligo, in capo al creditore surrogato, di rimettere al nuovo procedente gli atti della procedura, da un lato dimostra il carattere “unico” del pignoramento, e dall’altro che esso fosse inscindibilmente legato alla posizione di colui che lo aveva provocato.

Ai sensi dell’art. 575 c.p.c. 1865, infatti, “quando il creditore che sostiene la procedura dell’esecuzione trascuri di continuarla, i creditori che presero parte all’esecuzione mobiliare (...) possono chiedere (...) di essere surrogati./ Vi è negligenza quando il creditore non adempia una formalità o un atto di procedura nei termini stabiliti./ Il creditore istante deve rimettere al creditore surrogato *i titoli e gli atti del procedimento*, (...)”.

In materia di espropriazione immobiliare la possibilità che un soggetto diverso dal creditore istante possa proseguire l’esercizio dell’azione espropriativa del suo “dante azione” sulla duplice premessa del provvedimento di surroga e di una “*pignoratio super pignorationem*”, va desunto a partire da premesse più lontane, mancando una norma che, analogamente all’art. 598 c.p.c. 1865 equipari gli effetti di un “pignoramento successivo” alla proposizione dell’opposizione sul prezzo di vendita (o comunque di una domanda di collocazione nella graduazione).

⁸² Disposizione che si rifà all’art. 611 del *Code Napoléon* del 1806, a mente del quale “l’usciera che presentandosi per pignorare trovasse già pignorata la roba e costituito un depositario, non può pignorare di nuovo, ma procede alla ricognizione dei mobili ed effetti dietro il processo verbale che il depositario è tenuto a presentargli; pignorerà gli effetti che fossero stati omessi, ed intimerà al primo creditore pignorante di vender tutto fra giorni otto. Il processo verbale di ricognizione terrà luogo di opposizione sul prezzo della vendita”.

L'art. 661 comma primo c.p.c. 1865, infatti, si limita a disporre che “quando prima della vendita un altro creditore notifici il precetto per agire sugli stessi beni immobili, il conservatore delle ipoteche nel trascriverlo fa menzione del precetto già trascritto” e tiene a precisare, che in tal caso “il secondo creditore non può proseguire gli atti per la spropriazione”.

La preminenza strutturale assoluta del primo pignoramento emerge anche dal secondo comma del medesimo articolo, che contempla l'ipotesi del secondo precetto comprendente una “maggiore quantità di beni”: in tal caso, infatti, “il primo creditore deve comprenderli tutti nella spropriazione”.

Per quanto invece riguarda, invece, il provvedimento di surroga previsto dall'art. 575 c.p.c. 1865, esso poteva essere emanato anche in occasione di un'espropriazione immobiliare, su domanda dei creditori iscritti, e cioè degli ipotecari o dei titolari di altre prelazioni immobiliari risultanti da pubblici registri.

In tal caso l'insistere sulla res pignorata di un'ipoteca costituita anteriormente al pignoramento sembrava fenomeno assolutamente assimilabile ad una “*pignoratio super pignorationem*”, anche se in tal caso il vincolo ulteriore a quello impresso in forza di titolo esecutivo andava già a pesare sulla res in un momento anteriore rispetto al colpo su di essa inferto dal pignoramento.

Inoltre, la possibilità che, ai sensi dell'art. 661 comma secondo, secondo periodo, insorta controversia tra i due creditori procedenti (uno dei quali avesse trascritto precetto sopra la trascrizione del precetto immobiliare dell'altro), il tribunale che avesse pronunciata la prima “sentenza di spropriazione” avrebbe potuto decidere chi fra i due creditori avrebbe potuto “proseguire la spropriazione di tutti i beni compresi in essa”, ci potrebbe autorizzare a supporre che anche in tal caso si realizzasse una surroga nell'attività esecutiva del secondo precettante rispetto al primo, determinando così anche la trascrizione del precetto “ulteriore”, effetti analoghi alla proposizione dell'opposizione sul prezzo di vendita, o comunque della domanda di collocazione in graduazione, in fase presatisfattiva.

Questa idea di un pignoramento unico, compiuto dal creditore procedente nell'interesse della massa assieme ad ogni altro atto strettamente espropriativo, emerge chiaramente dalla ricostruzione che il Tribunale di Vicenza dà del pignoramento successivo, atto che si fonde e confonde con il suo omologo anteriore, con la conseguenza

di far sì che quest'ultimo conservi a favore di ogni ulteriore pignorante "l'effetto di opponibilità costituito dal primo dei pignoramenti, saldando (*sic!*) il proprio al precedente, onde creare una continuità in termini di opponibilità del vincolo di indisponibilità ai terzi aventi causa dal debitore, i quali abbiano acquistato diritti reali sul bene oggetto di esproprio, per il caso in cui venga meno il primo pignoramento".

In altri termini a coloro che abbiano pignorato ulteriormente la *res*, e finanche ai creditori intervenuti "non è opponibile l'eventuale alienazione dell'immobile sottoposto ad esecuzione in forza di valido pignoramento, trascritto anteriormente alla stessa, benché quest'ultima sia stata trascritta prima del pignoramento successivo, posto che l'effetto di indisponibilità (e di opponibilità), a vantaggio di tutti i creditori dell'esecuzione, promana dal solo primo pignoramento, finché esso rimanga valido, mentre il pignoramento successivo serve soltanto a saldare la continuità procedurale ove venga a mancare il primo pignoramento"⁸³.

In dottrina una tale tetragonicità del pignoramento veniva caldeggiata dal Carnelutti⁸⁴ già negli anni '30, il quale, dovendo individuare la *causa legis* della riunione dei pignoramenti in unico processo, già allora si spingeva a scrivere che "l'espropriazione si fa *a profitto di tutti i creditori da (con l'azione di) un creditore solo*, e perciò in un solo processo".

In riferimento, poi a quella particolare forma di partecipazione del creditore concorrente in fase espropriativa, l'illustre Maestro continua sottolineando che "d'altra parte, l'art. 598 c.p.c. 1865, statuendo che la notificazione del verbale del secondo pignoramento da farsi al creditore, che ha richiesto il primo, "importa opposizione sul

⁸³Come rilevato da Verde, *Diritto processuale civile*, III, Bologna 2015, p. 74, per evitare che si abbiano modificazioni giuridiche della *res pignorata*, l'ordinamento può disporre in vari modi. "a) prevedendo l'invalidità degli atti di disposizione; b) prevedendo che tali atti, benché validi, non siano opponibili al creditore pignorante e a quelli intervenuti; c) prevedendo che il bene o il diritto passi al terzo *cum onere suo*. La prima soluzione, drastica, comporta che, se per qualche ragione il pignoramento viene meno o il creditore rinuncia all'espropriazione, la nullità dell'atto resta ferma. La terza soluzione comporta che nel processo esecutivo dovrebbe essere coinvolto il terzo acquirente, che diventa soggetto espropriato, e che l'originario esecutato resterebbe nel processo nella qualità di sostituto processuale (così realizzandosi un'espropriazione contro il terzo proprietario in corso di causa). La seconda, invece, realizza un migliore equilibrio fra le contrapposte esigenze".

⁸⁴ Vedi Carnelutti, *Lezioni, Processo d'esecuzione*, I, cit., 143.

prezzo di vendita”, che è la forma di intervento nel processo d’espropriazione, esclude del pari il secondo creditore dall’azione *e suppone necessariamente la conseguente unità del processo*”.

Posizione ribadita dal Carnelutti, anche all’alba della riforma del ’40, restando fermamente convinto l’autore, anche nelle sue *Nuove Istituzioni*⁸⁵, che “il pignoramento successivo forma con il pignoramento anteriore *un solo pignoramento cumulativo*”.

Tuttavia, la dottrina maggioritaria sembra di diverso avviso, ed al peso del numero si aggiunge quello dell’autorità dei tanti giuristi italiani contemporanei dello stesso Carnelutti che negli stessi anni manifestavano opinioni di diverso avviso.

Sotto la vigenza del codice di rito del ’65 il pignoramento successivo già viene pacificamente qualificato dalla dottrina maggioritaria “un pignoramento come il primo, che prende vita dal momento di sua attuazione, e non da quello del primo”⁸⁶; all’indomani della riforma del ’40 allo stesso modo viene ribadito in dottrina che “il processo di espropriazione, cui dà vita un successivo atto di pignoramento, si fonde col processo iniziato col primo pignoramento, ma il pignoramento successivo non perde la sua individualità (...). Ciò significa, più precisamente, che in conseguenza del concorso di una pluralità di creditori pignoranti, il processo di espropriazione viene ad affondare distintamente le sue radici in ciascuno dei pignoramenti” con la conseguenza che il singolo atto di pignoramento non potrà non distinguersi dai suoi omologhi anteriori e posteriori anche *ratione temporis*⁸⁷.

⁸⁵ Vedi Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, III, Roma 1956, 46.

⁸⁶ Vedi Carnacini, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova 1936, p. 122.

⁸⁷ Vedi Garbagnati, voce “*Concorso dei creditori*”, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano 1961, p. 538. Nello stesso senso Metafora, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 978, secondo la quale “sostenere che il pignoramento successivo produca effetti meramente positivi ai creditori intervenuti altro non significa che gli effetti di prenotazione del primo pignoramento vengono lucrati dal pignorante successivo nella misura in cui egli è considerato intervenitore rispetto al primo pignoramento; ciò in virtù dell’art. 2913 c.c. a mente del quale “non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell’esecuzione gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento”. In sostanza, con i due distinti (e diacronici) pignoramenti, si dà vita a due distinte procedure espropriative che per (ovvie) ragioni di economia processuale vengono riunite. Rispetto al primo pignoramento, il creditore pignorante successivo viene considerato semplicemente quale creditore intervenuto; ciò tuttavia non priva di importanza il pignoramento successivo, il quale riprenderà rilievo nelle eventualità del venir meno dell’azione esecutiva

1.4. - La decisione delle Sezioni Unite n. 61/2014. La fine della diatriba?

1.4.1. - Il fatto (un *Leitmotiv*)

Come accennato sopra, la pronuncia a Sezioni Unite del 7 gennaio 2014, n. 61 mette fine alla diatriba “circa gli effetti della caducazione del titolo esecutivo, in capo al creditore procedente, sul processo esecutivo in pendenza di pignoramenti riuniti e/o di interventi titolati”⁸⁸

Tutto nasce da un pignoramento eseguito da parte di un istituto di credito, nel quale interveniva un condominio ex art. 499 c.p.c.

Successivamente un secondo istituto di credito pignorava ulteriormente l'immobile (più una pertinenza) ex art. 493 comma secondo c.p.c., sulla scorta di decreto ingiuntivo.

A questo successivo pignoramento accedevano per intervento un terzo istituto di credito e la s.p.a. Telecom Italia.

Ora, da un lato accadeva che il credito del primo pignorante veniva ceduto ad un terzo, dall'altro che il decreto ingiuntivo alla base del secondo pignoramento veniva dichiarato inefficace per difetto di tempestiva notificazione ex art. 188 disp. att. c.p.c.

L'esecutato proponeva opposizione all'esecuzione dinanzi al Tribunale di Larino sulla base di due deduzioni.

L'esecutato, infatti, da un lato sosteneva che la titolarità dell'azione esecutiva del precedente fosse venuta meno, essendo stato il credito per cui vi era esecuzione ceduto

che aveva originato il primo pignoramento. In tale ipotesi, gli atti esecutivi sino a quel momento posti in essere potranno continuare a conservare la loro originaria efficacia, ma solo dalla data del secondo pignoramento; ciò spiega perché non saranno opponibili alla procedura esecutiva tutti gli eventuali atti di disposizione posti in essere dal debitore esecutato nel lasso di tempo intercorrente tra il primo e il secondo pignoramento”.

⁸⁸ Confronta Cassazione Civile n. 2240/2013, capo 3.

dal precedente a terzi ex art. 1260 c.c.; dall'altro che l'illegittimità del pignoramento effettuato dal secondo istituto di credito, avesse determinato l'inefficacia dell'intera procedura per violazione dell'art. 474 comma primo c.p.c.

La strategia dell'opponente, dunque, mirava alla declaratoria di inefficacia di entrambi i pignoramenti, in virtù della quale anche gli interventi titolati sarebbero stati spazzati via, venendosi a verificare il tipico presupposto richiesto a questi effetti dalla Cassazione n.3531/2009.

Il Tribunale di Larino, accogliendo parzialmente l'opposizione, dichiarava l'inesistenza del diritto del secondo istituto di credito di agire *in executivis* per riscontrati vizi della notifica del decreto; mentre per quanto riguarda la legittimazione del primo istituto di credito, concludeva che "la successione a titolo particolare nel diritto del creditore precedente non aveva avuto effetto sul rapporto processuale che, alla stregua dell'art. 111 c.p.c., applicabile anche al processo esecutivo, era continuato tra le parti originarie, con la conseguenza che l'alienante aveva mantenuto la sua legittimazione attiva (*ad causam*), conservando tale posizione anche nel caso di intervento del successore a titolo particolare fino a quando non fosse stato estromesso con il consenso delle parti"⁸⁹.

⁸⁹ Come viene riportato in narrativa dalle Sezioni Unite n. 61/2014, capo 1 ("La vicenda processuale"). Come rileva il Capponi, *Manuale*, cit., p. 91, "nella successione dal lato attivo si realizza una scollatura tra ciò che risulta dal titolo esecutivo che sorregge l'esecuzione (...) e la realtà esterna al titolo. In siffatta situazione, ci si può chiedere se il debitore esecutato sia legittimato ad opporsi all'esecuzione ex. art. 615 c.p.c. deducendo appunto che chi sta procedendo (...) non è più creditore, essendo stato il relativo diritto trasferito a un terzo. Ci si può chiedere ancora se il creditore, non più tale, sia legittimato a ricevere il pagamento in sede di distribuzione forzata, o in un'altra sede anticipata quale ad es. la conversione del pignoramento (art. 495 c.p.c.), per un credito del quale non è più titolare". A seguito di un articolato ragionamento l'autore conclude che "in caso di cessione del diritto per la cui realizzazione l'esecuzione pende, l'art. 474 c.p.c. e l'art. 111 c.p.c. legittimano il creditore precedente a completare l'esecuzione, perché il fenomeno successorio non rileva nei confronti del debitore che non avrà pertanto interesse ad opporsi all'esecuzione denunciando il solo evento della cessione, che non incide sulla titolarità del diritto di procedere ad esecuzione forzata. In caso di intervento nell'esecuzione ("intervento" che ovviamente non ha punti di contatto con l'art. 499 c.p.c., essendo giustificato dalla norma dell'art. 111 c.p.c.), questi potrà compiere gli atti esecutivi in luogo del creditore precedente, e potrà essere destinatario dei pagamenti che avvengono nell'esecuzione (...). Non serve un provvedimento formale di estromissione dal processo del

Avverso tale sentenza l'esecutato proponeva ricorso per cassazione (non essendo prevista *illo tempore* la possibilità di interporre appello avverso le sentenze che definivano opposizioni all'esecuzione) affidandosi a due distinti motivi: uno relativo alla corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, l'altro circa la spettanza dell'aggravio delle spese processuali, avendo quindi di mira principalmente la cassazione della sentenza per ragioni di rito.

Dunque, nessun interesse, ai fini della risoluzione del problema concreto portato all'attenzione dei giudici dalle parti, nello statuire se la natura dell'intervento titolato fosse autonoma o dipendente

Ma la "Corte nomofilattica", ne traeva occasione per entrare a gamba tesa nella questione della posizione dell'interventore titolato pronunciando la sentenza in commento, che tuttavia rispetto allo *jus litigatoris* resta non altro che un immenso *obiter dictum*.

1.4.2. - La Suprema Corte usurpa il ruolo della dottrina?

La rimessione al Primo Presidente per il conseguente deferimento della questione alle Sezioni Unite Civili giungeva all'esito di un percorso particolare e aspramente criticato da parte della dottrina, che ha visto nella vicenda un palese esempio di abuso della funzione nomofilattica, rilevato che "la sentenza e i principi da essa enunciati sono stati emessi in un caso in cui la questione, con essi affrontata e risolta, era irrilevante rispetto alle doglianze sollevate dal ricorrente: la relativa decisione, di accoglimento o di rigetto che fosse, non era condizionata dalla soluzione del problema giuridico postosi dalla Suprema Corte"⁹⁰.

creditore procedente e pertanto l'esecutato non dovrà essere sentito a riguardo (art. 485 c.p.c.) perché, si ripete, ciò che conta dal suo particolare angolo prospettico, non è l'individuazione del soggetto che abbia diritto di compiere gli atti dell'esecuzione (questione definitivamente risolta, quantomeno nei suoi confronti, dal titolo esecutivo) ma il fondamento sostanziale della stessa (l'essere, cioè, tuttora esistente il credito consacrato nel titolo)".

⁹⁰ G. Monteleone, *Noterelle*, cit., p. 297

Chi voglia condividere tale osservazione, potrebbe rilevare che la Corte esercita (o almeno dovrebbe esercitare) il ruolo ad essa attribuito dall'art. 65 dell'Ordinamento Giudiziario "di riflesso", cassando le sentenze illegittime dei giudici di merito.

Il congegno nomofilattico dovrebbe quindi funzionare in modo che, nella coerenza del proprio operare (e sempre nei limiti delle questioni ad essa prospettate dai ricorrenti), l'interprete ravvisi *ab extra*, una uniformità "nomofilattica" che le corti territoriali non potrebbero avere (se considerate nel loro complesso) vista la pluralità di corti, ciascuna di pari rango (nell'ambito, si intende, del rispettivo grado di giudizio e della propria giurisdizione).

Nel caso di specie sembra invece che la Suprema Corte abbia colto l'occasione per svolgere una vera e propria dissertazione *in jure*, a mo' di autorità dottrina.

La vicenda dunque "rappresenterebbe un ulteriore caso di spreco di attività giurisdizionale, consistito nel porre la "nomofilachia", espressione insignificante ed obsoleta priva di qualsiasi valore giuridico, come compito primario e fondamentale della Corte di Cassazione, il cui compito, in realtà, è quello di decidere sui ricorsi proposti dai cittadini per violazione di legge", precisando inoltre che "solo attraverso questa importantissima e vitale funzione, costituente anche oggetto di specifica garanzia costituzionale, essa assolve pure a quella (sussidiaria) di unificare nei limiti del possibile la giurisprudenza, così fornendo un essenziale contributo alla certezza del diritto"⁹¹.

Ora, nella fattispecie, è evidente che non ricorresse l'intervento "secco" di un creditore titolato; al contrario, il secondo istituto di credito aveva effettuato un secondo pignoramento dello stesso bene, che riunito al precedente gli attribuiva anche la qualità di interveniente.

A ben guardare, quindi, nessuna ipotetica soluzione avrebbe potuto (anche solo in teoria) incidere sull'esito del ricorso, non dubitandosi affatto che la procedura esecutiva avrebbe potuto essere tenuta in vita anche in virtù di pignoramento successivo.

Altrove tuttavia si è detto che anche nel caso di specie possa essere rinvenuta una qualche opportunità dell'intervento nomofilattico giacché, in ipotesi di primo e di ulteriore pignoramento, affermare la salvezza del pignoramento successivo non implicherebbe necessariamente lo scioglimento di eventuali dubbi circa la sorte delle

⁹¹ Confronta G. Monteleone, *Noterelle*, cit., p. 298.

alienazioni del bene pignorato compiute *medio tempore* fra il primo e l'ulteriore pignoramento.

A queste opinioni si contrappone quella di chi ritiene che l'opportunità dell'intervento della giurisprudenza di legittimità sia da riconoscere, «posto che la semplice salvezza del secondo pignoramento non fa venir meno la problematica della salvezza degli effetti del primo pignoramento, intercorsi *medio tempore*, tra il compimento dello stesso e la sua caducazione. E difatti, ove ci si accontenti della valenza autonoma e indipendente (*in malus*) del secondo pignoramento, poi riunito al primo, si rinuncia, inevitabilmente, al possibile beneficio degli effetti ex artt. 2913 ss. c.c. del primo pignoramento, poi caducato; al contrario, ove si ritenga “ultrattivo” il primo pignoramento, i suoi effetti potrebbero essere estesi a tutti i creditori titolati intervenuti, purché in un momento antecedente alla dichiarazione caducatoria del primo vincolo»⁹².

Tale problema è messo in luce anche da chi sottolinea che nell'ipotesi di venir meno dell'azione esecutiva che ha dato vita al primo pignoramento, “se si ritiene che gli intervenuti non possano proseguire il primo procedimento, questo varrà anche per il secondo pignorante, che è in quello un intervenuto. In presenza di un secondo pignoramento, ciò che proseguirà sarà solo il secondo pignoramento”⁹³.

In buona sostanza, se si considera che, venuto meno il primo pignoramento, il processo esecutivo proseguirà rispetto al secondo pignoramento, l'eventuale anteriore alienazione della cosa precedentemente pignorata, diventerà opponibile al “nuovo” creditore procedente, essendo il pignoramento successivo autonomo, e quindi prendendo data dall'atto del suo compimento, anche se riunito ad altri in un unico processo (conclusione diversa da quella a cui giungeva il Tribunale di Vicenza, che tratteggiava invece il perimetro temporale degli effetti del pignoramento ulteriore compiuto in integrazione di un pignoramento caducato, in modo tale da permettere un'ultrattività degli effetti analoga a quella contemplata dall'art. 2913 c.c. a favore degli interventori).

⁹² Micali, *Titolo esecutivo*, cit., p. 423.

⁹³ Confronta Corrado, *L'intervento non è una scelta di rischio*, cit., p. 120.

Interessante notare che una delle ragioni adoperate dal Supremo Collegio per motivare l'opportunità di rimettere gli atti al Primo Presidente sia stato il timore di convalidare *a contrario* l'orientamento di Cassazione Civile n. 3531/2009.

“È proprio il richiamato precedente” - dice la sentenza - “a suscitare perplessità, sicché pare impossibile risolvere la questione alla sua stregua: da un lato, perché postulare l'operatività della clausola di eccezione appena riferita lo convaliderebbe a contrario; dall'altro lato, perché esso stesso, a ben guardare, potrebbe non giustificare la soluzione postulata, quale eccezione alla regola altrimenti enunciata, per il caso di pignoramento successivo”⁹⁴.

Dunque, superando l'orientamento “tradizionale” che nega ogni autonomia dell'azione esecutiva esercitata dall'intervento titolato, si presenta un ulteriore dubbio come logica conseguenza di tale presa di posizione.

Riallacciandoci ad una considerazione già svolta nell'introduzione del presente lavoro, le opzioni ricostruttive possibili si polarizzano su due divergenti opinioni, facenti capo rispettivamente a due filoni distinti.

«La prima opinione, sollecitata dalle riforme legislative del biennio 2005-2006, muove anzitutto dall'individuazione di una sorta di parallelismo fra il diritto di procedere ad esecuzione forzata dell'istante ed il diritto ad intervenire da parte del titolato, per i quali concorrono i medesimi presupposti del titolo esecutivo e del credito in esso consacrato. Tale parallelismo trova poi linfa attraverso uno studio comparato sulle

⁹⁴ Allo stesso modo Tiscini, *Alle Sezioni Unite*, cit., p. 173, evidenzia che la Corte giustifica la necessità della rimessione della questione al primo presidente, rovesciando il ragionamento. In effetti, nella fattispecie, è assolutamente pacifica la sussistenza di un altro pignoramento, riunito a quello per il quale è dichiarato caducato il titolo esecutivo; circostanza questa che l'arresto giurisprudenziale di Cassazione civile n. 3531/2009 riterrebbe sufficiente per escludere la ritualità degli atti del processo esecutivo, sicché tale precedente potrebbe apparire di per sé idoneo a fondare la decisione del caso concreto (rigetto nel merito della pretesa dell'esecutato). Tuttavia, come afferma la stessa ordinanza “è proprio il richiamato precedente a suscitare perplessità, sicché pare impossibile risolvere la questione alla sua stregua: da una parte, perché postulare l'operatività della clausola di eccezione appena eseguita lo convaliderebbe a contrario; dall'altro esso stesso, a ben guardare potrebbe non giustificare la risoluzione postulata, quale eccezione alla regola altrimenti enunciata, per il caso di pignoramento successivo”.

modalità di accesso alla procedura esecutiva da altri promossa da parte dei creditori titolati, onde mettere in luce come in taluni sistemi processuali stranieri, l'azione dell'interveniente *cum titulo* sia dotata di un'autonomia che “non viene mai a cadere per mero effetto della inesistenza del credito o de titolo del primo pignorante”⁹⁵ con ciò optandosi per l'equiparazione *quoad effectus* tra intervento semplice e pignoramento successivo. La seconda opinione si caratterizza invece per il fatto di ritenere necessario procedere, ai fini della risoluzione della problematica *de qua*, ad un vaglio delle varie ragioni che concretamente possono determinare l'improseguibilità dell'azione esecutiva del precedente. Esse vengono ricondotte a due categorie: a) ragioni connesse all'originaria invalidità del pignoramento (ad es. per difetto originario di titolo esecutivo o impignorabilità dei beni) o degli atti preliminari all'esecuzione; b) ragioni connesse alla ipotesi di successiva caducazione del titolo del precedente. Delle due, solo in presenza delle prime alla invalidità del pignoramento conseguirebbe l'improseguibilità dell'intero processo esecutivo, indipendentemente dalla circostanza che ad esso abbiano partecipato altri creditori titolati, venendo in rilievo nello specifico la stessa legittimità dell'avvio dell'esecuzione. Viceversa, in pendenza delle ragioni sub b) (ad es. difetto sopravvenuto del titolo esecutivo), il pignoramento resterebbe valido (tale essendo stato al momento della sua realizzazione a fronte della sussistenza dell'azione esecutiva del precedente), il creditore istante non potrebbe compiere atti ulteriori atti esecutivi in difetto di azione espropriativa, ma i creditori intervenuti titolati potrebbero sfruttare il vincolo esecutivo iniziale e far proseguire la procedura”⁹⁶.

Riassumendo, da un lato si giunge alla totale equiparazione funzionale fra intervento titolato e pignoramento successivo, che resterebbe inutilmente appesantito da una struttura formalmente ridondante (il che si traduce soltanto in oneri... soprattutto tributari!), ed abusivamente abrogato di fatto in via interpretativa⁹⁷; dall'altro si riconosce

⁹⁵Citando espressamente A.A. Romano, *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli 2008, p. 370. L'altra opzione ricostruttiva è caldeggiata da Capponi nella maggior parte delle sue opere citate nel presente lavoro.

⁹⁶ Ci riferiamo a Pilloni, *Intervento*, cit., p. 340-341-342.

⁹⁷In coerenza con questa visione votata all'equiparazione funzionale fra i due istituti, viene messo giustamente in luce il problema della trascrizione della domanda d'intervento nell'espropriazione

al pignoramento successivo l'ulteriore funzione, rispetto al "semplice" intervento titolato, cautelativa avverso il possibile emergere di vizi originari della procedura, fermo restando che, di regola, l'intervento titolato sia di per sé sufficiente a conservare intatta l'opponibilità del vincolo pignoratizio ai terzi aventi causa dall'esecutato anteriori all'intervento, senza tuttavia riuscire ad evitare di scontrandosi con la fondamentale regola dell'effetto espansivo esterno, consacrata dall'art. 336 comma secondo c.p.c. e da sempre ritenuta ad efficacia incondizionata.

1.4.3. - Le Novelle ed il processo "oggettivato" (*jus superveniens* o falsa applicazione?).

immobiliare dalla Metafora, *Gli effetti*, cit., p. 322, la quale precisa che "nel caso di revoca del titolo esecutivo l'espropriazione dovrebbe proseguire sulla base di un atto, quale quello d'intervento, che non è in alcun modo opponibile ai terzi. Per superare questo ostacolo è stata sostenuta la sottoponibilità a trascrizione anche del ricorso ex art. 499 c.p.c., sulle premesse di ritenerlo, al pari del pignoramento successivo, capace di modificare di fronte ai terzi la situazione giuridica del bene immobile e, come tale, trascrivibile ai sensi della norma generale ex art. 2645 c.c.; in tal modo si evita che l'inefficacia del primo pignoramento si riverberi sull'intera esecuzione, al contempo facendo salvi gli atti di disposizione dopo la trascrizione del pignoramento ma prima di quella degli eventuali interventi titolati. Ora, se è indubbio che l'art. 2465 c.c. ha il ruolo di norma di chiusura, essendosi voluto respingere il principio, accolto dal codice civile abrogato, della tassatività dell'elenco degli atti da trasciversi, è altresì vero che non è possibile desumere da tale caratteristica l'inclusione della domanda d'intervento nel novero degli atti soggetti a trascrizione; l'art. 2914 c.c., allo scopo di concedere giusta tutela al creditore pignorante, deroga al principio generale, posto dall'art. 2644 c.c., per il quale il diritto nascente dalla priorità della trascrizione può essere opposto solo da chi è titolare di un diritto reale e non di un mero diritto di credito; dunque in assenza di una specifica norme derogatoria non sussistono i presupposti per l'inclusione del ricorso d'intervento nella categoria ex art. 2645 c.c.". Il ragionamento (che personalmente condividiamo pienamente) potrebbe essere ribaltato negando a monte la natura personale del diritto del procedente, e considerare la posizione acquisita per effetto del pignoramento analogamente a quella di un diritto reale di garanzia di natura coattiva, ferma restando la par condicio creditorum, alla quale potrà non farsi luogo solo nei casi previsti dall'art. 2741 comma secondo c.p.c.

La questione verrà trattata in seguito, in un breve *excursus* sul sistema dell'azione esecutiva nel diritto germanico.

I giudici di legittimità vengono principalmente stimolati alla remissione della questione alle Sezioni Unite dal fatto che Cassazione n. 3531/2009, nell'esaminarla, non abbia potuto tener conto *ratione temporis* delle profonde modificazioni apportate al processo d'esecuzione dalla L. 14 maggio 2005 n. 80⁹⁸ e dalla L. 28 dicembre 2005, n. 263⁹⁹.

Ad avviso di Cassazione n. 2240/2013, infatti “la problematica coinvolta” attiene “alla struttura stessa del processo esecutivo individuale, quale deve ricostruirsi all'esito dell'evoluzione del quadro normativo e soprattutto delle riforme del 2006, che la richiamata pronunzia del 2009 non poteva prendere in considerazione, per essere la fattispecie al suo esame ad esse anteriore”.

Un'ulteriore buona ragione per indurre le Sezioni Unite ad intervenire sul punto viene rinvenuta non solo nel contrasto che potrebbe provocare un eventuale decisione favorevole alla posizione dell'intervento con l'autorevole precedente richiamato, “ma soprattutto per la delicatezza delle ricadute di tale conclusione, suscettibili di influenzare sensibilmente future opzioni ricostruttive dei singoli istituti e del processo esecutivo in generale”, ragion per cui “la soluzione processualmente più corretta si presenta la rimessione della questione, da qualificarsi come questione di massima di particolare importanza e sulla quale pare opportuno l'esercizio della funzione nomofilattica loro demandata, alle Sezioni Unite di questa Corte”.

Le riforme del 2005 e del 2006, dunque, hanno voluto dare nuova consistenza alla posizione dell'intervento titolato, rendendola da dipendente autonoma.

Il principale aspetto delle riforme messo in rilievo dall'ordinanza è la limitazione dei legittimi interventori alla lista di cui al nuovo art. 499 c.p.c. a fronte dell'ampliamento del catalogo dei titoli esecutivi posto dall'art. 474 comma secondo c.p.c.: “non pare

⁹⁸ “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali”.

⁹⁹ “Interventi correttivi alle modifiche in materia processuale civile introdotte con il decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, nonché ulteriori modifiche al codice di procedura civile e alle relative disposizioni di attuazione, al regolamento di cui al regio-decreto 17 agosto 1907, n. 642, al codice civile, alla legge 21 gennaio 1994, n. 53, e disposizioni in tema di diritto alla pensione di reversibilità del coniuge divorziato”.

implausibile, ad opinione della Corte, argomentare che la ratio del riformatore del 2006, di recupero dell'efficienza del processo esecutivo individuale civile, abbia sorretto la scelta cruciale di una selezione a monte di esso dei soggetti abilitati a prendervi parte, trasferendo nella sede cognitiva ogni questione sulla sussistenza delle relative condizioni dell'azione esecutiva (e, per inciso, introducendo parentesi cognitive soltanto sommarie affidate al giudice dell'esecuzione nel corso del processo esecutivo, con una tendenza confermata dalla recentissima modifica dell'art. 549 cod. proc. civ., di cui alla L. 24 dicembre 2012, n. 228¹⁰⁰, art. 1, comma 20, n. 4), al contempo, in via di contrappeso, ampliando notevolmente il catalogo dei titoli esecutivi, pure stragiudiziali”.

In merito alle recenti novelle, esse sembrano dar seguito all'originaria idea di esecuzione del riformatore del '40, il più possibile epurata da incidenti cognitivi idonei ad essere innescati in occasione del suo svolgimento.

Infatti «nella Relazione al Re testualmente si legge che il nuovo codice, mettendosi sulla via tracciata dagli studi, ha potuto liberare l'esecuzione di tutte le ingombranti sovrastrutture imitate dal procedimento contenzioso e distinguere nettamente il procedimento esecutivo dalle fasi di cognizione che eccezionalmente possono incidere sul suo corso. Sin da allora, con spirito diremmo cartesiano, si volevano tener ben separati e distinti dall'esecuzione forzata gli incidenti di cognizione, ponendoli, in certa misura, al di fuori di essa e, in tal guisa, “purificando il procedimento esecutivo dai residui delle forme contenziose” (sono ancora parole della Relazione al Re), che allignavano nel codice del 1865»¹⁰¹.

Sulla sponda opposta, tuttavia, in ossequio al principio di *par condicio* sancito dall'art. 2741 c.c., le porte dell'intervento venivano aperte ad ogni creditore, ancorché chirografario e/o sfornito di titolo esecutivo¹⁰².

¹⁰⁰ “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013)”.

¹⁰¹ Così Tedoldi, *L'oggetto della domanda di intervento e delle controversie sul riparto nella nuova disciplina dell'espropriazione forzata*, in Riv. Dir. Proc. 2006, p. 1297

¹⁰² Ai sensi dell'art. 499 c.p.c., nella sua versione in vigore fino al 10 settembre del 2005 viene infatti statuito che oltre i creditori iscritti, “possono intervenire nell'esecuzione gli altri creditori, ancorché non privilegiati”, su mero deposito di ricorso contenente “l'indicazione del credito e quella del titolo di esso, la domanda per partecipare alla distribuzione della somma ricavata e la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio nel comune in cui ha sede il giudice competente per l'esecuzione”.

In tal modo la preoccupazione di strutturare un processo d'esecuzione conforme ai valori fissati dal Legislatore sostanziale «inevitabilmente, apriva il processo esecutivo a elementi e ad apporti spuri, che ne contaminavano la funzione e l'obiettivo secondo una "dottrina pura" dell'espropriazione forzata, volta alla concreta soddisfazione dei crediti pecuniari nei tempi più rapidi, riducendo allo stretto indispensabile le parentesi cognitive (...). È chiaro che nel momento in cui si consentiva indistintamente a tutti i creditori di intervenire nell'espropriazione forzata in corso, il giudice dell'esecuzione era chiamato a deliberare quanto meno l'ammissibilità, se non la fondatezza, delle loro domande di partecipazione alla procedura, mentre al debitore e agli altri creditori, primo fra essi a quello pignorante, doveva pur essere concessa la possibilità di contestare il diritto degli intervenienti».

Nel perseguimento dell'obiettivo di tracciare il disegno di un processo d'esecuzione idoneo a svolgere una funzione puramente attuativa, invece, si dovrebbe privilegiare la regola opposta in linea di massima, e cioè che la partecipazione ad ogni fase di esso non possa non legittimarsi che sul possesso del titolo esecutivo.

Ci potremmo chiedere, a questo punto, se per beneficiare dell'applicazione della sanzione esecutiva a carico del debitore, si renda necessario per il creditore in ogni caso, il possesso di un titolo esecutivo, indipendentemente dal modo in cui egli abbia legittimato il proprio ingresso nel processo esecutivo; o più radicalmente, ci potremmo chiedere quando possa dirsi applicata la sanzione esecutiva.

Fra le possibili risposte a quest'ultimo interrogativo, si potrebbe accogliere quella secondo la quale "nel processo d'esecuzione diretto alla realizzazione coattiva di un credito di danaro, la sanzione esecutiva costituita dall'espropriazione forzata, si risolve precisamente nel trasferimento al creditore insoddisfatto, ad opera dell'organo giurisdizionale ed indipendentemente dal concorso della volontà del debitore assoggettato alla sanzione, della proprietà di una somma di danaro pari all'oggetto del credito, ovvero di un altro bene del debitore (...)".

Poiché infatti gli artt. 510 e 632 c.p.c.¹⁰³ sono chiari nel riconoscere la titolarità in capo all'esecutato delle somme ricavate all'esito dell'aggiudicazione o dell'assegnazione,

¹⁰³A norma dell'art. 510 comma terzo c.p.c. quanto residua del prezzo di vendita a seguito della distribuzione va riconsegnato al debitore; a norma dell'art. 632 comma primo c.p.c. il peculio ricavato a

e che quindi in fase soddisfattiva l'attivo liquido vada considerato alla stregua della *res pignorata*, solo col successivo trasferimento della proprietà della somma ai creditori nelle forme della distribuzione forzata potrà dirsi realizzata a carico del debitore la sanzione esecutiva¹⁰⁴.

Ora, considerato che anche i creditori sforniti di titolo esecutivo sono legittimati, successivamente alla liquidazione della *res pignorata*, a domandare il provvedimento di distribuzione (analogamente ai creditori muniti di titolo esecutivo che, in riferimento ad essa, sono legittimati a domandarne la liquidazione in sede espropriativa), dobbiamo logicamente concludere, che anche l'interventore eserciti una più o meno intensa azione esecutiva.

Da tali conclusioni tuttavia non può che emergere il seguente dubbio: se la titolarità dell'azione esecutiva dipende dal possesso del titolo, cosa legittima il potere esecutivo del creditore sfornito di titolo di domandare che si proceda alla distribuzione?

Nel sistema anteriore alle novelle del 2005 e del 2006 convivevano due opinioni opposte, che riposavano sulla necessità o meno di individuare, in un modo o nell'altro, la formazione "endoprocessuale" di un qualche titolo esecutivo a favore del creditore interventore semplice che beneficiasse, in sede distributiva, dell'applicazione della sanzione esecutiva a carico del debitore.

«Questa dicotomia si trasformò *naturaliter* in contrapposizione tra "teoria cognitiva" e "teoria esecutiva" della fase distributiva dell'espropriazione forzata individuale. Contrapposizione che, a tacer d'altro, conduceva a divergenti ricostruzioni in tema di stabilità degli effetti della distribuzione, quale fenomeno, secondo i fautori della "teoria esecutiva", che interamente appartiene al processo di espropriazione forzata,

seguito dell'aggiudicazione o dell'assegnazione va riconsegnato al debitore nell'ipotesi di chiusura anticipata del processo d'esecuzione successivamente alla fase liquidativa.

¹⁰⁴ Vedi Garbagnati, *Espropriazione*, cit., p. 1334. Conclude infatti il Garbagnati, *Espropriazione*, cit., p. 1335-1336, che "l'esercizio della giurisdizione esecutiva si estende quindi all'intera fase processuale posteriore alla vendita forzata; ed il provvedimento giurisdizionale esecutivo, che chiude il processo di espropriazione, è costituito non dal provvedimento di vendita che, pur iniziando l'attuazione della sanzione esecutiva, non ha efficacia soddisfattiva, ma dal provvedimento di assegnazione del ricavo della vendita, che operando il trasferimento al creditore insoddisfatto della proprietà del denaro ricavato, esaurisce l'espropriazione del debitore ed integra l'attuazione della sanzione esecutiva, oggetto dell'azione esecutiva".

posto che l'art. 632 comma secondo c.p.c. conserva il denaro ricavato dalla vendita nella proprietà del debitore sino al compimento della distribuzione, onde l'espropriazione non si completa se non dopo questa fase, da cui non sgorga alcun effetto di accertamento dell'obbligo del debitore sul piano del diritto sostanziale; mentre secondo i fautori della "teoria cognitiva", invece, è riportabile al diritto sostanziale e genera effetti stabili, tanto da precludere azioni di ripetizione di indebitto o di arricchimento senza causa»¹⁰⁵.

Chi, fra i più autorevoli ha sostenuta la teoria esecutiva rileva che "la formazione del riparto non implica, di per sé, un accertamento giurisdizionale del diritto dei creditori concorrenti, neppure se sforniti di titolo esecutivo (...). Il provvedimento col quale il giudice dell'esecuzione include nello stato di riparto un creditore non contestato (...), non ha sicuramente efficacia di cosa giudicata, in merito al suo diritto di credito, e neppure efficacia di titolo esecutivo, a' sensi dell'art. 474 c.p.c." ¹⁰⁶.

Il fondamento di legittimazione della posizione dell'interventore *sine titulo* viene allora rinvenuto direttamente nell'art. 2741 c.c.: in un sistema siffatto fondato su tale premessa, la *summa divisio de actionibus* è quella fra azione esecutiva ordinaria, che si legittima sulla base del titolo esecutivo, ed azione esecutiva concorsuale, che affonda le sue radici direttamente nel disposto dell'art. 2740 c.c.¹⁰⁷.

Dunque, si inganna chi sostiene che in seno all'esecuzione forzata possa darsi luogo a momenti cognitivi "interni".

¹⁰⁵ Cfr. Tedoldi, *L'oggetto*, cit., p. 1299.

¹⁰⁶ Vedi Garbagnati, *Il concorso dei creditori nel processo di espropriazione*, cit., p. 78.

¹⁰⁷ In questo senso si veda Garbagnati, *Espropriazione*, cit. 1363. Confronta anche Garbagnati, *Espropriazione*, cit., p. 1365, ove si conclude che "sembra quindi preferibile qualificare ordinaria l'azione di espropriazione generata dal titolo esecutivo, e comprendente ogni potere giuridico diretto a provocare l'attuazione giurisdizionale della sanzione esecutiva; e concorsuale l'azione di espropriazione, limitata nel suo contenuto al potere di concorrere all'espropriazione da altri promossa ed attribuita ai creditori privi di titolo esecutivo, per garantire la completa attuazione del principio consacrato nell'art. 2741 c.c." e dunque "1) l'azione che i creditori privi di titolo esecutivo esercitano a norma dell'art. 499 c.p.c., è un'azione esecutiva di espropriazione; 2) vi può essere espropriazione forzata anche a favore di soggetti non muniti di titolo esecutivo" e dunque "il principio dell'art. 474 c.p.c., se non patisce eccezioni per l'espropriazione meramente liquidativa, subisce invece sicuramente una deroga, a norma dell'art. 500 c.p.c., per ciò che concerne il potere di concorrere all'espropriazione soddisfattiva".

Chi invece ha caldeggiato la teoria cognitiva riusciva facilmente a giustificare l'attribuzione a favore dell'interventore semplice dei benefici dell'applicazione della sanzione esecutiva a carico del debitore ricorrendo all'accertamento che in merito alla di lui pretesa veniva svolto in sede distributiva ai fini della formazione del piano di riparto, restando tuttavia costretto a negare la premessa per cui la sanzione esecutiva possa dirsi applicata all'esito della fase distributiva, ed arrivando a concludere che con la vendita forzata si completa quell'espropriazione a carico del debitore, e alla quale non può darsi luogo *sine titulo*, giusta l'art. 474 comma primo c.p.c.

Per chi opina in tal modo¹⁰⁸, i fautori della teoria esecutiva cadrebbero in errore non avvedendosi «che se il prezzo del coattivo trasferimento fosse tuttora “pignorato in luogo dei beni”» e che quindi la sanzione espropriativa si attua mediante distribuzione (con la conseguenza che chi partecipi alla fase distributiva sia esercitando poteri ancora teologicamente improntati a realizzare e far valere la responsabilità patrimoniale del debitore) «non si vedrebbe la *ratio* sistematica della preferenza data agli intervenuti prima dell'autorizzazione alla vendita, giacché la legge espressamente prevede che sui beni assoggettati alla responsabilità patrimoniale i creditori hanno “eguale diritto di essere soddisfatti (art. 2741 c.c.)” salve le cause legittime di prelazione. La postergazione dell'intervento tardivo avrebbe invece una qualche giustificazione sistematica considerando il peculio ritratto a titolo di prezzo come il risultato della compiuta applicazione della sanzione esecutiva». Con la vendita forzata, infatti, “i beni sono trasferiti all'aggiudicatario o all'assegnatario liberi da ogni vincolo inerente alla responsabilità patrimoniale dell'espropriato, onde quei vincoli possono operare solo a favore dei crediti, alla cui soddisfazione i beni siano stati destinati prima della detta alienazione”, realizzandosi questa destinazione «con l'aggressione compiuta ai fini espropriativi dai muniti di titolo; aggressione alla quale i creditori “non titolati” devono “partecipare” (art. 500 c.p.c.) se vogliono usare o realizzare, alla pari dei primi, l' “eguale diritto” garantito dall'art. 2741 c.c. In altre parole, l'intervento tempestivo non dà luogo ad una causa legittima di prelazione che si aggiunge a quelle previste dall'art. 2741 c.c. (...) ma è il mezzo col quale i creditori non iscritti e non privilegiati a norma del codice civile o non “titolati” a norma dell'art. 474 c.p.c., rendono operante a proprio favore il

¹⁰⁸ Vedi Montesano, *La cognizione sul concorso dei crediti nell'esecuzione ordinaria*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1968, p. 571.

principio dell'art. 2741 c.c. prima che l'alienazione forzata dei beni in via processuale sottragga i beni stessi al patrimonio dell'espropriato, e con ciò ad ogni garanzia inerente alla responsabilità»¹⁰⁹, mentre “lo strumento scelto dalla legge per soddisfare i chirografari non tempestivi” sembra essere «quello della loro surrogazione per mezzo dell'intervento tardivo nel diritto del debitore espropriato alla consegna di quella parte del prezzo, che non è servita a soddisfare i creditori “collocati” sui beni coattivamente alienati».

L'elaborato ragionamento, diretto a qualificare il momento soddisfattivo come un'appendice cognitiva successiva al processo d'esecuzione pienamente realizzatosi con la vendita forzata, permette di giustificare l'affermazione secondo cui l'avvenuta soddisfazione in via coattiva del credito, determini sempre e comunque una qualche stabilizzazione di essa sul piano sostanziale (banalmente: consumi la *condictio*).

“Non va infatti dimenticato che i processi ordinari di cognizione possono essere definiti normalmente in due modi: con la pronuncia di merito sulla domanda; o con la conciliazione delle parti, che il giudice è obbligato a promuovere (art. 185 c.p.c.). Ora, nulla di diverso accade per il giudizio distributivo: il quale differisce dalle altre cognizioni ordinarie solo in ciò che la legge, in vista della rapida soddisfazione cui esso giudizio è preordinato, dà maggiore rilievo e contenuto alla doverosa attività conciliativa del giudice e delle parti”¹¹⁰.

Per effetto delle novelle del 2005 e del 2006, i presupposti dell'intervento sono cambiati: l'idea di fondo del Novellatore, non scevra di intima coerenza, è quella di dare

¹⁰⁹ Continua il Montesano, *La cognizione*, cit., p. 573: “a questo punto è chiaro, se non mi inganno, che i creditori chirografari partecipi della sola distribuzione, senza essere prima intervenuti nella fase espropriativa, non fanno valere poteri coordinati alla responsabilità patrimoniale gravante sui beni venduti o assegnati (...) E perciò, a mio avviso, tutti i partecipanti alla distribuzione non han più azioni espropriative o esecutive, ma solo ragioni creditorie (da accertarsi, come si vedrà) verso i chiamati a consegnare il denaro oggetto del deposito giudiziario; e quelle ragioni sono nettamente diverse, per fonte, forza e contenuto, a seconda che si tratti di creditori privilegiati o già partecipi alla fase espropriativa da un lato, o di creditori chirografari intervenuti solo in sede soddisfattiva, dall'altro. Le ragioni dei primi sono infatti commisurate al già avvenuto esercizio dei poteri coordinati alla responsabilità gravante sui beni pignorati ed espropriati; le ragioni dei secondi si fondano, se non mi inganno, su una delle varie cause di sostituzione del creditore al debitore”.

¹¹⁰ *Ibidem*.

ingresso in sede esecutiva soltanto ai creditori muniti di titolo esecutivo, mentre la legittimazione *ad interventum* dei creditori assistiti da garanzia reale sul bene pignorato, si giustifica sulla necessità di tutelare le loro particolari ragioni di prelazione dall'effetto purgativo della vendita forzata, per effetto della quale la cosa trasmigrerebbe nel patrimonio dell'aggiudicatario *sine onere suo*.

Sembra pacifico, comunque, che l'art. 499, comma primo, c.p.c. *minus dixit quam voluit*. Non v'è dubbio infatti che "la previsione va integrata ammettendo a intervenire, da un lato, anche chi possegga un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. per pagamento di somme di denaro che, pur non essendo un titolo esecutivo in senso proprio, soggiace per l'attuazione alle norme sull'espropriazione forzata, ex art. 669 *duodecies* c.p.c.; dall'altro lato, chi sia titolare di privilegi speciali assistiti da *ius retentionis* su cose mobili (ad es., il vettore, il mandatario, il depositario, chi abbia fatto spese di conservazione o di miglioramento, ecc.: cfr. gli artt. 2756 e 2761 c.c.), che produce effetti assimilabili al pegno ex art. 2756 comma terzo c.c., nonché i titolari di diritti reali immobiliari, nel caso in cui partecipi all'esecuzione il creditore ipotecario cui tali diritti non siano opponibili: infatti, ai sensi dell'art. 2812, comma secondo c.c., il diritto reale immobiliare si converte nel diritto di partecipare al riparto per equivalente pecuniario, con preferenza rispetto ai creditori posteriormente iscritti"¹¹¹.

L'elemento comune a tutte le situazioni di prelazione indicate sembra essere il fatto che i titolari di esse abbiano già individuato il cespite sul quale faranno valere la propria domanda esecutiva, anche se, a dire il vero, questa preventiva individuazione non sembra ricorrere nell'ipotesi in cui l'intervento viene promosso sulla scorta di un credito risultante da scrittura contabile obbligatoria ex art. 2214 c.c., titolo d'intervento aggiunto alla lista di cui all'art. 499, comma primo, c.p.c. ad opera della novella del 2006¹¹².

¹¹¹ Cfr. Tedoldi, *L'oggetto*, cit., p. 1305.

¹¹² Relativamente a ciò, parte della dottrina nutre dubbi di costituzionalità. Secondo il Tedoldi, *L'oggetto*, cit., p. 1310-1311 "nel nuovo quadro normativo di una legittimazione all'intervento riservata ai creditori muniti di titolo esecutivo e a quelli con diritto di sequela o sequestranti il bene pignorato (quadro non privo, come s'è veduto, di intrinseca coerenza) si è insinuato un tarlo: il "creditor contabile", cui si consente di intervenire sol che produca l'estratto autentico notarile delle scritture contabili ex art. 2214 c.c., scritture contabili che, notoriamente, non costituiscono titolo esecutivo, ma valgono al più a ottenere un provvedimento monitorio inaudita altera parte (art. 634, comma 2°, c.p.c.) o un'ordinanza di ingiunzione

Un'ulteriore novità delle riforme è il diverso esito che la chiusura tipica del processo d'esecuzione può determinare a favore del creditore a seconda che egli sia in possesso o meno di titolo esecutivo.

Se nel sistema antevigente anche il creditore chirografario avrebbe potuto, in linea di massima, beneficiare della distribuzione del retribuito, tale possibilità è divenuta oggi un'eventualità dipendente dalla mera volontà del debitore esecutato.

Dispone infatti il nuovo art. 499 c.p.c. ai commi quinto e sesto che “con l'ordinanza con cui è disposta la vendita o l'assegnazione ai sensi degli artt. 530, 552 e 569 il giudice fissa, altresì, udienza di comparizione davanti a sé del debitore e dei creditori muniti di titolo esecutivo, disponendone la notificazione a cura delle parti (...)./ All'udienza di comparizione il debitore deve dichiarare quali dei crediti per i quali hanno avuto luogo gli interventi egli intenda riconoscere in tutto o in parte, specificando in quest'ultimo caso la relativa misura. Se il debitore non compare, si intendono riconosciuti tutti i crediti per i quali hanno avuto luogo interventi in assenza di titolo esecutivo. In tutti i casi il riconoscimento rileva comunque ai soli effetti dell'esecuzione. I creditori intervenuti i cui crediti siano stati riconosciuti da parte del debitore *partecipano alla distribuzione della somma ricavata* per l'intero ovvero limitatamente alla parte del credito per la quale vi sia stato riconoscimento parziale. I creditori intervenuti i cui crediti siano stati viceversa disconosciuti dal debitore hanno diritto, ai sensi dell'art. 510, terzo comma, c.p.c., *all'accantonamento delle somme che ad essi spetterebbero*, sempre che ne facciano istanza e dimostrino di avere proposto, nei trenta giorni successivi all'udienza di cui al presente comma, l'azione necessaria affinché essi possano munirsi del titolo esecutivo”. La distribuzione delle somme avviene quindi, a favore dei creditori titolati, “previo accantonamento delle somme che spetterebbero ai creditori intervenuti privi di titolo esecutivo i cui crediti non siano stati in tutto o in parte riconosciuti dal debitore” (art. 510, comma secondo, c.p.c., *in cauda*). “L'accantonamento” - prosegue l'art. 510 comma terzo c.p.c. - “è disposto dal giudice dell'esecuzione per il tempo ritenuto necessario affinché i predetti creditori possano munirsi di titolo esecutivo e, in ogni caso, per un periodo di

pendente iudicio (art. 186-ter c.p.c.). Qui v'è senz'altro un ingiusto privilegio, che non trova alcuna razionale giustificazione né sul piano processuale, né su quello sostanziale. Questa previsione, ma solo questa, è manifestamente incostituzionale ed è bene che venga cancellata al più presto dal legislatore stesso”.

tempo non superiore a tre anni. Decorso il termine fissato, su istanza di una delle parti o anche d'ufficio, il giudice dispone la comparizione davanti a sé del debitore, del creditore procedente e dei creditori intervenuti, con l'eccezione di coloro che siano già stati soddisfatti, e dà luogo alla distribuzione della somma accantonata tenuto conto anche dei creditori intervenuti che si siano nel frattempo muniti di titolo esecutivo. La comparizione delle parti per la distribuzione della somma accantonata è disposta anche prima che sia decorso il termine fissato se vi è istanza di uno dei predetti creditori e non ve ne siano altri che ancora debbono munirsi di titolo esecutivo”.

Dunque il Legislatore sembra aver preso posizione sulle due questioni sopra prospettate: da un lato permettendo che degli effetti distributivi possa giovare solo il creditore titolato, chiarisce che la definizione del processo d'esecuzione avviene con la consegna della somma dovuta dall'esecutato da parte dell'organo pubblico; dall'altro conferma la struttura di un processo che deve essere votato esclusivamente all'attuazione di diritti certi, atteso che ogni problema cognitorio viene scalzato, prima o poi, dal processo, giacché ogni creditore, prima o poi, sarà in possesso di un titolo esecutivo, e potendosi quasi scorgere, al fondo di questa impostazione e quasi in filigrana, “una concezione, per così dire, regressiva dell'esecuzione forzata, in qualche misura riportata a uno stadio amministrativo, come attuazione meramente materiale della prestazione sancita nel titolo esecutivo, che appartiene alla sfera dell'*imperium* più che della giurisdizione”¹¹³.

In conclusione, allora, possiamo serenamente affermare che l'intenzione del Riformatore del 2005 e del 2006 non sia stata quella di modificare la consistenza della posizione dell'interventore titolato, essendo invece stata la novellazione diretta a chiarire e a sviluppare altri aspetti della procedura esecutiva, a partire dai quali certamente non può affermarsi apoditticamente l'introduzione nel nostro ordinamento della regola di piena fungibilità dei titoli esecutivi.

In risposta tuttavia all'argomento circa l'inefficacia innovativa delle riforme sul punto in questione, portato come dirimente dall'ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite affermano che il contrasto fra i due orientamenti benché non avente natura cronologica, si pone comunque come “contrasto logico-giuridico” tra orientamenti, con conseguente

¹¹³ Sono parole del Tedoldi, *L'oggetto*, cit., p. 1304.

sua “natura sistematica”, a prescindere dalle riforme, fermo restando che quest’ultime possano fungere da fonte di ulteriori argomenti.

Si tratta dunque di indicare quale sia fra le due l’opzione interpretativa corretta, essendo entrambe plausibilmente ricavabili dal tenore delle disposizioni; non già di comporre un’antinomia applicando il criterio della *lex posterior*.

A ben guardare, infatti, il contrasto esiste, e già negli anni ‘70 la Corte aveva optato per la salvezza del processo nel caso di intervento titolato.

1.4.4. - La composizione del contrasto.

Poiché, in linea di massima, la soddisfazione coattiva del credito mediante espropriazione è data ai soli titolari dell’azione esecutiva, la differenza posta dalla dottrina risalente fra “azione espropriativa” (che si esercita provocando atti della fase espropriativa) ed azione “satisfattiva”, viene di fatto meno, essendo inquadrabile quindi ogni azione come *esecutiva*, provochi o meno la parte personalmente i singoli atti della fase di espropriazione.

Per le Sezioni Unite, infatti, “l’atto di esercizio della propria azione esecutiva da parte di un legittimato è anche atto d’esercizio delle azioni esecutive degli altri legittimati e l’atto compiuto da un legittimato si partecipa agli altri legittimati ed è momento di concretizzazione di tutte le azioni esercitate nel processo esecutivo”.

Con la svolta delle Sezioni Unite n. 61/2014, “il procedimento esecutivo accentua le sue caratteristiche di procedimento “concorsuale”, ponendo sullo stesso piano il creditore procedente e gli altri creditori intervenienti, purché muniti di titolo esecutivo, e consentendo a ciascun interveniente di beneficiare degli atti esecutivi già compiuti da qualunque altro creditore, in una logica *simil-litisconsortile* e ispirata ad un principio di acquisizione degli atti esecutivi. Ne consegue una riduzione della distanza tra le due tipologie di azione esecutiva (l’una esercitata dal creditore primo pignorante, l’altra dai creditori intervenienti), con l’unica differenza residua consistente nella dipendenza degli interventi successivi dalla validità del pignoramento originario in sé. Ne deriva, ancora, un rafforzamento del ruolo e della efficacia del titolo esecutivo, grazie al quale ogni creditore è abilitato ad intervenire in un procedimento pendente, beneficiando degli atti

esecutivi già compiuti, e a portare avanti l'esecuzione, in virtù della legittimazione offerta dal proprio titolo"¹¹⁴.

Un ulteriore pregio della pronuncia è da rinvenirsi nella separazione tra vizi formali e vizi sostanziali nel processo di esecuzione forzata: "si potrà consolidare la differenziazione tra vizi di forma e questioni attinenti al credito rappresentato nel titolo esecutivo, o comunque ad altri motivi *di merito* che privino di fondamento l'azione esecutiva esercitata, con la conseguenza che solo i primi potranno immediatamente impedire la prosecuzione del processo esecutivo, salva la possibilità di rinnovazione, mentre i secondi si limiteranno ad inibire, al solo creditore interessato, di procedere ad esecuzione, senza compromettere gli interventi già occorsi"¹¹⁵.

Il regime complessivo di questa particolare struttura formale, che potrà eventualmente assumere il processo esecutivo (sempre meno) individuale, sarà analogo a quello del pignoramento congiuntivo, o su istanza di più creditori di cui all'art. 493, comma primo, c.p.c.

Infatti, ex art. 493 comma primo c.p.c. ci può essere un'unica istanza di pignoramento e un solo atto di pignoramento a tutela di più creditori, anche sulla base di titoli esecutivi diversi, avendosi in tale ipotesi "un atto non cumulativo, come pure comunemente si reputa, ma concorsuale, la cui caratteristica sta nella *corrispondenza di un unico evento alla pluralità delle azioni*, mentre la connotazione tipica dell'atto cumulativo consiste nell'unità dell'azione fra gli atti semplici che lo compongono"¹¹⁶, implicando ciò "che le eventuali nullità inerenti alla fase del pignoramento si verificano per tutti, perché, essendo unico l'atto, la nullità che lo colpisce riguarda tutti quanti i creditori. Non così, invece, per le vicende dei rispettivi titoli esecutivi e dei rispettivi crediti"¹¹⁷.

Appare evidente allora la tendenziale identità di regime fra i due modi di attuazione del concorso: così nel caso di pignoramento congiuntivo la procedura verrà meno per vizi comuni inerenti alla fase di pignoramento, fermo restando che l'accoglimento dell'opposizione all'esecuzione promossa contro uno soltanto dei più

¹¹⁴ Vedi Micali, *Titolo esecutivo*, cit., p. 445.

¹¹⁵ Così sempre Micali, *Titolo esecutivo*, cit., p. 446.

¹¹⁶ Così Bonsignori, voce "*Pignoramento*", in *Novissimo Digesto*, Torino 1957, p. 80.

¹¹⁷ Così Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano 2015, p. 113.

istanti determinerà solo la mera di lui estromissione dal processo, colà nel caso di intervento titolato la procedura verrà meno nel caso di “vizio originario” del pignoramento o di nullità degli atti ad esso prodromici, ferma restando l’inidoneità del venir meno di uno soltanto dei titoli esecutivi ai fini della caducazione dell’intera procedura.

Unica nota distintiva sta nel fatto che l’ipotesi di intervento titolato comporta l’inapplicabilità del principio di autonomia sopra espresso “nel caso in cui il titolo esecutivo giudiziale sia inficiato da un vizio genetico che lo renda inesistente o nel caso in cui l’atto posto a fondamento dell’azione esecutiva non sia riconducibile *ab origine* al novero dei titoli esecutivi di cui all’art. 474 c.p.c”, motivandosi ovviamente tale peculiarità in ragione del fatto che nella fattispecie di pignoramento congiuntivo non è dato distinguere fra titolo “iniziale” e titolo “sopravvenuto”, rilevando ai fini della caducazione totale dell’esecuzione solo la carenza di uno dei coelementi strutturali essenziali del pignoramento.

Si potrebbe addirittura, in definitiva, asserire che l’intervento titolato nel processo d’esecuzione realizzi un pignoramento congiuntivo “successivo”, se una tale espressione non fosse una vera e propria *contraradictio in adjecto*.

Si consideri infatti che la ragione della possibilità, riconosciuta dall’ordinamento, di effettuare un pignoramento congiuntivo “sta nell’opportunità di dare al pignoramento una estensione maggiore, in ragione della somma dei crediti”¹¹⁸.

La necessità di realizzare una tale esigenza è sentita a tal punto dalle Sezioni Unite n. 61/2014 da farla assurgere a spunto argomentativo di ulteriore conferma del nuovo disegno sistematico da esse tratteggiato.

Dall’esistenza di istituti quali la conversione, la riduzione o l’estensione del pignoramento, le Sezioni Unite vogliono trarre prova del fatto che nell’ambito di un’unica procedura, le posizioni rilevanti non possano limitarsi a quelle che il titolo esecutivo documenta¹¹⁹.

Ricorrendo a tali mezzi, infatti, si riesce a modulare l’entità del pignoramento in ragione della massa passiva, così come viene a formarsi a seguito dei sopravvenuti interventi.

¹¹⁸ Vedi Bonsignori, *Pignoramento*, cit., p. 80.

¹¹⁹ Confronta Capponi, *La verifica dei crediti nell’espropriazione forzata*, Napoli, 1990, p. 110 e ss.

E allora “come il pignoramento è un vincolo a porta aperta così altri istituti che interessano il processo esecutivo sono congegnati in modo tale da tener conto di tutte le pretese esecutive che in esso possono venire contestualmente azionate (così artt. 495, 496 c.p.c. ecc.)”¹²⁰; riflessione quest’ultima maturata probabilmente sulla scorta del più ampio ed articolato ragionamento delle Sezioni Unite n. 61/2014, volto a rigettare l’idea tralatizia che l’aggressione esecutiva statale, legittimata dall’azione esecutiva del creditore procedente, debba svolgersi entro i soli confini tracciati dal titolo esecutivo di quest’ultimo.

“Sembra piuttosto corretto supporre” - argomentano le Sezioni Unite - “(come fa altra dottrina) che il titolo esecutivo del procedente sia bensì fatto costitutivo di questo potere di aggressione esecutiva che si concreta nel pignoramento, ma non anche unico limite che segna interamente ed inderogabilmente i confini dell’esercizio dello stesso, essendo possibile concepire che, con l’avvio processualmente legittimo di una tale aggressione da parte del procedente, si radichi una compressione della sfera patrimoniale del debitore non delimitata dal credito dell’istante e della quale possono beneficiare tutti gli intervenienti, anche in assenza di aggressione esecutiva autonoma: del resto, istituti quali la conversione (art. 495 c.p.c.) e la riduzione del pignoramento (art. 496 c.p.c.) dimostrano che, una volta avviata una procedura esecutiva, occorre tener conto di tutti i crediti nella stessa azionati a prescindere dalla portata dell’azione esecutiva del procedente, sì da far risultare la compressione della sfera patrimoniale del debitore modulata in funzione anche dell’interesse degli eventuali intervenienti”.

Dunque, se la possibilità del compimento del pignoramento congiuntivo è ammessa a tali fini, non si vede perché la realizzazione di tale obiettivo non possa perseguirsi anche successivamente ad un pignoramento singolare, atto che tra l’altro sembra essere quello la commissione del quale tipicamente faccia sorgere in capo al creditore in concorso l’interesse alla formazione di una massa attiva tarata anche sulle sue ragioni di credito.

Oltretutto, trattandosi il pignoramento di atto imputabile alla massa dei creditori, esso non potrà che configurarsi, per sua natura, come vincolo patrimoniale “a geometria variabile”, essendone anche i correlati effetti riferibili a beneficio della massa in generale.

¹²⁰ Confronta Pilloni, *L’esecuzione forzata*, cit., p. 305.

Così sembra dimostrare, tra l'altro letteralmente, lo stesso art. 2913 c.c., dal quale è facile arguire che, nonostante l'antiorità dell'atto di disposizione della *res pignorata*, ciò non di meno questa sarebbe inopponibile al creditore che abbia spiegato il suo intervento successivamente all'atto medesimo, sembrando quasi che, se la disposizione fosse stata formulata nel senso che le alienazioni della *res pignorata* sono inopponibili alla massa dei creditori che abbiano preso parte alla procedura, ciò non di meno la norma sarebbe stata la medesima.

Nel caso in cui invece si considerino gli interventori titolati alla stregua di soggetti *estranei* all'azione esecutiva, ne consegue che dell'attività svolta dal precedente in prosecuzione dell'azione, non possano beneficiarne neppure i creditori che abbiano eseguito pignoramento successivo, essendo questo per definizione "autonomo" anche se riunito agli altri in un unico processo; e restando quindi, a ben guardare, anch'essi *estranei* rispetto al titolo del precedente: dunque, alla stregua di questa "errata" ricostruzione, *tot tituli, tot executiones*.

A contrasto di quest'ultima posizione le Sezioni Unite n. 61/2014 adducono un'ulteriore motivazione, interessante più per la sua particolare struttura argomentativa che per l'efficacia dimostrativa sua propria. Come è noto e pacifico, nel giudizio di cognizione la riunione dei processi giova e non nuoce alle parti del processo riunito; la possibilità di predicare l'esistenza di un principio analogo in materia di esecuzione forzata, viceversa, non è affatto dimostrata. Ora, supponendo che si possa trarre dalla regola per cui la declaratoria di nullità dell'attività processuale portata avanti dal precedente non nuoccia al successivo pignorante, una regola "speculare" per cui dell'attività processuale compiuta da una delle parti nell'ambito della medesima esecuzione non possano giovare le altre, essendo questa per così dire "personalissima", saremmo costretti a concludere che ogni singolo atto esecutivo, nel caso di cumulo di pignoramenti, vada ripetuto ogni volta da ogni singolo partecipante all'espropriazione riunita.

Una sorta di argomento inferito *de praesumpto*, che ci costringe all'alternativa fra l'unitarietà dell'azione esecutiva ed una conclusione assurda.

Dunque, la pacifica intercambiabilità degli atti processuali esecutivi ci permette di comprendere come siano possibili, oltre che modificazioni *interne* al titolo (quali ad esempio la cessione del credito menzionata nel titolo, che tuttavia non comporta difetto

di legittimazione attiva, valendo la norma di cui all'art. 111 c.p.c. anche per i fenomeni successorie attinenti al processo d'esecuzione), anche modificazioni ad esso esterne, ed interne al processo: un principio analogo al principio di acquisizione che vige nel giudizio di cognizione. Ed a ben guardare, infatti, come le domande istruttorie non possono essere revocate senza il consenso della controparte, così l'attività esecutiva non può essere rimossa senza il consenso dei titoli esecutivi concorrenti.

1.4.5. - Conseguenze applicative.

Questo ripensamento circa la stabilità degli effetti del pignoramento in ragione, da un lato, dell'autonomia della fattispecie che li produce, dall'altro, della contitolarità del diritto di far valere la responsabilità patrimoniale del debitore in capo alla *massa*¹²¹, spinge la Cassazione ad enunciare “canoni di sistema riferiti a titoli di formazione giudiziale”, da un lato circa la classificazione dei vizi del pignoramento, che si

¹²¹ Sembrerebbe infatti che, nella logica delle Sezioni Unite n.61/2014, accanto al titolo dei singoli creditori, esista un titolo esecutivo “generico” a favore della massa, analogo a ciò che per alcuni rappresenta la sentenza declaratoria di fallimento. In riferimento a quest'ultima, infatti, il Provinciali, in *Novissimo Digesto* Torino 1957, voce *Fallimento*, p. 1130, afferma che “tale sentenza esercita la funzione che nell'esecuzione singolare ha il titolo esecutivo, per l'apertura dell'espropriazione collettiva (...); in tal senso, s'è detto che rappresenta il titolo unitario di tutti i creditori concorrenti, il titolo individuale ad agire dei quali risulterà in prosieguo dal processo di accertamento del passivo”. Anche il Kohler, citato dal Liebman, *Il titolo esecutivo*, cit., p. 140 “l'ha definita titolo esecutivo *in bianco*, e la sua integrazione si farà riguardo ai crediti col giudizio di verificaione”. Esorbita dai limiti del nostro studio condurre un'analisi particolareggiata dei rapporti fra strutture e funzioni del processo d'esecuzione così come concepito dal legislatore del libro terzo e fallimento. *In malus* basti evidenziare la differenza *in primis* che nella procedura fallimentare questo titolo esecutivo generico, riconosciuto in capo alla massa *esiste* (letteralmente: la sentenza dichiarativa di fallimento!) mentre nel processo d'esecuzione (ormai solo tralatizamente definibile come) “individuale”, esso si costituirebbe di una sostanza eterea, visto che resta presupposto nella mente dell'interpreta come direttrice ricostruttiva, senza tuttavia mai comparire *in actis*. In secondo luogo, come già rilevato dal Provinciali, *Fallimento*, cit., p. 1130, l'azione concorsuale non si limita ad essere la sommatoria delle aggressioni esecutive individuali e trascende in un *quid* diverso dalle azioni stesse, poiché si fonda “sul pubblico interesse che i dissesti siano rimossi per non ledere l'economia generale”. Questo elemento giuspubblicistico non è certamente presente nel processo d'esecuzione disciplinato dal libro terzo, ancorché “oggettivato”.

distinguono in originari e sopravvenuti; dall'altro circa l'ambito soggettivo del provvedimento di sospensione o di accoglimento dell'opposizione all'esecuzione, pronunciato fra debitore e uno o alcuni soltanto dei creditori della massa.

Iniziando dal regime dei vizi, consideriamo punto di partenza la giurisprudenza del collegio cuneese¹²²: come si ricorderà, infatti, quella giurisprudenza di merito riteneva originario, e di conseguenza insanabile per effetto dell'intervento titolato, solo il vizio attinente alla fattispecie del pignoramento, considerando invece titolo esecutivo, precetto, e notifica di essi come elementi di per sé inidonei ad inficiarne la validità, operando piuttosto sul regime dell'attività esecutiva successiva ad esso, e ferma restando la stabilità di cui *naturaliter* gli atti esecutivi godono¹²³.

Spostando quindi la sede del collegamento fra atti preesecutivi e pignoramento, dalla fattispecie di esso al suo trattamento giuridico (regime degli effetti anziché regime del fatto), il precedente orientamento di merito considerava i presupposti in parola come

¹²² Ci riferiamo a Trib. Cuneo 30-11-09, di cui si è già ampiamente parlato.

¹²³ Si veda Cassazione Civile sez III, 16 gennaio 2007, n. 837, in Guida al Dir. 2007, p. 62, che descrive l'esecuzione forzata come un processo la cui struttura non è assimilabile a un normale processo di cognizione posto che esso non si presenta come una sequenza continua di atti preordinati a un unico provvedimento finale, bensì come una successione di subprocedimenti fra loro indipendenti, “e cioè una serie autonoma di atti ordinati a distinti provvedimenti successivi”. L'opposizione ex art. 617 c.p.c. si risolve dunque “in una contestazione relativa a singoli atti che la legge ritiene indipendenti l'uno dall'altro, alla quale pertanto è estranea la regola della propagazione delle nullità processuali indicata dall'art. 159 c.p.c.”. Detto principio vale anche “per le cosiddette nullità insanabili quali quelle attinenti al difetto dello *jus postulandi* o al difetto della rappresentanza o della capacità di agire, che debbono anch'esse essere fatte valere nel termine fissato dalla norma anzidetta: ciò perché la finalità del processo esecutivo di giungere ad una sollecita chiusura della fase espropriativa non tollera che il processo possa trovarsi in una situazione di perenne incertezza”. Tale ricostruzione può apparire in apparente contraddizione col rilievo effettuato *supra*, secondo cui, come letteralmente enunciato nel capo 7 delle Sezioni Unite n. 61/2014, gli atti della procedura esecutiva “si compongono di un'unica sequenza che parte dal pignoramento (...) per concludersi con la vendita del bene pignorato, cui segue la distribuzione del ricavato”. Contraddizione che tuttavia si risolve considerando che la stabilizzazione degli atti della procedura (che emerge anche considerando l'irrevocabilità delle ordinanze del G.E. una volta eseguite), non implica il suo necessario sfarinamento, se solo si considera che il singolo modulo procedimentale “ad effetti stabilizzati” si inserisce pur sempre nel quadro di un più ampio insieme di procedimenti ad analoga struttura ed analoga efficacia, strutturalmente collegati e teologicamente improntati alla realizzazione dell'interesse del creditore mediante l'attivazione degli organi di coazione pubblica.

condizioni di efficacia, il cui difetto avrebbe reagito sul pignoramento come una causa ad esso esteriore che ne paralizzava *ab extra* gli effetti. L'interesse allora ad ottenere la rimozione del vincolo espropriativo sarebbe rimasto comunque subordinato a quello dei creditori intervenuti, finanche qualora si fosse tempestivamente contestato al precedente l'invalidità dell'attività preesecutiva, o il suo diritto astratto di procedere ad esecuzione forzata (o almeno così ci sembra di arguire in coerenza al ragionamento del collegio cuneese).

Il fatto del pignoramento, pienamente compiuto negli elementi di forma e contenuto che gli sono coessenziali (e apparso perciò stesso idoneo ad assolvere la sua funzione tipica di individuare e garantire la responsabilità patrimoniale dell'esecutato), è atto valido e produttivo d'effetti *per chi interviene*, essendo sufficiente, *esternamente*, l'apparire mero del processo esecutivo affinché altre carenze processuali possano non inficiare la situazione soggettiva delle altre parti coinvolte nelle vicende, che sull'apparenza di tale atto abbiano fatto affidamento, e ad esso abbiano aderito, rilevando ogni altra carenza estranea alla fattispecie essenziale del pignoramento, solo nei rapporti fra precedente ed esecutato, e solo in termini di *inefficacia*¹²⁴.

¹²⁴ La logica dell'affidamento, sicuramente più "grezza" rispetto alle metafisiche dell'oggettivizzazione, sembrerebbe più convincente, in fin dei conti, se proprio si debba imporre che il processo resti in piedi dopo la caducazione del titolo del precedente. Per Cassazione Civile Sezioni Unite 28 novembre 2012, n. 21110 (Pres. Preden - Rel. Rordorf), in Corr. Giur. 2013, p. 387, con nota di Capponi, *Espropriazione forzata senza titolo esecutivo (e relativi conflitti)*, in Foro It. 2013, p. 1234, con nota di Longo, *Carenza del titolo esecutivo, vendita forzata e acquisto del terzo*, in Riv. Dir. Proc. 2013, p. 1551, con nota di Vincere, *La stabilità della vendita forzata: un "dogma" riaffermato*, poiché "l'acquisto del terzo ha avuto luogo in base ad una serie di atti posti in essere sotto il controllo del giudice, conformi al modello legale e privi di vizi intrinseci (...) Il sopravvenuto accertamento dell'inesistenza di un titolo idoneo a giustificare l'esercizio dell'azione esecutiva non fa venir meno l'acquisto dell'immobile pignorato, che sia stato compiuto dal terzo nel corso della procedura espropriativa in conformità alle regole che disciplinano lo svolgimento di tale procedura, salvo che sia dimostrata la collusione del terzo col creditore precedente, fermo peraltro restando il diritto dell'esecutato di far proprio il ricavato della vendita e di agire per il risarcimento dell'eventuale danno nei confronti di chi agendo senza la normale prudenza, abbia dato corso al procedimento esecutivo in difetto di un titolo idoneo". Di tale pronuncia ne ripareremo in sede di conclusioni finali. Per ora la si cita al solo scopo di dimostrare una diffusa tendenza a dilatare le norme sulla stabilizzazione degli atti in materia di esecuzione forzata, che riposa sulla preferenza verso un valore di affidamento e di certezza della circolazione giuridica, a discapito di un'effettiva tutela del diritto di

Dunque, un caso di legittimazione apparente, dove grazie alla validità del pignoramento, l'affidamento del colegittimato all'esecuzione è perfetto sostituto delle originarie carenze nei presupposti d'efficacia dell'azione.

La Cassazione aggiusta il tiro, e riqualifica i singoli connotati strutturali della fattispecie del pignoramento rispetto al modo in cui la ricostruiva il Tribunale di Cuneo in esito alla sua analisi. Esistenza del provvedimento e sua idoneità in astratto ad essere considerato titolo esecutivo; validità dell'attività preesecutiva; corrispondenza fra legittimati e titolari del potere d'aggressione e del rapporto aggredito (che se divergenti integrano gli estremi della censura proponibile ex art. 619 c.p.c.); pignorabilità dei beni (il cui difetto è dedotto con opposizione "di merito" ex art. 615 comma secondo c.p.c.), vengono considerati alla stregua di presupposti di *validità* del pignoramento, la carenza dei quali è sempre idonea a subordinare l'interesse del colegittimato attivo alla prosecuzione del processo. In tal caso, infatti, ricadrebbe su di lui l'onere di *osservare* non solo la corrispondenza fra la fattispecie del concreto pignoramento al paradigma legale, ma anche il ricorrere effettivo dei suoi presupposti di *validità*.

proprietà. Non è un caso che la pronuncia, assieme a quella delle Sezioni Unite n. 61/2014, costituisce una delle tre pietre angolari della nuova ricostruzione del processo d'esecuzione nel quadro dei cosiddetti "conflitti esecutivi", di cui parla il Micali, *Titolo esecutivo*, cit., p. 446, secondo cui grazie a questa concezione "forte" della stabilità della vendita forzata "si potrà, con maggior fondamento, legittimare una sistematizzazione del processo esecutivo come processo a finalità satisfattiva, retto (dall'elemento di impulso e legittimazione costituito) dal titolo esecutivo, ma pur sempre connotato dal rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, costantemente garantito dalla previsione dei rimedi oppositivi e di controllo. Logico corollario dovrebbe esserne la stabilità degli effetti sostanziali prodotti nel corso e a causa dell'esecuzione forzata. Secondo tale impostazione, le terze parti che intervengono nell'esecuzione hanno il diritto di fare affidamento sulla legittimità formale del procedimento, essendo loro richiesto unicamente un controllo sulla validità formale del pignoramento e degli atti esecutivi ancora "impugnabili", mentre ogni "difetto di merito" rimane, di per sé (in assenza di fenomeni sospensivi), inidoneo ad ostacolare la prosecuzione del procedimento e la realizzazione degli effetti sostanziali; d'altra parte, i creditori procedenti, che abbiano condotto a termine l'espropriazione senza alcuna reazione da parte del debitore, potranno a buon diritto ritenere quanto ottenuto dal fruttuoso esercizio dell'azione esecutiva, non più esposta ad azioni di ripetizione ormai precluse".

Tra l'altro, come sopra evidenziato, la disciplina delle forme degli atti è disegnata come è disegnata proprio per permettere un rapido riscontro di validità, e non può di certo risultare oltremodo gravoso esercitare un controllo, oltre che sulla validità del pignoramento, sulla validità del precetto, delle notifiche e sull'idoneità in astratto del titolo esecutivo ad essere titolo esecutivo, considerata la particolare minuzia con cui tali atti sono disciplinati dal legislatore processuale.

Dunque, affinché la posizione dell'interventore prevalga in caso di caducazione del titolo del precedente, non dovranno riscontrarsi invalidità originarie nel pignoramento, che potranno dipendere da carenze strutturali sue proprie che impediscono di ascriverlo, in concreto, alla fattispecie di sua competenza; da carenza *ab origine*¹²⁵ del

¹²⁵ Nel pensiero del Capponi, *Vicende*, cit., p. 517, *Difetto sopravvenuto*, cit., p. 491 “riforma” e “revoca” nel processo esecutivo conoscono regimi differenziati: la distinzione allora rilevarebbe per affrontare correttamente i casi in cui il titolo esecutivo viene meno con efficacia *ex tunc* o *ex nunc* onde individuare se si sia configurato o meno quello “spazio di vuoto” nel processo esecutivo che determina la caducazione di ogni atto dipendente dall'esistenza del titolo o di “un” titolo (comunque si voglia intendere la formula). Per il Capponi, allora, si ha “revoca” se il titolo è riconosciuto invalido per difetto originario delle condizioni richieste per la sua esistenza, mentre nel caso di “riforma” la pretesa dell'esecutato di caducare atti esecutivi pregressi va calibrata sul principio per cui *tempus regit actum*, atteso che la “riforma” sarebbe fenomeno operante *ex nunc*. La ragione allora per cui l'art. 653 comma secondo c.p.c. fa salvi espressamente gli atti esecutivi compiuti sulla scorta del decreto ingiuntivo esecutivo contenente una pretesa infondata nel *quantum debeatur* risiederebbe nella particolare natura di condanna con riserva del decreto ingiuntivo, tale da renderlo provvedimento che di per sé non potrà che esser revocato se non risulterà, in sede di opposizione, conformabile in ogni suo aspetto. Ci domandiamo tuttavia perché il Capponi, dopo aver precisato che la riforma sia fenomeno operante “*ex nunc*” [si veda Capponi, *Vicende*, cit., p. 1514: “l'art. 653, comma 2, riafferma una regola, per il caso particolare del decreto ingiuntivo caducato *ex tunc*, che interessa anzitutto i titoli esecutivi (come le sentenze, ma identico regime ha il decreto integralmente confermato) per i quali non v'è caducazione *ex tunc* bensì il diverso fenomeno dell'effetto sostitutivo, tale per cui un titolo (ove, beninteso, almeno in parte confermato) si trasforma in un altro, senza che venga mai meno l'efficacia esecutiva idonea a sorreggere l'esecuzione forzata. E, va sottolineato, la regola dell'effetto sostitutivo vale anche quando la sentenza d'appello sia di accoglimento parziale del gravame, con la produzione di un fenomeno processuale in tutto assimilabile a quello regolato dall'art. 653, comma 2, c.p.c.”] si preoccupi di estendere analogicamente l'art. 653 comma secondo c.p.c. all'ipotesi di avvicinarsi fra sentenza di primo grado e sua riforma nel quantum in appello (infatti l'autore osserva che “ad essere rigorosi, occorrerebbe affermare che in caso di riforma, anche parziale, il titolo è costituito dalla sola sentenza d'appello, che si sostituisce sempre a quella di primo grado, e che la seconda sentenza non

titolo esecutivo (e cioè nullità assoluta ed insanabile del titolo esecutivo, per ragioni di forma o per impossibilità in astratto di esso); da vizi degli atti preesecutivi; dall'altruità della *res pignorata* o dalla sua inidoneità ad esser tale.

Circa la struttura soggettiva del giudizio d'opposizione, constatato che l'estromissione del precedente non determina di per sé la caducazione del titolo esecutivo, l'accoglimento dell'opposizione diretta contro di esso determinerà al massimo la di lui estromissione dal processo d'esecuzione, ferma restando la posizione dell'inteventore che, come si è visto, concorre autonomamente con quella del precedente. Nell'ipotesi tuttavia in cui si deduca un vizio insanabile, vi sarà litisconsorzio necessario, risultando l'eventuale sentenza d'accoglimento della opposizione pronunciata a contraddittorio non integro, *inutiliter data* ai fini della caducazione dell'intera procedura.

E' interessante notare come, venendo in rilievo per effetto dell'intervento titolato il pignoramento come atto in sé, la struttura soggettiva di esso divenga sostanzialmente identica a quella del pignoramento congiuntivo, o pignoramento ad istanza di più creditori¹²⁶ (almeno per come lo concepisce la dottrina maggioritaria). Col pignoramento ad istanza di più creditori, infatti, il pignoramento, *unico* fin dall'origine, viene tuttavia compiuto da più creditori, che risultino tali, di norma, sulla base di *differenti* titoli esecutivi.

In buona sostanza l'atto è unico soltanto sotto il profilo formale: ad esempio, l'omissione o il vizio dell'ingiunzione, o la mancanza di sottoscrizione del verbale, o

potrà giustificare a ritroso l'attività esecutiva compiuta sulla base del primo titolo" salvo "applicare anche al caso della riforma parziale una regola corrispondente a quella "speciale" dell'art. 653, comma secondo c.p.c."). Non capiamo allora se l'art. 653 comma secondo c.p.c. nei rapporti fra sentenza ed appello sia "ridondante" attesa la sufficienza del rilievo per cui la riforma operi *ex nunc* ai fini della conservazione dell'esecuzione pregressa, ovvero esso sia necessario, pena la caducazione retroattiva della procedura per via dell'effetto sostitutivo. Forse il Capponi intende semplicemente ribadire che il processo d'esecuzione non sia una fase meramente appendicolare della tutela giurisdizionale, e che nonostante l'effetto sostitutivo e nonostante la natura di condanna con riserva dell'ingiunzione, l'art. 653 comma secondo c.p.c. prevalga in ogni caso di "successione di titoli" (letteralmente inteso); ed uno stesso discorso vale in riferimento alla portata logico/sistematica degli artt. 500 e 629 comma secondo c.p.c. con riferimento all'ipotesi di "cumulo di titoli esecutivi". Sull'art. 653 comma secondo c.p.c. ci intratterremo anche nel capitolo successivo.

¹²⁶ Confronta Satta, *Commentario al c.p.c.*, III, Milano, 1966, p. 156, che descrive il fenomeno, icasticamente, come "litisconsorzio in sede esecutiva".

l'incompetenza dell'ufficiale giudiziario, invalidano il pignoramento in confronto di tutti i creditori.

Sotto il profilo sostanziale, invece, le varie azioni esecutive rimangono differenziate: ad esempio, l'opposizione all'esecuzione proposta in confronto di uno soltanto dei creditori per inesistenza del titolo esecutivo non travolge le azioni d'esecuzione degli altri creditori. Lo scopo del pignoramento congiuntivo sarebbe dunque la necessità di dare al pignoramento maggior estensione fin dall'inizio, prevedendo quindi l'art. 493 c.p.c un concorso di creditori originario. Ora, considerato che tanto la *ratio* del pignoramento successivo, quanto quella dell'intervento titolato, si fondano sulla necessità di attuare il concorso di creditori, apparirà ragionevole applicare a quest'ultimo, in caso di lacuna, la disciplina elaborata per il primo (*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*), fermo restando che, nell'un caso la sostanza si presenta *già dall'origine* come l'accumulo dei titoli che la compongono, nell'altro, essa risulterà tale *sub specie temporis*, in ragione cioè degli eventuali interventi che *successivamente* potrebbero attuare il concorso, dovendosi la posizione dell'interventore attagliarsi a quella di un pignoramento almeno provvisoriamente efficace.

Per quanto riguarda invece le vicende idonee ad incidere sul titolo esecutivo in ragione della sospensione disposta dal giudice innanzi al quale questo è impugnato, le soluzioni variano a seconda che si tratti di sospensione dell'esecuzione, o di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo. La prima, infatti, integra più una sorta di "riconversione del pignoramento in sequestro", assolvendo ad una funzione essenzialmente cautelare, e presuppone sempre il compimento del pignoramento; la seconda invece ricorda più una cautela anticipatoria-inibitoria, essendo essa concessa dal giudice dinanzi al quale il titolo esecutivo è impugnato. Resta da vedere che ne è del pignoramento compiuto in violazione dell'inibitoria: e cioè se nel caso di inefficacia esecutiva pendente, l'atto di pignoramento sia invalido o inefficace. Ad ogni modo, in caso di sospensione dell'esecuzione resta ferma la possibilità di intervenire per il creditore titolato e di compiere atti esecutivi indipendentemente dalla permanenza del provvedimento di sospensione, che vieta soltanto al pignorante di svolgere i propri poteri esecutivi, come si può constatare, in via analogica, osservando la disciplina del pignoramento congiuntivo, dove ad esempio, la sospensione accordata a seguito di opposizione all'esecuzione nei confronti di uno dei creditori, non sospende l'esecuzione anche per gli

altri; mentre nel caso di sospensione dell'efficacia esecutiva prima del pignoramento posto in essere in violazione dell'inibitoria stessa, se l'interventore titolato possa compiere atti esecutivi *jure proprio*, attagliandosi al pignoramento (validamente?) posto in essere dal precedente, o invece se in caso di caducazione del titolo del precedente, anche la sua posizione venga inevitabilmente travolta, dovendosi considerarsi il pignoramento come compiuto in carenza assoluta di titolo esecutivo, è tema troppo complesso per poter essere affrontato esaustivamente in questa sede. Ad ogni ci sembra di dover dare una risposta negativa, atteso che il carattere dell'esigibilità del diritto ha valore costitutivo dell'azione esecutiva, come verrà puntualizzato nel capitolo successivo¹²⁷.

1.4.6. - Un'aporia nella *ratio decidendi*.

Sono stati ben evidenziati in dottrina alcuni problemi, di notevole rilevanza pratica, di cui un orientamento giurisprudenziale siffatto potrebbe essere foriero¹²⁸.

La decisione n. 61/2014, infatti, affermando l'oggettivizzazione del pignoramento e la necessità di una continua concatenazione di titoli esecutivi intercambiabili, ha voluto limitare gli effetti pregiudizievoli della caducazione del titolo esecutivo del precedente solo e soltanto a quegli atti, dipendenti dal pignoramento "oggettivato", che nessun altro creditore avrebbe potuto compiere.

¹²⁷ Come rileva Metafora, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 982, "l'intervenuta abrogazione degli artt. 525 primo comma (che richiedeva che il credito fosse certo, liquido ed esigibile) e 563 primo comma (che, per l'esecuzione immobiliare, stabiliva che il credito poteva essere soggetto a termine o condizione) deve indurre a ritenere che questi requisiti non siano richiesti nemmeno per gli interventori titolati, essendo siffatte condizioni essenziali solo per partecipare alla distribuzione del ricavato, a differenza di quanto è richiesto al creditore precedente, il cui credito per legittimare l'azione esecutiva deve essere certo, liquido ed esigibile. Pare allora che il legislatore, pur manipolando in maniera dirompente il sistema degli interventi, non abbia inteso parificare i creditori intervenienti muniti di titolo ai pignoranti successivi". *Quid juris* allora se, venuto meno il titolo del precedente, resti a presenziare nell'esecuzione il creditore munito di un titolo esecutivo per un diritto incerto, illiquido o inesigibile?

¹²⁸ Si veda Russo, *Vecchi e nuovi problemi*, cit.; e dello stesso autore, *Le conseguenze dell'oggettivizzazione*, cit.

“Il novero di questi atti è, oggi, circoscritto alla sola sequenza dei due atti iniziali dell’esecuzione forzata: pignoramento (ed eventuale della documentazione in caso di pignoramento immobiliare) ed istanza di vendita”, circostanza questa che, viene detto, “lega male con l’attuale configurazione dei creditori *sine titulo*. Invero il diritto a partecipare alla fase espropriativa si sostanzia, in concreto, nel diritto a chiedere l’assegnazione o la vendita ex artt. 501 e ss. c.p.c. (con le specifiche peculiarità connesse alle singole forme di esecuzione). Adempiuta tale attività non è più così scontato ritenere che vi siano altri atti esecutivi da compiere (che non siano già stati compiuti dal creditore pignorante) e che ci si trovi, ancora, in una fase logicamente espropriativa”¹²⁹.

Ora, se la *ratio decidendi* della sentenza n. 61/2014 sembra essere che “l’annullamento del titolo non travolge l’esecuzione se, nello stato in cui essa si trova, sussistono altri creditori muniti del potere di farla proseguire compiendo gli ulteriori atti”, talché “su tale linea non sarebbe del tutto peregrino spingersi ad affermare che l’accoglimento di un’eventuale opposizione del debitore potrebbe non travolgere l’esecuzione in caso di esistenza di intervenuti *sine titulo* ci si vedrebbe costretti ad ammettere che l’esecuzione forzata, superata la fase che mette capo all’ordinanza che dispone la vendita, possa essere sostenuta anche dalla posizione soggettiva del mero chirografario *sine titulo*; e ciò nell’ipotesi che la caducazione del titolo intervenga successivamente all’istanza di vendita. In una fase, cioè, ove l’atto di espropriazione per eccellenza (l’istanza di vendita) fosse già stato compiuto”¹³⁰.

In buona sostanza la pronuncia n. 61/2014 rischierebbe di inciampare nel suo stesso filo logico.

L’artificio invocato per giungere alla estrema valorizzazione della norma di cui all’art. 629 comma primo c.p.c., diretto a predicare l’assoluta pariteticità ed autonomia della posizione dell’interventore titolato nella fase espropriativa del processo (che muove

¹²⁹ Si veda Russo, *Vecchi e nuovi problemi*, cit., p. 522. L’autore soggiunge, p. 523, che “nell’espropriazione mobiliare, in caso di beni invenduti, l’art. 538 c.p.c. prevede la fissazione di un nuovo incanto con ribasso del quinto, senza espressa necessità di un’apposita istanza di uno dei creditori. Nell’espropriazione immobiliare, l’art. 569 c.p.c. non sembra prevedere, una volta richiesta la vendita, ulteriori atti che possano essere qualificati come di espropriazione. Anche qualora fosse necessario richiedere, ai sensi dell’art. 591 c.p.c., un nuovo incanto, è sempre possibile dubitare che siffatta richiesta costituisca un autonomo atto di espropriazione, ovvero sia una mera appendice della precedente istanza di vendita”.

¹³⁰ *Ibidem*.

partendo dal potere a lui riconosciuto dalla legge di impedire l'estinzione di esso per rinuncia agli atti del precedente) non si vede per quale ragione possa restare disinnescato al fine di impedire un epilogo che, a partire dall'analogo potere riconosciuto al mero creditore in fase distributiva di impedire l'estinzione del processo per rinuncia agli atti degli altri creditori titolati, giunga ad affermare la di lui posizione autonoma e paritetica rispetto a quella dell'interventore titolato.

Una conclusione in tal senso, tuttavia, risulterebbe eccessivamente radicale, giacché ci si vedrebbe costretti ad affermare o che la fase distributiva sia un momento del processo d'esecuzione in cui esso possa proseguire in carenza di titolo esecutivo, e cioè in deroga all'art. 474 comma primo c.p.c., o che il processo d'esecuzione termini con l'emanazione dell'ordinanza che dà avvio al subprocedimento liquidativo, restando così l'intera fase distributiva un momento di incerta qualificazione.

Per salvare la coerenza sistematica dell'arresto n. 61/2014 si potrebbe allora sostenere "che la caducazione del titolo originario faccia salvi gli atti consequenzialmente compiuti (*in primis* l'istanza di vendita), solo se, al momento della pronuncia, partecipino nell'esecuzione forzata creditori che avrebbero potuto astrattamente compierli, ma che non li hanno compiuti solamente perché ad essi provvide il creditore precedente. Questo artificio consentirebbe di mantenere la distinzione tra creditori partecipanti all'espropriazione e creditori partecipanti alla sola distribuzione. In caso di esistenza dei soli creditori non titolati, l'intera espropriazione verrebbe travolta, dal momento che la caducazione del titolo travolgerebbe gli atti conseguenti e dunque l'intera fase dell'espropriazione, e non residuerebbero altri creditori che avrebbero potuto compiere tali atti"¹³¹.

Opererebbe essenzialmente una *fictio juris* poiché, a seguito della contestazione dell'atto esecutivo in ragione della caducazione del titolo di partenza, il giudice dovrà individuare un creditore che, avendo preso parte alla procedura nel tempo in cui questo veniva compiuto, avrebbe potuto compierlo egli stesso, fingere che quest'ultimo effettivamente l'abbia compiuto surrogandosi al creditore precedente, e decidere di conseguenza.

¹³¹ Russo, *ivi*, p. 525.

Una tale regola della “surrogazione teorica”, però, sembrerebbe più coerente alle premesse logiche poste da Cassazione n. 3531/2009, che non a quella secondo la quale l’atto esecutivo vada “spersonalizzato” e considerato oggettivamente in quanto tale.

Il corollario di una tale impostazione, inoltre, sarebbe che l’intervento titolato, per essere idoneo a conservare intatta la procedura fondata su titolo caducato, non solo debba intervenire anteriormente alla pubblicazione della sentenza di caducazione, ma anche in pendenza dei termini per proporre istanza di vendita.

Concludendo in tal senso il principio enunciato dalle Sezioni Unite n. 61/2014 “finirebbe per avere un’incidenza pratica molto limitata, dal momento che l’esecuzione forzata potrebbe sopravvivere solo in un’ipotesi statisticamente poco significativa: quello dell’intervento eseguito nel breve termine di novanta giorni (ipotizzando che il procedente vi abbia provveduto l’ultimo giorno utile) tra il pignoramento e l’istanza di vendita”¹³².

Affinché allora la pronuncia delle Sezioni Unite n. 61/2014 possa avere una qualche tangibile utilità, occorrerà necessariamente aggiungere una ulteriore *fictio juris* alla già affermata “formula fittizia” della surrogazione teorica: nell’ipotesi di intervento titolato successivo al deposito dell’istanza di vendita, il giudice dovrà non solo fingere che l’atto viziato da invalidità sopravvenuta sia stato compiuto in luogo del procedente dal creditore titolato, ma anche che quest’ultimo già fosse presente nella procedura *illo tempore*, e decidere di conseguenza; con l’ulteriore dubbio se, affinché possa scattare la *fictio juris*, occorrerà considerare se comunque il creditore *avrebbe potuto* intervenire da titolato nel processo d’esecuzione *illo tempore*, o se invece sarà possibile predicare una qualche “virtù salubre” anche in riferimento al titolo la cui formazione sopravvenga al pignoramento.

In caso affermativo, oltre alla seconda *fictio* di considerare l’intervento successivo al deposito dell’istanza di vendita “quasi tempestivo” ai fini dell’oggettivizzazione e alla quale in ogni caso sarà necessario ricorrere, sarà altresì necessario fingersi che tutti i titoli esecutivi presenti all’interno della procedura, si siano formati in un momento logicamente anteriore al compimento del pignoramento.

¹³² Ancora Russo, *ivi*, p. 527.

Si imporrebbe in conclusione al giudice una triplice *fiction*: giudicare l'atto esecutivo *come se* fosse stato compiuto dal creditore titolato; *come se* quest'ultimo avesse preso parte al processo in pendenza dei termini per depositare l'istanza di vendita, *come se* il suo titolo esecutivo si sia costituito in un momento anteriore all'atto di pignoramento.

Il collegio delle Sezioni Unite n. 61/2014, tra l'altro, sembra essere stato *εαυτὸν τιμωρούμενος* nelle sue strategie argomentative, anche considerando il fatto che esso stesso, come appare evidente dalla motivazione, proprio in ossequio al principio *nulla executio sine titulo*, pretende che sia sempre possibile risalire ad una catena *ininterrotta e continua* di titoli esecutivi fra loro interscambiabili.

Le Sezioni Unite da un lato, infatti, affermano la premessa che gli atti esecutivi “si compongono in un'unica sequenza che parte dal pignoramento (...) per concludersi con la vendita del bene pignorato, cui segue la distribuzione del ricavato”; dall'altra, parlando di sé in terza persona, giurano solennemente che “con quanto sinora detto le Sezioni Unite non intendono rinnegare la tradizionale regola secondo cui *nulla executio sine titulo*”.

CAPITOLO SECONDO.

(Mutamenti del titolo esecutivo)

2.1. - Fondamento giuridico dell'esecuzione (il “dogma” del titolo).

2.1.1. - Violenza e forza.

Il diritto processuale civile, in quanto regolazione di un'attività imputabile in ultima analisi ai pubblici poteri¹³³, è retto dal principio di legalità: e cioè da quel principio

¹³³ In questo senso Martines, *Diritto costituzionale*, Milano 2013, p. 31

secondo il quale l'estrinsecazione del potere pubblico deve essere legale, intendendosi con quest'ultima espressione che esso non può che essere esercitato "nell'ambito o in conformità delle leggi stabilite o accettate"¹³⁴.

Specialmente nell'esecuzione forzata poi, la potestà giurisdizionale attribuita ai magistrati dell'ordine giudiziario, si colora più delle tinte dell'*imperium* che di quelle proprie della *jurisdictio*. Anzi, a ben guardare, la *jurisdictio*, intesa nella sua accezione "pura" di *giudizio* sulla norma da applicare al caso concreto partendo da premesse *almeno una delle quali sia una norma giuridica*¹³⁵ (e quindi, banalmente, nell'accezione di *giudizio giuridico*), non è neppure da considerarsi prerogativa esclusiva dello Stato, come dimostra, oltre che una chiara evidenza logica, l'esistenza nel nostro ordinamento dell'istituto dell'arbitrato, la cui natura giurisdizionale (nel senso prima precisato) non è affatto negata dalle Corti, e sembra quasi essere indirettamente ammessa dallo stesso Legislatore, che conferisce alle parti in arbitrato la facoltà di adire in via incidentale, *per mezzo degli arbitri*, la Corte costituzionale (art. 819 bis c.p.c).

La *jurisdictio* che promana dagli organi pubblici, invece, può considerarsi appannaggio dello Stato solo ponendo l'accento logico della definizione di essa sull'*imperium*. "Esclusiva dello Stato, non è la decisione delle controversie, ma la tutela *coattiva* dei diritti, che nella preventiva decisione della controversia trova la sua condizione e il suo presupposto", il quale precisa inoltre che tale "*forza* dello Stato si esplica non solo nell'esecuzione forzata, ma anche nella stessa emanazione della

¹³⁴ In questo senso Bobbio, voce "*Legalità*", in *Dizionario di politica* diretto da Bobbio, Matteucci e Pasquino, Torino 2004, p. 502-503, ove viene giustamente puntualizzato che "per quanto non sempre si distingue nell'uso comune, e anche spesso nell'uso tecnico, tra legalità e legittimità, si suole invocare la legalità a proposito dell'esercizio del potere, le legittimità a proposito della sua titolarità: un potere legittimo è un potere il cui titolo è giuridicamente fondato, un potere legale è un potere che viene esercitato secondo le leggi". La distinzione, a ben guardare, è la medesima sulla base della quale viene fondata la distinzione (almeno teoricamente) fra motivi di opposizione agli atti e motivi di opposizione all'esecuzione.

¹³⁵ In questo senso Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, p. 257, che descrive l'atto concretante la giurisdizione in questo senso intesa, come la manifestazione di un ragionamento che si compone essenzialmente di cinque enunciati, uno dei quali conclusivo. Gli altri quattro consistono nell'enunciato prescrittivo della norma, nell'enunciato descrittivo del fatto provato, e in due distinti enunciati sussuntivi uno generale e uno particolare (si tratta in questi ultimi due casi della qualificazione).

sentenza, per il *comando* implicito che è in essa e per la *forza* di giudicato che l'accompagna"¹³⁶. Dunque, giurisdizione nel senso di spendita dell'*imperium* nell'amministrazione della giustizia¹³⁷.

Benché, come appena rilevato, l'uso della *forza* sia connotato strutturale di qualsiasi attività dello Stato¹³⁸, nell'esecuzione forzata tale aspetto si manifesta a tal punto, da assurgere ad attributo dell'attività stessa (esecuzione, per l'appunto, *forzata*)¹³⁹.

¹³⁶ Satta, *Trattatello di procedura civile*, Milano 2015 (ristampa), p. 443. In quest'ottica sattiaiana sembra anche impostare il problema dell'efficacia esecutiva del lodo Cavallini, *Profili costituzionali della tutela arbitrale*, in Riv. Dir. Proc. 2003, p. 800, secondo cui "affermare che l'arbitrato appartiene al più ampio genere dei fenomeni di tutela non giurisdizionale dei diritti non equivale a dire che l'arbitrato nasce, si svolge e si conclude in via negoziale tra le parti, e soprattutto non equivale a negare la funzione di *jus dicere* in capo agli arbitri, omologa a quella esplicata dai giudici "togati" a cui si riferiscono gli artt. 102 e 104 Cost.; anche gli arbitri possono decidere una controversia loro compromessa, dichiarando l'esistenza o l'inesistenza del diritto oggetto del patto compromissorio. Equivale invece a dire che negli arbitri è carente, per definizione, quell'*imperium* derivante dalla funzione assunta dal giudice "togato", il quale munisce di imperatività i provvedimenti emanati; là dove per imperatività si deve intendere l'idoneità dei provvedimenti (in questo senso) giurisdizionali ad imporsi coattivamente tra le parti. Una idoneità, questa, che nell'arbitrato è subordinata alla concessione dell'omologazione giurisdizionale, capace di far conseguire al lodo la valenza di titolo esecutivo. In buona sostanza, è l'eseguibilità coatta del diritto accertato il vero ed esclusivo monopolio dello Stato, che qualifica di giurisdizionalità la tutela apprestata dai soggetti appartenenti all'ordinamento giudiziario; una eseguibilità che non è racchiusa di per sé nel lodo arbitrale, dato che il *vinculum juris* scaturente dal lodo si può imporre solo "volontariamente" ai compromittenti. Così delimitati i poteri degli arbitri, nondimeno la funzione dai medesimi svolta è quella dello *jus dicere*; al pari dell'Autorità giudiziaria, la funzione degli arbitri (in questo senso) può dirsi giurisdizionale, in quanto partecipa all'applicazione della concreta ed obbiettiva volontà di legge per ogni singola lite compromessa".

¹³⁷ Così, e molto chiaramente, Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, Napoli 2006 (ristampa), p. 31.

¹³⁸ Salvi ovviamente i casi in cui esso stesso scelga di rapportarsi agli altri soggetti di diritto sulla base di norme di diritto privato, essendo pacifico che lo Stato abbia anche capacità di diritto privato (confronta Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2015, p. 48).

¹³⁹ Questo aspetto dell'assoggettamento all'applicazione unilaterale di una sanzione (si tenga a mente che di sanzioni possono esservene di vari tipi, e che la più incisiva è senz'altro, come rilevato, l'assoggettamento all'esecuzione forzata), rileva (certamente in maniera molto più velata) anche nel processo di cognizione. E' certamente vero che, da un punto di vista generale, la regola del contraddittorio vorrebbe che al convenuto fosse garantita una posizione che, quantomeno sul piano formale, sia di uguaglianza rispetto all'attore; ma come rilevano Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale*, cit., I, p. 143, "non

Anzi, ci si potrebbe addirittura spingere a porre la distinzione fra *forza* e *violenza*, a seconda della riconducibilità o meno della coazione esercitata, ad un titolo legale di legittimazione o ad una mera situazione fattuale di potere.

2.1.2. - *Nulla executio sine titulo (rectius: nulla poena sine lege).*

La realizzazione dell'esecuzione forzata a carico del debitore rappresenta indubbiamente una forma di sanzione dei precetti giuridici. L'assoluta sicurezza che manifestiamo nell'affermare tale premessa ci è indotta dal fatto che sia il Carnelutti che il Liebman sono concordi sul punto.

Nella sua riflessione circa la sanzione esecutiva il Carnelutti¹⁴⁰ parte dalla premessa per cui “la sanzione giuridica opera in due modi diversi; o col materiale assoggettamento dell'obbligato inadempiente o con la costituzione a suo carico di un nuovo obbligo, succedaneo all'obbligo violato”. “Alla stregua di questa distinzione, continua l'autore, esser soggetto alla sanzione può risolversi o nell'imposizione di un nuovo obbligo o nella privazione della tutela contro gli atti, in cui si concreta la sanzione materiale ed in particolare la esecuzione¹⁴¹. Quest'ultimo profilo, che distingue

appena si scende ad un esame più ravvicinato della posizione del convenuto, si deve subito constatare che l'uguaglianza e la simmetria della sua posizione, rispetto a quella dell'attore, non può essere completa e totale” poiché “ quando il convenuto entra nel processo, l'oggetto di questo è già stato determinato dall'attore, con la conseguenza che il convenuto, pur godendo in linea di principio, di una disponibilità di tutela pari a quella dell'attore, ha già a che fare con un predeterminato oggetto del processo”. Non possiamo non condividere l'osservazione; possiamo al massimo puntualizzare da un lato che, in un certo senso, lo svantaggio del convenuto circa il potere di determinare il *thema decidendum*, viene compensato, sul piano dell'onere della prova, addossando prima sull'attore e poi sul convenuto i carichi probatori (art. 2697 c.c., secondo cui *actore non probante, reus absolvitur*); e dall'altro che la (migliore?) posizione di attore, riconosciuta a chi abbia dato vita al rapporto processuale, viene preservata grazie alla possibilità della *reconventio reconventionis*.

¹⁴⁰ Carnelutti, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, Milano 2006 (ristampa), p. 299.

¹⁴¹ L'autore continua precisando che “questa differenza spiega perché, ad esempio, tra la nozione della responsabilità considerata come obbligo di risarcire il danno e la nozione della responsabilità considerata come assoggettamento dei beni alla esecuzione sembri che non vi sia nulla di comune; ma la nota comune

nettamente la responsabilità dall'obbligazione, è accostato quindi dal Carnelutti, per analogia, alla responsabilità penale: "chi se ne vuol persuadere, argomenta l'autore, può fare un confronto, efficace se pure inconsueto, tra l'art. 1948 c.c. 1865¹⁴² e un qualsiasi articolo del codice penale. Il distacco, ben chiaro al senso comune, tra la responsabilità penale e l'obbligo, la cui violazione ne costituisce il presupposto. non consentirebbe neanche ad un profano di dire che ciascuno è tenuto ad adempiere al suo obbligo di non impossessarsi della cosa mobile altrui... con la reclusione fino a tre anni, cioè col sacrificio della sua libertà!"¹⁴³

Dunque, nel pensiero del Carnelutti, l'esecuzione forzata (*rectius* la responsabilità per esecuzione), allo stesso modo che la responsabilità penale, si risolve nell'assoggettamento ad un potere, e perciò in uno *status subjectionis* che con l'obbligo non ha nulla a che vedere giacché "la responsabilità è una *soggezione allo Stato, non al creditore*"; di conseguenza fra obbligazione e responsabilità "c'è di mezzo il confine tra diritto privato e diritto pubblico"¹⁴⁴

Nello stesso senso il Liebman¹⁴⁵, persuaso che "anche l'esecuzione forzata è una forma di sanzione dei precetti privati", arriva ad affermare finanche che, in materia privatistica,

è data, malgrado l'apparenza, da ciò che nell'uno e nell'altro caso vi ha sempre soggezione alla sanzione. Infine, soggezione (esser soggetto) alla sanzione significa non potervi sfuggire se la sanzione si attua".

¹⁴² Ai sensi del quale "chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri", norma oggi di fatto trasfusa nella formulazione dell'art. 2740 comma primo c.c.

¹⁴³ "Eppure, continua l'autore, la formula dell'art. 1948 c.c. 1865 arriva a questo colmo di imprecisione quando pone i "beni mobili e immobili" del debitore come i mezzi per adempiere, mentre non sono altro che l'oggetto della sanzione esecutiva. Rettificato, sulla traccia delle formule penali, l'art. 1948 c.c. 1865 dovrebbe dire così: "chiunque, essendo obbligato personalmente, non adempie alle contratte obbligazioni, è soggetto alla esecuzione su tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri".

¹⁴⁴ "Più precisamente, continua Carnelutti, il confine tra il diritto materiale e il diritto processuale; infatti, se la esecuzione è, come io credo, una schietta funzione processuale, anche la soggezione correlativa del debitore è una soggezione processuale. Appunto la nozione della responsabilità in genere appartiene alla teoria generale del diritto e si ramifica poi in alcune tra le parti di questa e forse in tutte: così vi è una responsabilità civile, una responsabilità penale e, per non dir d'altro, una responsabilità processuale, intesa come soggezione a quelle sanzioni che si attuano mediante il processo civile".

¹⁴⁵ Cfr. Liebman, *Il titolo esecutivo*, cit., p. 134.

essa costituisca la sanzione giuridica “per eccellenza e in ogni modo quella che più direttamente interessa la teoria del processo”.

Analogamente alla riflessione svolta dal Carnelutti, anche il Liebman precisa che “quando l’inadempimento di un’obbligazione ha per conseguenza la nascita di un nuovo obbligo, secondario rispetto al primo, restiamo pur sempre nel terreno del diritto privato sostanziale, e la reazione contro l’illecito giuridico è ancora, quanto al risultato, affidata alla buona volontà dell’obbligato. Sanzione vera e ultima può dirsi dunque solo l’esecuzione forzata che, essendo compiuta dagli organi dello Stato, rompe finalmente il cerchio di una volontà non disposta a piegarsi all’obbedienza e a raggiungere il suo scopo con mezzi propri fino al limite della possibilità umana. Spesso anche la nascita dell’obbligazione secondaria non ha altra finalità che quella puramente strumentale di rendere possibile in un momento ulteriore l’esecuzione forzata”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ In quest’ultima considerazione il Liebman sembra alludere all’esperienza giuridica romana, dove “la sentenza di condanna (...) aveva l’efficacia di sostituire all’obbligazione originaria, ormai consumata con la *litis contestatio*, una nuova obbligazione che aveva per sua unica fonte appunto il giudicato; a questa obliato *judicati* corrispondeva dal lato attivo l’*actio judicati*, cioè il diritto di far valere ai fini dell’esecuzione la ragione del creditore nelle ordinarie forme del processo, con la chiamata innanzi al pretore del debitore inadempiente dopo la decorrenza del *tempus judicati*”, in antitesi al sistema barbarico dove di regola l’accertamento giudiziario nasceva come incidente attivato dall’aggredito successivamente all’aggressione di privata autorità (Liebman, *La sentenza come titolo esecutivo*, in Riv. Dir. Proc. 1929, p. 121-122). Ora, poiché come rileva lo stesso Liebman l’atteggiamento che teneva *in jure* il convento era decisivo, poiché “se confessava, era aperta la via agli atti esecutivi; altrimenti le nuove questioni sollevate dovevano essere decise da un giudice in un nuovo *judicium* con la sanzione della *poena dupli*” e che quindi il sistema romano “conteneva in sé la possibilità almeno astratta di un processo che si riapriva continuamente senza giungere mai all’effettivo soddisfacimento del creditore”, è impossibile non condividere il rilievo del Carnelutti, Titolo esecutivo, in Riv. Dir. Proc. 1931, p. 319-320, secondo cui nel paragone fra diritto romano e diritto germanico “l’antitesi si debba formulare (...) tra la sufficienza dell’affermazione del creditore e la esigenza non tanto dell’accertamento giudiziale quanto dell’acquiescenza del debitore. Se, infatti, come osserva il L., nel caso di contestazione del convenuto contro l’ *actio judicati* (...), “si aveva né più né meno che la *litis contestatio* e l’ordinario *judicium*, con l’avvertenza tuttavia che si versava in un caso in cui “*litis infitiando crescit in duplum*” e se poi, quando la contestazione risultasse infondata, “la sentenza che pronunciava la condanna nel doppio non poteva avere altro effetto che quello solito (...) è manifesto che l’esecuzione non si ammetteva fino a che il debitore non rinunziasse alla contestazione, sia pure che tale rinunzia fosse, a un certo punto, coatta per la minaccia

Sulla stessa lunghezza d'onda del Carnelutti poi, anche il Liebman coglie, incidentalmente, la più congrua analogia della sanzione esecutiva con la sanzione penale (rispetto alla sanzione obbligatoria¹⁴⁷) quando evidenzia che “né l'autore di un reato, né un debitore inadempiente sono immediatamente soggetti alla pena e all'esecuzione forzata per il solo verificarsi dell'*illecito*, sia esso quanto si voglia patente, manifesto, flagrante (...). Dalla disobbedienza ai precetti della legge sorge dunque solo il comando al giudice di condannare il responsabile, se ne faccia domanda colui che è legittimato a proporla e che acquista a sua volta appunto questo potere (azione di condanna)”¹⁴⁸.

In conclusione, occorre distinguere nettamente “tra la volontà di legge (sostanziale) che impone al debitore un'obbligazione e quella che dispone che si debba procedere ad esecuzione forzata e che, appunto per il suo contenuto”, il Liebman chiama sanzionatoria. La volontà legale che si proceda ad esecuzione forzata poi, e qui nascono divergenze fra il Carnelutti ed il Liebman, nasce, secondo il primo, *dall'accertamento dell'atto illecito e delle sue conseguenze* (e cioè del rapporto sanzionatorio, dall'autore definito in termini di “responsabilità da esecuzione”)¹⁴⁹, secondo l'altro invece dalla

progressiva dell'*infinitio* e per l'onere della cauzione, onde il pensiero romano classico appare orientato in senso prettamente diametrico al pensiero germanico”.

¹⁴⁷ Si veda Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2014, cit., p. 63 secondo cui “ogniquale volta è leso un diritto assoluto, infatti, sorge in capo al soggetto che tiene il comportamento lesivo l'obbligo di risarcire il danno. A tale obbligo corrisponde in capo al titolare del diritto assoluto un vero e proprio diritto di credito relativo ad ottenere il risarcimento. Il diritto di credito, dunque, in tal caso si configura come strumento di tutela del diritto assoluto ed è logico se si considera che l'indeterminatezza del lato passivo, tipica del diritto assoluto, viene meno ogniqualvolta un singolo soggetto determinato violi il generico dovere d'astensione. In quel momento nascerà tra i due soggetti interessati dalla vicenda un rapporto giuridico avente ad oggetto il risarcimento del danno. Naturalmente in questa ipotesi il diritto di credito non è che un aspetto della situazione assoluta di cui gode il soggetto, da essa derivato e dunque privo di autonomia, in quanto mero strumento di tutela”.

¹⁴⁸ Liebman, *Il titolo esecutivo*, cit., p. 135.

¹⁴⁹ Per il Carnelutti, *Titolo esecutivo*, cit., p. 315, posto che relativamente all'applicazione della sanzione vada distinto fra “specificazione” ed “attuazione” della stessa “nel primo caso l'applicazione non è altro che accertamento (verificazione dei presupposti obbligatori di fatto della sanzione); nel secondo non è altro che esecuzione. Il concepire la condanna come un *ens tertium* tra la pronuncia del comando concreto e la sua attuazione è nettamente illogico. O accertamento o esecuzione: *tertium non datur*. Or se applicare la sanzione non vuol dire attuarla, altra via non resta se non intenderla come accertamento del rapporto relativo alla sanzione”.

sentenza che la dichiara, ovvero detto altrimenti, considerando che “fatto costitutivo della concreta volontà sanzionatoria non è l’esistenza dell’obbligazione e nemmeno il suo eventuale inadempimento, ma la pronuncia della condanna”¹⁵⁰.

Forti di questo parallelismo fra esecuzione forzata civile ed irrogazione della pena in conseguenza dell’accertamento della commissione del reato, possiamo dunque affermare che anche l’esecuzione forzata incoata in violazione dell’art. 474 comma primo, non potrà certamente trovare la propria fonte di legittimità in un titolo esecutivo sopravvenuto al pignoramento, non essendo stata posta alcuna norma che autorizzi l’organo pubblico ad esercitare una qualche coazione sui consociati alla stregua di criteri arbitrari suoi propri, e neppure che riqualifichi retroattivamente come *forza* una qualche attività di *violenza* perpetrata dallo Stato.

Si potrebbe finanche arrivare ad affermare che i brocardi “*nulla executio sine titulo*” e “*nulla poena sine lege*” siano, in settori del diritto che si differenziano solo e soltanto in ragione della materia trattata, l’espressione del medesimo concetto.

Sulla base di tali premesse, possiamo comprendere la ragione politico/costituzionale della costante interpretazione che la giurisprudenza ha dato all’art. 474 comma primo, nel senso che il titolo esecutivo debba sussistere non soltanto “nel momento in cui l’esecuzione inizia (e dunque la sua sopravvenienza non sana il difetto iniziale), ma deve perdurare per tutta la sua durata e sino alla sua positiva conclusione”¹⁵¹.

2.1.3. - “Certo, liquido, ed esigibile”.

Va inoltre esplicitato, giunti a questo punto nella trattazione, che ulteriori requisiti *costitutivi* dell’azione esecutiva sono, ai sensi dell’art. 474 comma primo c.p.c., la

¹⁵⁰ Liebman, *Il titolo esecutivo*, cit, p. 135-136-137, ove si conclude che “rendendo concreta la volontà sanzionatoria dello Stato (cioè applicandola al caso singolo), il giudice le ha conferito un contenuto determinato e l’ha resa suscettibile di essere realizzata ed ha operato una vera e propria conversione di fronte alle forze organiche dell’ordinamento giuridico, il quale assume una posizione dinamica, poiché entra in vigore ed è per così dire risvegliato e attivato il suo apparato coattivo”.

¹⁵¹ Vedi Capponi, *Manuale*, cit., p. 131. Tale esigenza, secondo il Vaccarella, *Titolo esecutivo, precetto, opposizione*, Torino 1993, p. 132, è un precipitato del carattere costitutivo dell’azione esecutiva riconosciuta al titolo.

“certezza”, la “liquidità” e la “esigibilità” del diritto consacrato nel titolo, requisiti essenziali l’esistenza dei quali è richiesta fin dall’inizio del processo esecutivo¹⁵².

La triade ha costituito un vero e proprio rompicapo per la dottrina italiana. Il requisito dell’esigibilità sembrerebbe quello più chiaro: così, nel caso di obbligazione alternativa ex art. 1285 c.c., l’esecuzione intrapresa prima della “scelta” del debitore avviene abusivamente per un diritto inesigibile; allo stesso modo, se è stabilito un termine a favore del debitore, questo deve essere scaduto a pena di illegittimità dell’esecuzione¹⁵³, ivi compreso nella nozione di termine quello dilatorio ex art. 482 c.p.c.; così nell’ipotesi di credito subordinato a condizione sospensiva ex art. 1352 c.c.¹⁵⁴ o dipendente da controprestazione inadempita inquadrabile nello schema sinallagmatico ex art. 1460 c.c.¹⁵⁵. In buona sostanza, l’esigibilità è esclusa “in ogni altro caso in cui sia

¹⁵² Momento da tenere logicamente distinto da quello di formazione del titolo stesso. Si veda Massari, voce “*Titolo esecutivo*”, in *Novissimo Digesto*, Torino 1957, p. 380.

¹⁵³ Anche qualora il titolo preda vita da condanna a prestazione non ancora scaduta, “essendo ammissibile un titolo esecutivo che faccia riferimento ad un obbligo futuro, dato che l’esigibilità deve sussistere al momento dell’esecuzione, non a quello della formazione del titolo” (confronta Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 381).

¹⁵⁴ Non in caso di condizione risolutiva tuttavia. Si veda Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 381, il quale giustamente rileva che “in pendenza di condizione risolutiva, poiché il diritto può essere frattanto esercitato (art. 1356 c.c.), il creditore può altresì procedere esecutivamente, salvo il venir meno dell’azione esecutiva con l’avverarsi della condizione”.

¹⁵⁵ E’ interessante infatti notare che l’art. 1165 c.c. 1865, forse ingenuamente, disponeva che “la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfa alla sua obbligazione”. Recentemente è stato affermato da Cassazione Civile Sezioni Unite, 22 febbraio 2010, n. 4059 (Pres. Vittoria - Rel. Mazziotti di Celso), in *Giust. civ. Mass.* 2010, 2, 242, che “nell’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere un contratto di compravendita, l’esecutività provvisoria, ex art. 282 c.p.c., della sentenza costitutiva emessa ai sensi dell’art. 2932 c.c., è limitata ai capi della decisione che sono compatibili con la produzione dell’effetto costitutivo in un momento successivo, e non si estende a quelli che si collocano in rapporto di stretta sinallagmaticità con i capi costitutivi relativi alle modificazione giuridica sostanziale. Essa, pertanto, non può essere riconosciuta al capo decisorio relativo al trasferimento dell’immobile contenuto nella sentenza di primo grado, né alla condanna implicita al rilascio dell’immobile in danno del promittente venditore, poiché l’effetto traslativo della proprietà del bene scaturente dalla stessa sentenza si produce solo dal momento del passaggio in giudicato, con la contemporanea acquisizione dell’immobile al patrimonio del promissario acquirente destinatario della pronuncia. (Nella specie, le Sezioni unite hanno confermato, con riferimento ad un giudizio di sfratto per morosità, la sentenza

temporaneamente sospeso o precluso il dovere di adempiere da parte del debitore. Così, per esempio, se per la conservazione dell'azione esecutiva sia richiesta una particolare attività, e questa non sia stata compiuta, come l'elevazione del protesto per l'azione cambiaria di regresso; ovvero se al debitore possa essere opposto validamente un credito in compensazione”¹⁵⁶.

Il requisito della certezza sembrerebbe essere il più problematico: chi ritiene che esso sia un particolare grado d'intensità “ontologica” dell'azione in generale¹⁵⁷, più che considerare la “certezza” del diritto alla stregua di un elemento intrinseco al titolo, tende a pensare quest'ultimo come la conseguenza della certezza, provocata da un qualcosa che sia in antitesi alla mera *affermazione*¹⁵⁸. Chi invece, specularmente, voglia reputare che il credito considerato dal titolo è “certo” nella misura in cui la legge ritiene tale certezza sufficiente per rendere possibile l'esercizio dell'azione esecutiva, tende a pensare la certezza come una *conseguenza* della formale possibilità in astratto del titolo esecutivo: *quod Principi placuit, Legis habeat vigorem*¹⁵⁹.

La soluzione più piana viene fornita poi da chi, partendo dalla distinzione fra esecuzione forzata in forma specifica ed espropriazione, misure volte alla tutela di situazioni fra loro differenti per natura: “certo” e “liquido” in riferimento al diritto che si vuol mettere ad esecuzione rappresenterebbero un endiadi, giacché “*liquido* è un attributo

impugnata con la quale era stata esclusa la provvisoria esecutività della condanna implicita al rilascio dell'immobile, in danno del promittente venditore, nel caso di domanda di esecuzione in forma specifica diretta al trasferimento del bene proposta dal promissario acquirente)”.

¹⁵⁶ Vedi Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 381.

¹⁵⁷ Si veda la nota 2 del presente studio.

¹⁵⁸ Ricostruzione seducente, e che ha la preziosa virtù di conservare *in nuce* l'archetipo dell'*actio iudicati*, ma che presta inevitabilmente il fianco ad obiezioni come quella del Capponi, *Manuale*, cit. p. 177, che evidenzia il paradosso per cui diritto “certo” sarebbe quello consacrato in una cambiale, mentre quello del quale ne sia accertato dall'Autorità Giudiziaria il *fumus boni juris*, non sarebbe sufficientemente certo ai fini dell'esecuzione, posto che l'art. 669 *duodecies* c.p.c. in riferimento a questi ultimi parla di mera “attuazione” proprio per distinguere tale attività da quella propriamente esecutiva, e che “in concreto, gli accertamenti compiuti dal giudice in sede cautelare siano spesso non meno approfonditi di quelli che si svolgono prima dell'emanazione di provvedimenti, anche diversi dalla sentenza, che la legge definisce esecutivi”.

¹⁵⁹ Il che serve a ben poco giacché, come rileva il Capponi, *Manuale*, cit. p. 177, la risposta di tipo formale è risposta “tautologica”.

che si usa per i debiti di danaro, ad esprimere che il *quantum* è stato determinato in una *cifra numerica* di moneta avente corso legale¹⁶⁰ (...). Ma la esecuzione forzata è ammessa, come sappiamo, anche per la *consegna* od il *rilascio* di cose determinate o per la *costruzione* e la *demolizione* di opere. In questo caso non la si può promuovere se non siano esattamente *individuate* la cosa o le opere di cui si tratta, e ciò in quegli stessi modi e nelle stesse forme (negozi, atti o provvedimenti), in cui può esser liquidato, con effetto vincolante per tutte le parti, il *quantum* di un debito di danaro. Questo estremo (determinazione, individuazione, specificazione) non si può rappresentare (perché neanche il lessico giuridico lo consente) con le espressioni: *liquido*, *liquidità*, *liquidazione*. E allora a questo si deve ritenere che abbia voluto alludere la legge inserendo nell'endiadi l'aggettivo *certo*"¹⁶¹.

Altri¹⁶² invece è dell'opinione che il requisito della certezza non sia necessario ai soli fini dell'esecuzione in forma specifica, "sebbene vada al tempo stesso riconosciuto che il requisito della "liquidità" è posto in riferimento esclusivo all'espropriazione forzata".

¹⁶⁰ "Tutt'al più, continua l'autore, l'attributo può estendersi, per certi effetti, anche a debiti di quantità di cose (o di moneta estera), quando questa sia stata numericamente determinata in base ad unità di peso, di volume o di misura (o di unità monetarie di quel tal tipo). In questo senso vediamo apparire, per esempio, la nozione di liquidità nell'art. 1243 c.c. e non è privo di interesse, per l'endiadi, ricordare, che anche questa nozione si esprimeva talvolta nel latino delle fonti parlando di *certum* (ad esempio nella dizione *condictio certi*)".

¹⁶¹ Così Redenti, *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 120. Nello stesso senso Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano 2015, p. 24 ove è scritto che «l'espressione "diritto certo" si riferisce essenzialmente all'esecuzione per consegna o rilascio, all'esecuzione per obblighi di fare ed all'esecuzione indiretta. La certezza consiste nell'individuazione del bene oggetto dell'intervento esecutivo e del "fare" che deve essere compiuto. L'individuazione di ciò che dev'essere compiuto non è necessaria nella consegna o rilascio, perché è già tipizzata dal legislatore: si tratta sempre del trasferimento della materiale disponibilità di un bene mobile o immobile da colui, che esercita attualmente siffatta materiale disponibilità ed è obbligato alla consegna o rilascio, a colui che ha diritto di ottenere la materiale disponibilità del bene. L'esecuzione per obblighi di fare non è invece tipizzata dal legislatore: il fare può consistere nel costruire una strada, un acquedotto, nel demolire un muro; e quindi il titolo esecutivo deve contenere l'individuazione non solo del bene su cui si deve operare, ma anche del tipo di intervento necessario».

¹⁶² Vedi Capponi, *Manuale*, cit., p. 178.

In questa accezione “il requisito della certezza rimanda infatti alla corretta identificazione della prestazione dovuta, del soggetto tenuto a compierla e di quello che ha diritto a riceverla. Tale requisito deve poi essere inteso diversamente in rapporto ai singoli processi di esecuzione forzata: nella consegna o nel rilascio, andrà identificato il bene e i soggetti della prestazione (...). Nell'esecuzioni per obblighi di fare o non fare, il titolo dovrà indicare il risultato finale dell'esecuzione (...). Nell'espropriazione forzata, la certezza va sempre considerata in rapporto agli altri requisiti della liquidità o dell'esigibilità”.

Secondo altri ancora invece, “la certezza non va riferita all'esistenza degli estremi obbiettivi del diritto, ai suoi elementi costitutivi oggettivi, bensì va riferita soltanto agli estremi soggettivi del diritto, cioè in primo luogo alla sua appartenenza ad un determinato soggetto; è dunque anzitutto certezza che il diritto appartenga al titolare indicato; in secondo luogo è anche certezza circa l'individuazione del soggetto passivo dell'esecuzione, il debitore”¹⁶³.

2.1.4. - Topiche giurisprudenziale di difetto originario di titolo esecutivo.

Riprendendo a questo punto il discorso principale sull'esecuzione compiuta o proseguita senza titolo, tanto i casi di difetto originario che di difetto sopravvenuto di titolo esecutivo possono essere passati in rassegna elencando i modi in cui la giurisprudenza italiana ha deciso di affrontare e risolvere il problema, con l'obbiettivo di evidenziare l'unanimità sulla portata inderogabile della regola di assoluta legittimità dell'esecuzione forzata¹⁶⁴.

Il difetto originario di titolo esecutivo si prospetta sicuramente nell'ipotesi di inesistenza *ab origine* di valido titolo esecutivo, mentre nell'ipotesi di infondatezza nel merito del diritto incorporato nel titolo il discorso potrebbe variare a seconda che si tratti

¹⁶³ Vedi Massari, *Titolo esecutivo*, cit., p. 379.

¹⁶⁴ Vedi Vaccarella, *Titolo esecutivo*, cit., p. 127 ss., per un ampio catalogo di fattispecie.

di un'infondatezza originaria¹⁶⁵ o sopravvenuta. Entrambe le contestazioni, ad ogni modo, vanno dedotte, secondo l'autore¹⁶⁶, con l'opposizione all'esecuzione.

Ad esempio, nei casi di esecuzione intrapresa sulla scorta di condanna generica, mancherebbe nel titolo il requisito della "liquidità". Nei casi in cui il titolo venga invece concesso dietro cauzione, la prestazione della quale è elemento essenziale ai fini della costituzione dell'azione esecutiva¹⁶⁷, l'inesatta prestazione di essa rende illegittima l'espropriazione.

Dunque, la sopravvenienza del titolo esecutivo (o comunque dell'esecutorietà del provvedimento astrattamente idoneo ad essere titolo esecutivo) rispetto all'inizio dell'esecuzione non rileva ai fini di una possibile sanatoria di essa *ex post*: così, considerato il caso nel contesto della normativa anteriore alla riforma del '90, il sopravvenuto rigetto dell'appello, ovvero la sopravvenuta declaratoria d'improcedibilità di esso, non sanano l'esecuzione intrapresa con una sentenza di primo grado senza

¹⁶⁵ Tesi che potremmo chiamare "eclettica", che rispetta le premesse dommatiche classiche, ma che approda a conseguenze applicative molto simili a quelle dell'oggettivizzazione. Per la tesi eclettica si schierano Tiscini, *Dei contrasti*, cit., p. 523 e Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano 2011, p. 108-109.

¹⁶⁶ Vedi Vaccarella, *Titolo esecutivo*, cit., p. 243.

¹⁶⁷ Già infatti Carnelutti, *Titolo esecutivo*, cit., p. 313, afferma che allo stesso modo del titolo (indubbiamente fatto costitutivo dell'azione esecutiva), "è del pari un fatto costitutivo la prestazione della cauzione, nei casi in cui sia essa imposta al creditore" e, sulla stessa linea, Cassazione, sez. III, 3 febbraio 1984, n. 828, in Foro it. 1984, I, 1613 e Giust. civ. 1984, p. 3393, ha ritenuto che la prestazione di cauzione con modalità diverse (nella specie: fideiussione bancaria in luogo di deposito giudiziario) da quelle stabilite dal giudice istruttore in sede di opposizione a decreto ingiuntivo determina la "carenza di efficacia esecutiva del titolo", ed è pertanto "affetto da illegittimità sostanziale il precetto intimato sulla scorta di questo titolo esecutivo".

clausola di provvisoria esecutività¹⁶⁸, ma indebitamente provvista di formula esecutiva¹⁶⁹; allo stesso modo, qualora l'esecuzione venga illegittimamente intrapresa sulla base di una

¹⁶⁸ Si tenga a mente che il regime di esecutorietà della sentenza di primo grado è stato riformato con L. 26 novembre 1990 n. 353, “Provvedimenti urgenti per il processo civile”. Viceversa, nel sistema così come delineato dal legislatore del '40 la “naturale” efficacia esecutiva, competeva alla sentenza d'appello. Per quanto riguarda la sentenza di primo grado, invece, i presupposti della provvisoria eseguibilità del *dictum* erano descritti nell'art. 282 c.p.c., che così disponeva: “su istanza di parte, la sentenza appellabile può essere dichiarata provvisoriamente esecutiva tra le parti, con cauzione o senza, se la domanda è fondata su atto pubblico, scrittura privata riconosciuta o sentenza passata in giudicato, oppure se vi è pericolo nel ritardo”. Il discorso legislativo continuava sulla stessa lunghezza d'onda, disponendo che l'esecuzione provvisoria fosse sempre concessa, e sempre su istanza di parte, “nel caso di sentenze che pronunciano condanna al pagamento di provvisionali o a prestazioni alimentari, tranne quando ricorrono particolari motivi per rifiutarla”. Tralasciando l'ipotesi di concessione della provvisoria esecuzione per ragioni legate a pericoli nel ritardo (che sembrano richiamare quei casi in cui la cautela più opportuna non potrebbe che essere un'anticipazione del pagamento in stile “*solve et repete*”), nonché tutte le ipotesi in cui l'efficacia provvisoriamente esecutiva si avrebbe potuta ottenere dietro cauzione (per le quali vale un discorso analogamente “cautelare”, ma solo nell'aspetto del giudizio circa un *fumus boni juris*), è interessante focalizzarsi (seppur brevissimamente) sulla particolarità dell'elemento di prova dal quale il giudice avesse indotto la veridicità delle ragioni di credito rappresentate dall'attore, affinché si fosse potuta concedere l'esecutività provvisoria. Per quanto riguarda le prestazioni alimentari, non vale neppure la pena puntualizzare che si trattava di ipotesi ove il legislatore vedeva un'urgenza *in re ipsa*. In riferimento alle prove, brevemente, possiamo sottolineare che esse consistono in documenti aventi pubblica fede, e quindi facenti piena prova fino a querela di falso. Ciò implica che, relativamente alle domande su di essi fondate, l'unico modo che il convento avrà per contestarne la veridicità, sarà sobbarcarsi l'onere di promuovere la contestazione istruttoria de quo, nelle forme di un vero e proprio processo ordinario di cognizione, a pena di *ficta confessio* (alludiamo ovviamente alla querela di falso). Il discorso circa la scrittura privata riconosciuta, benché parta da premesse diverse (e diametralmente opposte sul piano dei carichi probatori, argomento che tuttavia qui non ci interessa) giunge alla medesima conclusione, considerato il fatto che la mancata contestazione nelle forme *ad hoc* previste, sembra implicare una *ficta confessio*. Sul tema della condanna generica, ci si soffermerà di seguito ed in maniera più approfondita.

¹⁶⁹ In questo senso Cassazione, 12 giugno 1968, n. 1883, in Rep. For. It. 1968, voce “esecuzione forzata in genere”, n. 16 e Cassazione, 10 aprile 1973, n. 1041, in Giust. Civ. 1974, I, p. 117. Discorso a parte va fatto per la fattispecie di esecuzione intrapresa, sulla scorta del giudicato formatosi ex art. 338 c.p.c., in data posteriore al verificarsi della fattispecie estintiva del processo, ma anteriormente alla declaratoria di estinzione dell'appello, operando l'estinzione di diritto, ed avendo pertanto quest'ultima valore meramente dichiarativo. In questo senso si è espressa Cassazione, 19 agosto 1964, n. 2336, in Giust. Civ. 1964, I, 2186.

sentenza non esecutiva, il suo successivo passaggio in giudicato non vale a sanare l'esecuzione originariamente illegittima¹⁷⁰; .

In buona sostanza allora, “la giurisprudenza ritiene, con la sola eccezione dell'estinzione del processo di cognizione in cui si forma il titolo (eccezione giustificata dalla retroattività della dichiarazione della *mors litis*), che le vicende processuali successive alla notifica del (preteso) titolo esecutivo e dalle quali scaturisca l'efficacia esecutiva del titolo stesso, sono sempre inidonee a rendere legittima l'esecuzione originariamente illegittima”¹⁷¹.

La portata costitutiva dell'azione riconosciuta al titolo è poi tale che, nell'ipotesi di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo, qualora la sentenza confermativa di esso risulti sfornita della clausola di provvisoria esecuzione, si renderà comunque necessaria l'emanazione dell'apposito decreto di cui all'art. 654 c.p.c., che fungerebbe in tal caso da atto costitutivo della sanzione esecutiva¹⁷², ciò implicando che il decreto di esecutorietà intervenuto ad esecuzione già intrapresa non è di per sé idoneo a sanarla.

Proseguendo nel catalogo delle esperienze giurisprudenziali italiane, un altro caso di difetto originario di titolo esecutivo viene rinvenuto nella fattispecie di decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo dopo la notifica in forma esecutiva¹⁷³, ovvero nel caso in cui venga accolta la pretesa del creditore in sede di opposizione ex art. 645 c.p.c., sulla base di un fatto nuovo, sopravvenuto rispetto alla data di emanazione dell'ingiunzione: in quest'ultimo caso, infatti, la ragione di credito nuova che sopravviene al

¹⁷⁰ In questo senso Cassazione, 1 aprile 1958, n. 1132, in Foro it. 1958, I, 1214, con nota di Giulioti, *Titolo esecutivo e formula esecutiva*, e in Foro it. 1959, I, 1353, con nota di Mariani, *Sul rilascio, da parte del cancelliere, di copia in forma esecutiva di sentenza non ancora eseguibile*.

¹⁷¹ Così Vaccarella, *Titolo esecutivo*, cit. p. 133.

¹⁷² In questo senso Cassazione, sez. III, 3 giugno 1978, n. 2795 (Pres. Sbrocca - Rel. Mattiello) in Foro It. 1979, I, 2718, secondo cui è nullo il procedimento esecutivo iniziato in base a decreto ingiuntivo, cui non sia stata conferita esecutorietà né con la sentenza che ha rigettato l'opposizione né con separato provvedimento.

¹⁷³ Così Pretura Nardò, 4 maggio 1968, in Giur. Mer. 1969, I, p. 444.

provvedimento monitorio, è inidonea a sanare *ex tunc* l'esecuzione incoata sulla base del decreto emanato per ragioni diverse, rivelatesi infondate in sede d'opposizione¹⁷⁴.

Va tuttavia dato atto che tale orientamento rischia di porsi in contraddizione con il "costante indirizzo secondo cui l'eventuale nullità del decreto opposto impone al giudice dell'opposizione, ove ritenga esistente il credito, il rigetto dell'opposizione (...)"¹⁷⁵.

Inoltre, "l'indirizzo appena ricordato (...) pone delicati problemi in ordine allo strumento processuale utilizzabile dal debitore per far valere fatti estintivi o impeditivi intervenuti successivamente all'emanazione del decreto: se nessun problema si pone quando il decreto non sia stato opposto, essendo pacificamente esperibile soltanto l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., notevole incertezza sussiste nell'ipotesi di pendenza (o proponibilità, per essere il termine non ancora decorso) del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo"¹⁷⁶.

Nella topica giurisprudenziale si è anche profilato il caso dell'accoglimento di domanda riconvenzionale svolta in sede d'opposizione all'esecuzione dal convenuto

¹⁷⁴ In questo senso Cassazione Civile, 22 ottobre 1963, n. 2810, in Foro it. 1963, I, p. 2270, secondo cui la nullità del decreto ingiuntivo, provvisoriamente esecutivo, fondato su cambiali, per il motivo che il credito da queste portato era temporaneamente inesigibile per accordo dilatorio intercorso fra le parti, comporta la nullità del precetto e del pignoramento conseguenti, né rileva che nel corso del giudizio di opposizione sia sopravvenuta l'esigibilità del credito, e che perciò il debitore debba essere condannato al pagamento. Come motiva la sentenza, infatti, "un titolo esecutivo, ovviamente supposto valido, altrimenti dovrebbe considerarsi *tamquam non esset*, è il necessario, inderogabile presupposto processuale del precetto e del pignoramento, che non possono essere perciò validamente posti in essere, qualora sia nullo il titolo esecutivo, che dovrebbe costituire la loro base sul piano rituale. Il che, del resto, non è che un'applicazione lineare del principio *quod nullum est nullum producit effectum*, nel senso che il titolo esecutivo, ove sia nullo, non può produrre l'effetto di dar vita ad atti processuali validi, cioè ad un valido precetto e ad un valido pignoramento". La pronuncia si pone in continuità anche con Cassazione Civile, 29 dicembre 1962, n. 3451, in Rep. Foro it. 1962, voce "ingiunzione", n. 32-34, secondo cui l'originaria nullità del decreto ingiuntivo per il difetto pro tempore dei necessari presupposti ed il riconoscimento della fondatezza della pretesa creditoria in virtù di situazioni nuove, maturate nelle more del giudizio di opposizione, oltre ad influire sulla ripartizione delle spese, fanno sì che gli effetti della pronuncia possono retroagire solo al momento in cui si sono avverati i fatti nuovi e non al tempo in cui fu chiesto ed emesso il decreto ingiuntivo.

¹⁷⁵ Vaccarella, *Titolo esecutivo*, cit., p. 133-134.

¹⁷⁶ Ibidem.

formale: il che accade solitamente quando il procedente, in tale occasione, chieda l'accertamento del credito sottostante l'effetto cambiario messo ad esecuzione¹⁷⁷.

La stessa questione può emergere qualora l'opponente ex art. 615 c.p.c., abbia dedotto un proprio credito, di entità superiore a quello del debito opposto, non soltanto per contrastare o paralizzare l'esecuzione relativa a tale suo debito, ma anche per ottenere la condanna del proprio creditore al pagamento del soprappiù, ed involve a ben guardare la più generale problematica se il giudizio incardinato ex art. 615 c.p.c. sia ambiente adatto alla proliferazione di titoli esecutivi, e cioè idoneo a travalicare il *tipico thema decidendum* del "diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata".

Ad ogni modo, ammessa e non concessa la possibilità che il giudice dell'opposizione all'esecuzione sia di regola competente ad emanare sentenze di condanna, si porrebbe l'ulteriore problema se la nuova condanna a vantaggio del procedente, nata all'esito del giudizio d'opposizione all'esecuzione in cui sia stata contestualmente accertata l'illegittimità del titolo già messo ad esecuzione, possa sostituirsi a quest'ultimo e giustificare "a ritroso" gli atti esecutivi. Si immagini un'esecuzione già intrapresa sulla base di effetto cambiario, dove il preteso creditore, soccombente sulla questione circa l'esistenza della obbligazione cartolare, pretenda di poter continuare ad agire *in executivis*, aggrappandosi al pignoramento compiuto

¹⁷⁷ Si veda Cassazione, 26 marzo 1975, n. 1150, in Rep. Foro It. 1975, voce "esecuzione forzata in generale", n. 33, secondo cui "non può considerarsi opposizione all'esecuzione ed è quindi sottoposto alla sospensione generale dei termini processuali durante il periodo feriale il giudizio che, dopo il passaggio in giudicato del capo della sentenza concernente la dichiarazione di nullità del precetto, prosegua esclusivamente per la parte relativa al credito nascente dal rapporto sottostante alla cambiale fatta valere come titolo esecutivo, in forza della domanda riconvenzionale proposta in via subordinata dal creditore procedente, convenuto nel giudizio di opposizione; tale domanda, infatti, dà vita ad un giudizio di cognizione che, pur essendo collegato a quello sorto a seguito dell'opposizione all'esecuzione, è da esso distinto e indipendente". Sulla stessa lunghezza d'onda Cassazione, 2 aprile 1980, n. 2140, in Rep. Foro It. 1980, voce "ingiunzione" n. 57, secondo cui "nel caso di nullità radicale, o inesistenza giuridica, del decreto ingiuntivo posto a base dell'esecuzione forzata, il creditore, convenuto nel processo d'opposizione all'esecuzione promosso dal debitore, può domandare, in via riconvenzionale, la condanna al pagamento della somma portata dall'effetto cambiario in base al quale fu emessa l'ingiunzione, non essendo (giuridicamente) un provvedimento giurisdizionale, avente qualità di titolo esecutivo, che co tenga già siffatta condanna".

spendendo la cambiale falsa, solo perché, in ipotesi, vittorioso sulla questione intorno all'esistenza del rapporto causale.

Un'adesione acritica alla tesi "permissiva", allora, rischierebbe di prendere di peso, dal processo ordinario, tutte quelle problematiche attinenti alla differenza fra *emendatio* e *mutatio libelli*, e scaraventarle in un contesto riconducibile, seppur solo funzionalmente, al processo d'esecuzione (terreno notoriamente inadatto ai fini della trattazione di controversie giuridiche).

Un altro caso interessante, che si colloca sulla scia delle problematiche indotte dalla possibilità della *mutatio* in sede di opposizione ex art. 615 c.p.c., è quello del decreto ingiuntivo opposto, emanato a favore del venditore-creditore del prezzo.

Quando il venditore sostituisce in sede d'opposizione all'esecuzione la propria domanda d'adempimento assistita dall'ingiunzione, in domanda di risoluzione ex art. 1453 comma secondo c.p.c.¹⁷⁸, ci si potrebbe domandare se l'esecuzione pendente, diretta alla realizzazione coattiva dell'interesse del creditore al pagamento del prezzo, possa continuare cambiando *causa petendi*¹⁷⁹, e soddisfare l'interesse del già creditore alla refusione dei danni. Ma a ben guardare, parlare di un mutamento della *causa petendi* in riferimento ad un processo d'esecuzione equivale, in buona sostanza, al parlare della possibilità di un mutamento del titolo esecutivo nel corso della procedura.

Analogamente la giurisprudenza impedisce al creditore di sostituire al capo condannatorio di primo grado impugnato in appello e nel mentre messo ad esecuzione, un altro capo della sentenza di primo grado, non devoluto in appello e perciò passato in giudicato, nell'ipotesi in cui la pronuncia sul *tantum devolutum* sia stata rescissa dalla Corte di Cassazione¹⁸⁰

¹⁷⁸ Come è noto, la disposizione citata dispone che "la risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento".

¹⁷⁹ Come scrive Redenti, *Diritto processuale civile*, III, p. 119 "il *nomen* "esecuzione forzata" di per sé sarebbe ambiguo, perché a priori non si sa se alluda al fenomeno dal punto di vista sostanziale o processuale. Ma quando poi l'articolo lo pone in correlazione al "diritto" della parte, risolve, secondo noi, l'anfibologia nel primo senso. E allora possiamo ravvisare nell'articolo gli elementi costruttivi della *causa petendi*: diritto, stato di insoddisfazione, titolo esecutivo".

¹⁸⁰ Vedi Cassazione, 30 luglio 1986, n. 4889, in Rep. For. It., voce "esecuzione forzata in generale", n. 9

Questi ultimi casi, a differenza di quelli trattati in precedenza, non sembrerebbero integrare gli estremi dell'esecuzione intrapresa in mancanza di titolo *ab origine*, e ci traghettano sul correlato versante del difetto sopravvenuto di titolo esecutivo.

Si potrebbe infatti argomentare, a sostegno delle ragioni del creditore, che il decreto ingiuntivo, messo *illo tempore* ad esecuzione, o il capo condannatorio di primo grado, *appellatione pendente*, non presentassero alcun profilo di illegittimità e che, per conseguenza, l'attività esecutiva compiuta non avrebbe potuto essere qualificata che come valida. Si tratterebbe, allora, di ricorrere al principio per cui *tempus regit actum*.

2.1.5. - Difetto sopravvenuto di titolo esecutivo ed effetto espansivo esterno.

Il problema del difetto sopravvenuto del titolo esecutivo si lega all'art. 336 comma secondo c.p.c. sul cosiddetto "effetto espansivo esterno" della riforma e della cassazione della sentenza. Nel sistema così come delineato dal Codificatore del '40 l'effetto espansivo esterno della riforma si produceva immediatamente a seguito della pubblicazione della sentenza d'appello¹⁸¹. La novella del 1950¹⁸² "introdusse invece una duplice innovazione testuale: da un lato, l'efficacia della pronuncia di riforma o di cassazione venne espressamente riferita anche ai "provvedimenti" dipendenti dalla sentenza impugnata; dall'altro lato, però, si precisò che la sentenza di riforma in appello è idonea a produrre effetti in tal senso solo se sia passata in giudicato"¹⁸³.

¹⁸¹ Secondo Taruffo, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1976, p. 790, ciò era disposto "in applicazione del principio sancito per le nullità dall'art. 159 c.p.c."

¹⁸² Alludiamo alla Legge 14 luglio 1950, n. 581, che all'art. 34 disponeva che "il testo dell'art. 336 del Codice di procedura civile e' sostituito dal seguente: "Art. 336 (Effetti della riforma o della cassazione). - La riforma o la cassazione parziale ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata. "La riforma con sentenza passata in giudicato o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata".

¹⁸³ Così Taruffo, *Problemi*, cit., p. 790.

La *ratio* della modifica era chiaramente orientata alla realizzazione di un principio di economia processuale¹⁸⁴.

La Legge n. 353/1990, ispirata alla medesima *ratio*, ha tuttavia reintrodotto il principio dell'espansione esterna immediata della riforma a far data dalla pubblicazione della sentenza, sugli atti e sui provvedimenti da essa dipendenti.

Nel sistema ante riforma, tuttavia, il problema di un'eventuale caducazione degli atti e provvedimenti esecutivi "dipendenti" dalla sentenza riformata, a far data dalla pubblicazione della pronuncia d'appello, rimaneva aperto sulla base della considerazione per cui subordinare la caducazione dell'esecuzione al passaggio in giudicato della riforma, avrebbe costituito violazione del principio *nulla executio sine titulo*: in questa prospettiva¹⁸⁵, chi ha sostenuto la caducazione immediata dell'esecuzione a seguito della pubblicazione della sentenza di riforma, ha sempre giustificato l'incidenza della riforma in appello di una sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva sull'esecuzione

¹⁸⁴ Secondo Taruffo, *Problemi*, cit. p. 790, "si tratta di innovazioni *ad clarificandum* che riducono pressoché a zero i margini di eventuali incertezze interpretative, e fanno emergere in tutta chiarezza la *ratio* della norma: essa mira ad evitare che gli effetti derivanti dalla sentenza di primo grado vengano posti nel nulla dalla riforma in appello prima che questa sia divenuta definitiva, e quindi evitare che le diverse attività dipendenti dalla pronuncia di primo grado debbano essere ripetute *ex novo* a séguito dell'eventuale annullamento della sentenza di riforma dal parte della Cassazione".

¹⁸⁵ Confronta Garbagnati, *Cassazione con rinvio ed esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado*, in Riv. Dir. Proc. 1981, p. 585 "se, a norma dell'art. 336 comma c.p.c., la riforma della sentenza del giudice di primo grado estende immediatamente i suoi effetti a quelle parti della sentenza stessa che, pur non essendo state impugnate, siano dipendenti dalla parte riformata (ad es. la parte contenente il risarcimento dei danni rispetto alla parte che pronuncia la risoluzione del contratto), non sembra conforme alla volontà del legislatore procrastinare fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza di riforma gli effetti della sentenza del giudice dell'appello, in ordine all'estinzione dell'efficacia del titolo esecutivo della sentenza del giudice di primo grado: efficacia, strettamente collegata ad un provvedimento giurisdizionale dichiarativo di un credito insoddisfatto, al quale il giudice di secondo grado ha ormai sostituito una dichiarazione di inesistenza del credito stesso"; Allo stesso modo Capponi, *Vicende*, cit., p. , secondo il quale l'ipotesi della sentenza di riforma (o di cassazione) che intervenga, ad esecuzione ancora non conclusa, sul titolo che prima la sorregge, "è regolata dall'art. 336 comma secondo c.p.c. (c.d. effetto espansivo esterno) nel senso che "la riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata". Il significato della disposizione è che, dopo la riforma o la cassazione, l'esecuzione (rispettivamente, della sentenza di primo grado o di quella d'appello) non può essere iniziata o continuata, per essere venuto meno il titolo che ne giustifica l'esistenza o la permanenza".

forzata o spontanea del suo contenuto, sulla base del carattere “sostitutivo” della sentenza d’appello¹⁸⁶, di cui dato positivo sarebbe proprio l’effetto espansivo esterno¹⁸⁷.

Il prediletto terreno di scontro è stata la fattispecie della riforma di sentenza pretorile contenente l’ordine di reintegrazione del lavoratore a carico del datore di lavoro, affrontato per ben due volte dalle Sezioni Unite¹⁸⁸ a distanza di sei anni. Ci si domandava se la riforma della suddetta sentenza in un senso favorevole al datore di lavoro, lo legittimasse fin dalla data della pubblicazione di essa a distogliere il prestatore dal suo posto di lavoro, ovvero se occorresse necessariamente il passaggio in giudicato della riforma, essendo quindi, in pendenza dei termini per proporre il ricorso per cassazione o in pendenza del

¹⁸⁶ Sul quale si veda Danovi, *Note sull’effetto sostitutivo dell’appello*, in Riv. Dir. Proc. 2009, p. 1466 ss., secondo cui i connotati portanti dell’appello, anche dopo le riforme del ’90, sono “il carattere devolutivo e quello sostitutivo, inteso il primo come generale idoneità della proposizione del gravame a determinare il riesame nel merito della causa, senza che l’oggetto della cognizione debba essere necessariamente limitato a specifici e singoli motivi d’impugnazione, e il secondo quale (...) idoneità della sentenza di seconde cure a decidere nuovamente il rapporto controverso e sostituire la sentenza appella, la quale (...) viene per così dire a scomparire definitivamente dal mondo giuridico”.

¹⁸⁷ Non tutti concordano sul punto. Secondo Amadei, *La riforma in appello di sentenza provvisoriamente esecutiva, tra lacune di legge e profili di costituzionalità*, in Riv. Esec. Forz. 2001, p. 45, “l’art. 336 comma secondo c.p.c. si occupa di rapporti tra atti emanati nell’ambito di uno stesso processo, mentre quello esecutivo è un processo diverso rispetto al processo di cognizione a definizione del quale (in primo grado) la sentenza riformata è stata emanata. Inoltre, l’efficacia espansiva della sentenza d’impugnazione senz’altro non è idonea a la impossibilità di iniziare o proseguire il processo esecutivo *pro futuro*: in questo caso infatti non si hanno ancora atti o provvedimenti da poter eventualmente qualificare come “dipendenti” dalla sentenza riformata, per cui viene meno il presupposto fondamentale di applicazione dell’art. 336 comma secondo c.p.c.”. Dello stesso avviso Luiso, cit. infra in merito alla questione del “*venir meno ex tunc*” del titolo esecutivo.

¹⁸⁸ Dapprima Cassazione Sezioni Unite 15 marzo 1982, n. 1669, in Foro It. 1982, p. 985, con nota di Proto Pisani; in Riv. Dir. Civ. 1982, p. 250, con nota di Cerino Canova, *Le Sezioni Unite si pronunciano sugli effetti della riforma in appello delle sentenze di lavoro* e in Riv. Dir. Proc. 1982, p. 572 con nota di Garbagnati, *Ancora sugli effetti della riforma in appello della condanna alla reintegrazione di un lavoratore licenziato*. Successivamente da Cassazione Sezioni Unite 13 aprile 1988, n. 2925 (Pres. Brancaccio - Rel. Taddeucci), in Foro It. 1988, p. 1493, con nota di Proto Pisani, *Revirement delle sezioni unite sugli effetti della riforma di sentenza pretorile dichiarativa dell’illegittimità di licenziamento*, in Giust. Civ. 1988, p. 1437, con nota di Luiso, *Ancora sulla riforma della sentenza che dispone la reintegrazione, ex art. 18 st. lav., del dipendente licenziato*.

giudizio di cassazione vivi e vegeti i precipitati della sentenza di primo grado, non ancora “toccati” dall’effetto espansivo esterno.

Dapprima le Sezioni Unite (n. 1669/1982) affermarono che ai sensi dell'art. 336 c.p.c., la sentenza di riforma, resa in grado d’appello, se da un lato si sostituisce immediatamente, fin dalla sua pubblicazione, alla sentenza di primo grado, travolgendo le statuizioni riformate e quelle da esse dipendenti (e privandola altresì, nel caso in cui sia provvisoriamente eseguibile *ope iudicis* od *ope legis*, di idoneità a legittimare l’instaurazione o prosecuzione di procedura esecutiva), dall’altro non interferisce sull’esecuzione conclusa o sugli atti esecutivi compiuti prima della riforma se non dal momento del passaggio in giudicato; sicché, fino a detto momento, lascia fermi ed operanti, oltre alle situazioni di natura reale, anche i rapporti obbligatori di tipo continuativo, che siano stati costituiti o ripristinati, de iure e de facto, in esecuzione coatta o spontanea della pronuncia di primo grado¹⁸⁹.

Successivamente per le Sezioni Unite (n. 2925/1988), viceversa, a seguito della riforma in appello, la sentenza di primo grado, che abbia ordinato la reintegrazione del lavoratore licenziato, perde immediatamente ogni efficacia sia di accertamento sia di condanna, e ciò poiché “l’ordine di reintegrazione quale capo della sentenza pretorile che si aggiunge a quello di accertamento della illegittimità della interruzione del rapporto di lavoro, non può vivere di vita autonoma ma postula la permanente validità dell’altro capo: di modo che nella ipotesi di riforma in sede di appello entrambi i capi restano soggetti all’effetto sostitutivo automatico di cui al primo comma dell’art. 336 c.p.c”. Infatti, solo la

¹⁸⁹ Pertanto, qualora, dopo la sentenza esecutiva del pretore, che abbia ordinato la sua reintegrazione nel posto di lavoro a norma dell'art. 18 della L. 20 maggio 1970 n. 300 (statuto dei lavoratori), il datore di lavoro abbia provveduto, in esecuzione di tale pronuncia (coatta o spontanea), a riammettere il dipendente nell'azienda (ovvero, come previsto dal comma 2 della citata norma, a corrispondere al medesimo le retribuzioni per il periodo successivo all'ordine di reintegra, pur senza riammetterlo in servizio), la sopravvenienza della sentenza d'appello, dichiarativa della legittimità del licenziamento, ove non ancora passata in giudicato (perché impugnata od ancora impugnabile con ricorso per cassazione), non fa venir meno l'obbligo del datore di lavoro d'osservare gli impegni conseguenti alla pregressa esecuzione della sentenza di primo grado, con la conseguenza che l'allontanamento del dipendente prima del passaggio in giudicato della medesima sentenza d'appello (ovvero la sospensione del pagamento della retribuzione) configura un nuovo ed autonomo atto lesivo dei diritti del lavoratore, impugnabile con la specifica azione prevista dal citato art. 18 della legge n. 300 del 1970.

rimozione degli atti realizzati o dei provvedimenti attuati in dipendenza di quell'ordine è subordinata al passaggio in giudicato dell'accertamento. In definitiva, come precisano le Sezioni Unite, “ciò che viene fatto salvo da quest'ultima norma è il risultato di fatto conseguito attraverso l'attività in senso lato esecutiva del titolo (sentenza riformata) ma non certo il titolo medesimo, nel suo complesso contenuto di accertamento e di condanna”¹⁹⁰.

Ora, anche se la L. n. 353/1990 ha eliminato il limite del passaggio in giudicato affinché possa prodursi l'effetto espansivo esterno, il problema dell'effetto sostitutivo della sentenza d'appello rispetto a quella di primo grado anche come titolo esecutivo, resta impregiudicato. Anzi, si potrebbe forse dire che la riforma del '90 lo ha aggravato, giacché come si è visto, le Sezioni Unite (n. 1669/1982) già mantenevano aperto uno spiraglio nel quale anche in pendenza del giudizio di cassazione la sentenza di primo grado, come titolo esecutivo, restava in vita consentendo tanto la conservazione degli atti esecutivi compiuti sulla scorta di essa, quanto la prosecuzione dell'azione esecutiva. Il caso allora della riforma di una sentenza esecutiva di primo grado, diventa paradigmatico nello studio della fattispecie di venir meno del titolo esecutivo in corso di esecuzione.

L'unico dato positivo che sembra contemplare una tale fattispecie sembra essere l'art. 653 comma secondo, dettato in materia di opposizione a decreto ingiuntivo, a norma del quale “se l'opposizione è accolta solo in parte, il titolo esecutivo è costituito esclusivamente dalla sentenza, ma gli atti di esecuzione già compiuti in base al decreto conservano i loro effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta”, ed ispirato, sembrerebbe, al principio generale di “conservazione” degli atti giuridici, e legato all'idea del *tempus regit actum*.

Come è noto, ai sensi del primo comma del suddetto articolo, il giudice della causa di opposizione a decreto ingiuntivo che accolga solo in parte le contestazioni dell'ingiunto, non può confermare il decreto entro i limiti in cui la statuizione in esso contenuta sia stata modificata dalla sentenza sull'opposizione. La giurisprudenza della Cassazione descrive

¹⁹⁰ Ne consegue che il datore può allontanare il lavoratore reintegrato in esecuzione della sentenza di primo grado, cessando in ogni caso di retribuirlo.

l'operare di un meccanismo che funziona *ope legis* e che incide sull'ingiunzione determinandone, secondo alcune pronunce la nullità¹⁹¹, secondo altre la revoca¹⁹².

In tali ipotesi le attività esecutive compiute sulla scorta del decreto ingiuntivo successivamente dichiarato nullo (o revocato) restano fatte salve dal disposto dell'art. 653 secondo comma c.p.c., giacché pur essendo il titolo esecutivo costituito esclusivamente dalla sentenza, “gli atti di esecuzione già compiuti in base al decreto *conservano* i loro effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta”.

La giurisprudenza, sulla scorta della riflessione per cui la disposizione in commento rappresenti l'applicazione ai casi di decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo di una norma di più ampia portata, riferibile anche all'avvicinarsi fra provvedimenti di diverso tipo rispetto alla coppia decreto ingiuntivo/sentenza sull'opposizione, reputa che “l'eventuale parziale accoglimento dell'appello proposto in relazione ad una sentenza emessa in primo grado cui segua la pronuncia di una condanna ad un importo ridotto ovvero l'eventuale parziale accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo cui segua la pronuncia di una condanna diversa nel *quantum* rispetto all'ingiunzione originaria non ha effetto sulla procedura esecutiva”, e quindi “l'esecuzione forzata *prosegue* per la realizzazione del credito nei limiti dell'importo riconosciuto in sede di gravame”¹⁹³.

Si potrebbe, allora, sostenere (come fa parte della giurisprudenza) che la norma rappresenti un principio generale di “trasformazione” oggettiva del titolo esecutivo nel corso della procedura?

¹⁹¹ Così Cassazione sez. III, 12 febbraio 1994, n.1421 (Pres. Sciollotta-Lagrange - Rel. Fiduccia), in Giust. Civ. Mass. 1994, p. 147, secondo cui “dall'accoglimento, anche parziale, della opposizione deriva la nullità *ope legis* della ingiunzione, alla quale si sostituisce la sentenza pronunciata sull'opposizione stessa, sicché non è consentito al giudice della opposizione confermare il decreto ingiuntivo entro i limiti in cui la statuizione in esso contenuta non sia stata modificata”.

¹⁹² Così Cassazione sez. III, 24 settembre 2013, n. 21840 (Pres. Massera - Rel. Barreca), in Giust. Civ. Mass. 2013, secondo cui “il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ha ad oggetto l'intera situazione giuridica controversa, sicché è al momento della decisione che occorre avere riguardo per la verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione e dei presupposti di fatto e di diritto per l'accoglimento della domanda di condanna del debitore. Pertanto, la riscontrata insussistenza, anche parziale, dei suddetti presupposti, pur non escludendo il debito dell'originario ingiunto, comporta l'impossibilità di confermarne la condanna nell'importo indicato nel decreto ingiuntivo, che dunque va sempre integralmente revocato.

¹⁹³ Confronta Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova 2017, p. 87.

Una possibile risposta affermativa non potrà che dipendere da due preliminari aspetti: in primis che la regolamentazione generale dettata in materia di decreto ingiuntivo possa rappresentare l'espressione di una più ampia e generale disciplina della *mutatio tituli* in corso di esecuzione; *in secundis* occorrerà indagare se la regola dell'art. 653 comma secondo c.p.c. sia dettata in occasione della disciplina dell'istituto per ribadire una regola generale, o se invece si renda necessaria dalla particolare natura del decreto ingiuntivo.

2.2. - *Tempus regit actum.*

2.2.1. - Breve interludio di teoria generale (l'art. 11 prel.).

Allo stesso modo dello *spazio*, il *tempo* non può venire in rilievo quale elemento della fattispecie, in modo da essere considerato esso stesso un fatto. Esso costituisce piuttosto una *relazione*, un *modo di essere del fatto*¹⁹⁴. Ogni fatto, quindi, si trova calato in un determinato contesto temporale, che ne costituisce mezzo necessario per il suo esistere nel reale. A ben guardare, il tempo (come lo spazio) sono presupposti d'esistenza di qualsiasi fenomeno e, a maggior ragione, di quelli aventi anche una rilevanza giuridica.

La rilevanza giuridica di questi ultimi dipende dall'esser loro presi in considerazione da una norma. Ma la norma giuridica, a ben vedere, è essa stessa il prodotto di un fatto, originando questa da una fonte del diritto che la pone¹⁹⁵.

Se è vero allora che il fatto è ontologicamente legato al tempo, e che il concetto di tempo è legato all'idea di un *prima* e un *poi*¹⁹⁶, il problema del *tempus regit actum*

¹⁹⁴ Così Santoro-Passerelli, *Dottine generali del diritto civile*, Napoli 2012 (ristampa), p. 111.

¹⁹⁵ Si veda Guastini, *Interpretare*, cit., p. 244, secondo cui “in un certo senso, ciò che chiamiamo “norma” è interamente riducibile ad un fatto: nel senso che una norma esiste se, e solo se, qualcuno l’ha posta o creata, e l’atto di porre o creare una norma (i.e. un atto di comando) è precisamente un fatto, un evento che accade nel tempo e dello spazio”.

¹⁹⁶ Così almeno secondo Aristotele, *Fisica*, IV, 10-14, traduzione di Luigi Ruggiu, Milano 2007.

consiste nella scelta se abbinare¹⁹⁷ al fatto la fonte che è esistita *prima* o la fonte che è esistita *poi*.

Considerate sotto il profilo della teoria dell'interpretazione giuridica, i rapporti fra *lex nova* e *lex antiqua* costituiscono (o possono costituire) casi di antinomia. A seconda della tipologia di fonti coinvolte possono applicarsi vari criteri: quando le antinomie si presentano, come nel nostro caso, tra norme provenienti da due fonti distinte, ma del medesimo genere (tecnicamente “pariordinate”), l'antinomia si risolve col far prevalere la norma più recente nel tempo; e ciò sull'assunto che, normalmente, due fonti di pari rango siano state emanate o promulgate in momenti diversi¹⁹⁸. Sotto questo aspetto, dalla regola *tempus regit actum* si tende a virare verso il criterio della *lex posterior*.

Un'altro aspetto di teoria generale che sembra costituire un mero specchio del brocardo *tempus regit actum*, è quello legato alla regola dei “diritti quesiti”.

La locuzione “diritti quesiti”¹⁹⁹, vuole fungere da criterio limitativo di applicazione della *lex nova* rispetto ai fatti preteriti, e che quest'ultima pretende di riqualificare²⁰⁰.

A questa pretesa si oppone *lo jus quaesitum*. Si dice infatti che, coerentemente al disposto dell'art. 11 prel., “il limite di irretroattività si ritiene superato qualora vengano colpiti, dalla nuova legge, i c.d. diritti quesiti, cioè quei diritti (e non aspettative) che sono fatti valere sotto il vigore della nuova legge, ma sono stati acquisiti al patrimonio in epoca precedente”²⁰¹.

¹⁹⁷ O meglio “qualificare”, atteso che il risultato dell'applicazione della norma al fatto è la qualificazione di quest'ultimo in termini legali. Altro problema è invece capire quale sia la dimensione materiale del fenomeno naturalistico da qualificare a monte come “fatto” (anche nei sotto il profilo spaziale e temporale), onde individuare l'ambito oggettivo d'applicazione minimo del principio *tempus regit actum*.

¹⁹⁸ Così Guastini, *Interpretare*, cit., p. 113.

¹⁹⁹ “Dotata di pregnanza espressiva ma non di effettivo intrinseco rigore”, almeno secondo Furguele, voce “Diritti quesiti”, 1989, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino 1989.

²⁰⁰ Secondo Capponi, *La legge e il tempo del processo civile*, in *Otto studi sul processo civile*, Padova 2017, p. 49., quando si parla di riqualificazione si intende il caso in cui, in dipendenza della *lex nova*, all'atto compiuto sotto l'imperio della norma antevigente vengano attribuiti effetti nuovi, o agli effetti originari propri dell'atto prodottisi in coerenza alla norma anteriore, alcuni ne vengano sottratti dalla norma sopravvenuta; dunque rivalutazione degli effetti dell'atto alla luce della norma nuova

²⁰¹ Così Gazzoni, *Manuale*, cit., p. 43.

Alla dottrina dei diritti quesiti si antepone, soprattutto nel modo di impostare il problema, quella del “fatto compiuto”. Secondo quest’ultima dottrina²⁰², unico limite di incidenza della *lex nova* sarebbe il fatto perfezionatosi nei suoi elementi essenziali: dopotutto, se è vero che gli effetti definitivi della norma non possono che verificarsi al concorre di tutti gli elementi della fattispecie (e quindi anche di quelli chiamati “presupposti di efficacia”, e che ben potrebbero occasionarsi sotto l’imperio della *lex nova*), è allo stesso modo vero che, realizzatasi ogni condizione, tali effetti tenderanno però “a decorrere dal momento in cui si è verificato il *fatto principale*: così la successione avviene dal tempo della delazione (art. 459 c.c.), o il rapporto costituito dal negozio condizionato retroagisce al tempo in cui è stato concluso il negozio (art. 1360 primo comma c.c.)”²⁰³.

A differenza dunque del *lex posterior derogat priori*, criterio vuoto e formalistico²⁰⁴, la dottrina dei diritti quesiti e quella del fatto compiuto impostano il problema in maniera sicuramente più fruttuosa, in vista della risoluzione di eventuali problemi pratici.

Nella topica del diritto intertemporale infatti, i problemi nascono generalmente dall’accavallarsi del fatto fra due norme che si succedono:

- 1) vuoi perché il soggetto di una situazione di fatto, che sta evolvendo verso il perfezionamento della fattispecie astratta prevista dalla norma antica, assista alla sostituzione di quest’ultima da parte di una *lex nova*;
- 2) vuoi perché il fatto che si andrà a compiere e che la nuova norma disciplina è comunque l’attuazione di un effetto giuridico astratto sorto sotto l’imperio della norma antevigente;
- 3) vuoi perché si tratta di un fatto costituente attuazione di un effetto giuridico sorto nel vigore della *lex antiqua* e, iniziatane l’attuazione sotto l’imperio di questa, il suo

²⁰² Che avrebbe il pregio di essere spendibile in qualsiasi branca del diritto (trattandosi quella del “fatto compiuto” di categoria generale, a differenza del diritto quesito, nozione apparentemente riferibile ai soli rapporti interprivati).

²⁰³ Così Santoro-Passarelli, *Dottrine generali*, cit., p. 104.

²⁰⁴ E che considera il tempo ed il conflitto di norme nel tempo in un’accezione puramente astratta, e in maniera totalmente avulsa dal fatto (paradossalmente, lo considera *sub specie aeternitatis*!)

definitivo completamento viene temporalmente a collocarsi nella vigenza della *lex nova* (come ad esempio l'esecuzione di un rapporto di durata)²⁰⁵.

Le ultime due ipotesi di sopravvenienza della *lex nova* rispetto ad una situazione (che tecnicamente si definisce) “pendente”, vengono risolti diversamente dai fautori dell'una e dell'altra teoria.

Per i sostenitori dei diritti quesiti, infatti, che la legge non disponga che per l'avvenire, va inteso nel senso che solo i fatti futuri idonei a costituire *ex novo* un intero rapporto siano da assoggettati alla legge nuova, e ciò innanzitutto per ragioni di ordine costituzionale: l'usbergo dello *jus quaesitum* è innanzitutto garanzia contro la libera potestà del legislatore, e ha quindi la funzione di proteggere, sul piano costituzionale, la libertà del singolo di non vedersi espropriato surrettiziamente delle proprie posizioni giuridiche acquisite, attraverso una modificazione della tutela ad esse correlata ad opera di una *lex nova*²⁰⁶.

Un ulteriore argomento sostenuto a vantaggio della dottrina dei diritti quesiti è quello che ricorre al principio di conservazione dei valori normativi²⁰⁷, solitamente accompagnato dal brocardo *utile per inutile non vitiatur*, ed invocato soprattutto nei casi

²⁰⁵ Queste tre figure vengono messe in luce da Caponi, *Tempus regit processum*, in Riv. Dir. Proc. 2006, p. 451.

²⁰⁶ Qualcuno ha finanche sostenuto che il sistema del diritto intertemporale basato sul diritto quesito, sia un vero e proprio sistema di diritto naturale, che per ciò solo si impone alla funzione legislativa, e che questa deve osservare, pena il venir meno della giustificazione della stessa legislazione. Nessuno, probabilmente, è più enfatico al riguardo di quanto lo sia il Gabba della prefazione alla seconda edizione della sua *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino 1884, p. 1, dove equipara i principi sulla legislazione in essa esposti “a una specie di editto perpetuo, che regola in ogni e qualunque maniera il passaggio dal diritto anteriore a quello creato da una legge nuova”

²⁰⁷ Invocato anche dalle Sezioni Unite n. 61 del 2014, al capo 8 della sentenza, le quali, in occasione dell'affermazione che “non è assimilabile alla situazione di mancanza *ab origine* di titolo esecutivo la situazione che viene a determinarsi quando il titolo esecutivo di formazione giudiziale, che sia astrattamente riconducibile alla previsione dell'art. 474 c.p.c., comma 2, n. 1, “venga meno” in ragione delle vicende del processo nel quale si è formato, cioè sia caducato per fatto sopravvenuto”, sottolineano che in tale eventualità, “ai fini dell'applicazione del principio di “conservazione” del processo esecutivo in cui siano presenti creditori titolati, non rileva, né occorre verificare in sede esecutiva e/o oppositiva, se il titolo esecutivo di formazione giudiziale sia venuto meno con efficacia *ex tunc* ovvero *ex nunc*, in ragione degli effetti del rimedio esperito nella sede cognitiva”.

di invalidità del negozio giuridico. Da un lato infatti lo si invoca per salvare il contratto che si compone di clausole in parte valide e in parte invalide (ipotesi che non determina di per sé, ai sensi dell'art. 1419 c.c. la nullità dell'intero contratto, a meno che "i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità"); dall'altro lo si invoca per permettere che una stipulazione nulla possa produrre gli effetti di una stipulazione diversa, della quale contenga i requisiti formali e sostanziali, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse avrebbero stipulato se avessero conosciuto la nullità (art. 1424 c.c.)²⁰⁸.

In materia di atti processuali, invece, il principio di conservazione è enunciato all'art. 159 c.p.c., che termina prevedendo la salvezza degli effetti che l'atto è idoneo a produrre nonostante la nullità, e la caducazione del solo effetto giuridico non prodottosi in quanto impedito dal vizio. Ad ogni modo è da sottolineare che il principio di conservazione dei valori processuali è indeclinabile nella sua variante di "principio di conversione". La prevalente dottrina, infatti, tende ad escludere che la disposizione *de qua* possa rappresentare un'applicazione del principio di conversione dei negozi giuridici in materia di atti processuali, atteso che in questa materia, opererebbe solo su un piano quantitativo, e non già relativamente alla qualificazione dell'atto²⁰⁹. Il principio di conversione, invero, si attua nelle ipotesi in cui ad un *atto imperfetto*, viene fatta acquistare un'utilità ad effetti diversi dal corrispondente *atto perfetto*²¹⁰. Quando invece si considera la nullità "parziale" della citazione per vizio della *in jus vocatio* o dell'*edictio actionis*, la parola citazione viene considerata più come una sintesi verbale diretta ad esprimere la mera sommatoria delle due dichiarazioni di cui si compone: con ciò si vuole dare un esempio di ciò che si intende per operare della "conversione" solo su un piano quantitativo.

²⁰⁸ Per quest'ultima ipotesi in dottrina si dà il caso, per esempio, dell'atto costitutivo di un usufrutto immobiliare, contro un corrispettivo periodico, che si converte in contratto di locazione (Confronta Bianca, *Diritto civile*, III, Milano 2000, p. 632 e ss.)

²⁰⁹ in questo senso Salvaneschi, *Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte*, in Riv. Dir. Proc., 1984, p. 121.

²¹⁰ Ad esempio, la concessione imperfetta di usufrutto verso canone periodico, è utilmente costituita ai fini della produzione degli effetti tipici della locazione, e non già ai fini della produzione degli effetti tipici di una concessione di usufrutto verso canone periodico perfetta; e sempre salva la volontà ipotetica delle parti.

Dunque, si ritiene che, nel dubbio, l'operare di un'invalidità relativamente ad un atto, debba essere considerata in maniera il più possibile recessiva, allorquando esso sia viziato solo in parte o soltanto relativamente ad alcuni e particolari requisiti di forma o sostanza imposti dal modello legale.

L'idoneità quindi della *lex nova* di determinare una nuova qualificazione dell'atto, la renderebbe una norma idonea a provocare sull'atto *de quo* una conversione legale indipendentemente dalla volontà della parte²¹¹.

Va tuttavia dato atto che la speculazione di chi sostiene i diritti quesiti, a ben guardare, poggia sulla premessa secondo cui la qualificazione dell'atto vada compiuta dal punto di vista degli effetti del medesimo (una sorta di “*regressio ad causam*” a partire dagli effetti) e riduce la dottrina dei diritti quesiti a mero corollario che si legittima sulla base di una scelta apodittica di conservazione: poiché non è data, di regola, la riqualificazione unilaterale-autoritativa dell'atto, salva un'espressa clausola di legge, ogni riqualificazione operata mediante quella attribuzione di effetti nuovi (o sottrazione degli effetti antichi) in coerenza alla norma sopravvenuta, è *contra legem*²¹².

Il secondo atteggiamento ricostruttivo, prevalente nella giurisprudenza delle corti italiane, “gura da con più favore al mutamento dei valori giuridici e identifica il principio di irretroattività con il rispetto del *fatto compiuto*”²¹³; e rimprovera ai fautori della dottrina dei diritti quesiti di voler surrettiziamente differire gli effetti della norma sopravvenuta, la quale deve invece essere d'efficacia immediata²¹⁴. Nella dottrina italiana, con “fatto

²¹¹ Nel caso, ad esempio, della intempestiva girata di una cambiale, la legge (art. 24 comma I l. camb.), dispone che l'atto produca “solo gli effetti di una cessione ordinaria”. Ora è proprio in virtù di questo operare ex post sulla qualificazione dell'atto ad indurre i fautori dei diritti quesiti a radicarsi sulla loro posizione, giacché ogni soluzione diversa si porrebbe in contrasto con il principio di non retroattività della legge.

²¹² In conclusione, si ha l'impressione che la dottrina dei diritti quesiti voglia più fungere da strumento di riconferma del principio di conservazione dei valori normativi, che da criterio utile di individuazione e limitazione del dipanarsi degli effetti della norma sopravvenuta.

²¹³ Vedi Caponi, *Tempus regit processum*, cit., p. 453.

²¹⁴ La scelta del fatto quale punto di partenza sembra essere non solo l'opzione ricostruttiva alla quale aderiscono le fonti romane, che parlano di *facta* o di *negotia praeterita*, o *pendentia*, o anche futura, nonché di *causae finitae* o viceversa *pendentes*, ma anche la prospettiva adottata dai giureconsulti cinquecenteschi, i quali (benché parlino sia di *jus quaesitum firmum* che di *jus existens in spe non autem firmiter quaesitum*)

compiuto” vuole indicarsi quel criterio per cui “efficacia retroattiva c’è, non solo quando la nuova legge disconosce le conseguenze già realizzate del fatto compiuto, cioè *distrugge*²¹⁵ i vantaggi già nati, ma anche quando impedisce una conseguenza futura di un fatto già compiuto²¹⁶, per una ragione relativa a questo fatto soltanto; dimodiché la privazione del vantaggio futuro si mostri come un effetto dell’aver compiuto quel fatto determinato. Quando invece la legge nuova regola anche le conseguenze d’un fatto passato che s’avverano sotto il suo impero per se stesse considerate, e non per una ragione relativa a quel fatto²¹⁷, il quale così non vien toccato, non v’ha retroattività, ma applicazione immediata della legge. Sicché non sempre le conseguenze d’un fatto passato debbono essere regolate dalla legge vigente al tempo del fatto che n’è la causa (...) ma quelle le quali non possono venire regolate dalla legge nuova, senza che questa venga così a regolare lo stesso fatto che n’è la causa. Il criterio perciò che serve a discernere è il rapporto di causa ad effetto che passerebbe tra il fatto passato e l’applicazione della nuova legge: la ragione per cui la conseguenza di un fatto passato viene ad essere disconosciuta. (...) La massima ‘la legge non ha forza retroattiva’ significa che il giudice non può applicarla a fatti passati, o sconsuando le conseguenze già avverate, o togliendo efficacia, o attribuendone una diversa, alle conseguenze nuove in base alla sola valutazione del fatto passato”²¹⁸

Chi si pone dalla prospettiva del fatto compiuto, subordina la risoluzione delle due topiche sopra prospettate, alla possibilità di considerare il “fatto nuovo” astrattamente rispetto al fatto antico; in caso contrario il rapporto giuridico legato all’accadere di fatti ulteriori da un vincolo di indiscutibile connessione ai suoi fatti preteriti, viene attratto interamente nell’orbita della legge antica, salvo tutto ciò che, vuoi per sua “intrinseca

si avvalgono della distinzione fra *actus perfectus* ed *actus praeteritus nondum finitus* (Confronta Felino Sandeo, *Commentarium in decretalium libros V*, Venetiis 1574 (o, secondo Giovanni da Imola, *In primum decretalium commentaria*, Venetiis 1575, “*actus fiendus in futuro qui habet ortum ex causa de praeterito*”), per impostare le loro questioni pratiche.

²¹⁵ Si tenga a mente questa particolare proprietà della norma retroattiva, in riferimento al più ampio discorso che verrà svolto di seguito circa la particolare efficacia “restitutoria” della clausola di retroattività.

²¹⁶ E quindi impedisce di dar corso all’attuazione degli effetti giuridici costituiti dal fatto preterito.

²¹⁷ Nel senso che la legge nuova voglia dare una mera disciplina astratta degli effetti, considerandoli in maniera assolutamente avulsa dalle loro cause preterite.

²¹⁸ Così Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, Napoli 1915, p. 108 e ss.

incompletezza”, vuoi perché risultante “dal successivo aggiungersi di parti, in sé tuttavia distinte e pertanto suscettibili di diversificata disciplina senza danno”²¹⁹, potrà senza alcun incomodo essere retto dalla novella.

Relativamente all’avvicinarsi di norme *processuali* nel tempo, la posizione più estremistica è quella che arriva a considerare la litispendenza come un fatto compiuto, o comunque come idonea a generare di per sé “una specie di *diritto processuale acquisito* al mantenimento intatto delle regole processuali vigenti al momento della proposizione della domanda”: *tempus regit processum*²²⁰, sulla scorta di una risalente idea chiovendiana della *perpetuatio jurisdictionis*, alla quale indubbiamente si ispirò il Codificatore, per formulare l’art. 5 c.p.c. .

Chi giunge a conclusioni in tal senso le giustifica sottolineando che la conclusione opposta sarebbe l’esito dell’errore metodologico di argomentare, anche in materia processuale, circa la successione di norme nel tempo, come canonicamente avviene in occasione di ogni discorso sull’efficacia delle norme nel tempo, ove la prospettiva tende inevitabilmente a focalizzarsi prima sulla norma giuridica (procedendosi solitamente muovendo “dal suo ambito di efficacia, per poi individuare le situazioni che vi ricadono”²²¹) e poi sulle peculiarità del fatto da regolare²²².

Il processo invece andrebbe pensato come *actus*, precisamente come *quell’actus trium personarum* di cui già Bulgaro ci parlava in età intermedia²²³. Il problema del processo, infatti, nasce in un momento storico anteriore alla speculazione giuspositivistica astratta sulla norma e sull’ordinamento.

²¹⁹ Così Furguele, *Diritti acquisiti*, cit., p. 370.

²²⁰ Vedi, per l’appunto, Caponi, *Tempus regit processum*, cit., p. 459.

²²¹ Così Caponi, *Tempus regit processum*, cit., p.449.

²²² Ciò dipende dal modo in cui la dottrina moderna descrivere il processo; e cioè come una fredda “fattispecie procedimentale” che si profila ogniqualvolta “ci si trova di fronte ad una serie di norme, ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come lecita o doverosa)” e quando, in riferimento a tale condotta viene enunciato “come presupposto della propria incidenza il compimento di un’attività regolata da altra norma della serie, e così via fino alla norma regolatrice dell’atto finale” (Così Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1994, p. 60).

²²³ Citato da Caponi, *Tempus regit processum*, cit., p. 459.

Lo stesso Savigny²²⁴, inoltre, sottolinea che lo studio della successione delle norme nel tempo può essere svolto da due punti di vista differenti: in alternativa a quello solito infatti, e che parte dalla norma, ci si potrebbe rappresentare *dapprima la situazione da disciplinare per cercare poi la regola di diritto da applicare*.

Se scegliessimo questa seconda tecnica di approccio, arriveremmo alla conclusione che l'*interesse processuale* delle parti in causa è innanzitutto quello di non subire “colpi bassi”, e che le strutture dei processi sono disegnate proprio per garantire un minimo di lealtà ed eticità nella *Hägung* processuale²²⁵.

Prova ne sia che «nella tradizione greco-romana “*genus giudiciale*” significa disputa secondo dati canonici: le arringhe ciceroniane forniscono esempi famosi»²²⁶. Non dovrà allora stupirci che i problemi processuali, che si prospettano al giurista come vere e proprie questioni di diritto, siano stati affrontati nell'antichità da tutti meno che dai giureconsulti (ma da retori, politici, filosofi e quant'altro). Chi voglia approfondire lo *stile* delle cause antiche, non troverà nulla di utile guardando nelle fonti romane, ma dovrà necessariamente dirottare i suoi studi sulla retorica classica²²⁷.

In conclusione, quindi, i problemi principali degli antichi dottori, riguardavano modelli più etici che giuridici e, prima ancora, i *prudentes* neppure consideravano la questione di loro competenza.

²²⁴ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, Berlin 1849, p. 1 ss.

²²⁵ Ciò appare evidente considerando che l'idea di “controversia” (nozione che inevitabilmente porta con sé quella di contraddittorio) non presuppone necessariamente una diatriba attorno ad una “*questio juris*”, potendo anche afferire a problemi teologici, morali, religiosi et cetera. Discorso analogo vale per la parola “giudizio”, enunciato definitivo sulla questione, di per sé idoneo a risolverla (attribuendo a questa o a quella posizione in contrasto, un valore più o meno prevalente, alla stregua di un criterio non necessariamente legale). Sui simboli, gli archetipi e la genealogia dei concetti del processo, si veda Panzarola, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.* 2016, p. 23.

²²⁶ Così Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012, p. 887.

²²⁷ E' grazie a queste puntualizzazioni che possiamo comprendere a pieno perché, secondo Catone, l'ottimo oratore è “*vir bonus peritus dicendi*”: nel senso che da un lato quella perizia gli deriva dalla capacità di padroneggiare logica, dialettica e retorica, arnesi propri non solo del mestiere legale; dall'altro che quel suo essere bonus significa essere etico e leale nello svolgimento della sua attività di difensore. La citazione ci è pervenuta attraverso un passo di Quintiliano, *Institutio oratoria*, XII, 1: “*sit ergo nobis orator, quem constituimus, is, qui a M. Catone finitur, vir bonus dicendi peritus*”.

Ora, “fra quelle regole di etica processuale ve n’era una secondo la quale non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso. Le regole del contraddittorio devono essere previamente conoscibili dalle parti e non devono essere esposte all’alea di modificazione sopravvenute”²²⁸.

Dunque, se la legge non dispone che per l’avvenire, la nuova legge processuale non dispone che per i processi futuri, restando “acquisite” con la litispendenza tutte le norme che in quel momento si presume regoleranno il processo²²⁹.

Talché, l’unica situazione acquisita ed acquisibile, sul piano processuale²³⁰, e meritevole sicuramente di essere “conservata” nella sua integrità, è la litispendenza capace di trascinarsi con sé tutte le norme abrogate “come la chiocciola la propria magione”²³¹.

²²⁸ Caponi, *Tempus regit processum*, cit.

²²⁹ Una concezione del processo secondo cui esso consiste, in fin dei conti, in un’attività di due parti di un rapporto privato, una delle quali affermi la violazione di un proprio diritto da parte dell’altra, diretta ad ottenere una pronuncia inoppugnabile circa la ragione o il torto da parte di un’autorità superiore, che si staglia sullo sfondo ad osservare, quasi come una statua; una concezione del processo secondo cui questo è “cosa delle parti”.

²³⁰ Va segnalata comunque la risalente Cassazione sez III, 5 febbraio 1942, n. 342 (Pres. Azara - Rel. Piacentini), in Foro It. 1942, I, 436, secondo la quale “il principio che le leggi processuali hanno immediata applicazione, trova un limite nei diritti quesiti processuali, fondati sulla regola generale che chi abbia posto in essere alcuni atti in conformità della legge vigente, a diritto a quegli utili effetti giuridici costituenti lo scopo al quale gli atti stessi erano, come mezzo, preordinati. In sostanza lo *jus superveniens*, anche per le leggi di diritto pubblico, comprese quelle di carattere processuale, ha immediata applicazione relativamente ai fatti giuridici già compiuti, ma non esauriti sotto il precedente ordine giuridico, solo quando ciò sia stabilito dalla legge”. Nel caso di specie la proponibilità di quel tipo di domanda (allora già incardinata davanti all’Autorità Giurisdizionale Ordinaria) era stata successivamente subordinata per legge al previo tentativo di conciliazione dinnanzi al sindacato provinciale dei medici. Ci si potrebbe domandare, allora, se nel caso di specie il riferimento ai “diritti quesiti processuali” alludesse alla litispendenza come situazione acquista “*per avulsionem*” o ad un qualcosa di più, riferibile a singoli atti della serie processuale.

²³¹ La colorita espressione è di Capponi, *Che cosa è retto dal tempus*, in Riv. Dir. Proc., 2019, p. 180. A una conclusione siffatta è possibile giungere in fin dei conti, anche senza scomodare la Storia, considerato il fatto che con l’espressione “azione” vogliamo indicare quella situazione giuridica globale (o composita), frantumata in tante parti quanti sono i poteri da svolgere per dare corso alla serie processuale, e che l’atto di proposizione della domanda vale quale titolo acquisitivo della totalità dei poteri ulteriori, almeno secondo

Questa tesi, sicuramente seducente, si pone tuttavia in chiaro contrasto con il dettato normativo, ed ostacola oltremodo l'applicazione della *lex nova*. E' indubbiamente più serio allora aderire a quella ricostruzione (sicuramente più elaborata), che viene adottata da chi ammette che anche *all'interno* del processo è possibile distinguere fra atti ad effetti esauriti ed atti ad effetti pendenti, ribadendo che considerare la proposizione della domanda (e quindi la litispendenza) come unico atto rilevante dal punto di vista degli effetti, e concepire il procedimento come un mero cumulo di atti ad effetto finale unico, non è tesi meritevole di accoglimento, essendo il procedimento “una serie di atti ed una serie di effetti causalmente collegati sino all'effetto conclusivo”²³².

L'idea *tempus regit processum* si scontra poi con la realtà stessa del processo, “che non ha un solo tempo, ma *più tempi coordinati* con la realizzazione di singoli atti che facilmente potranno ricadere sotto la vigenza di leggi processuali diverse”, e quindi “tra le tante variabili che un'attività estesa nel tempo inevitabilmente pone, vi è quella della successione delle norme processuali”²³³.

Recuperando il necessario distinguo fra atti futuri avulsi da ragioni afferenti fatti preteriti e viceversa, si rimarca che un particolare modo di atteggiarsi del conflitto di leggi processuali nel tempo, è quello del “*conflitto rispetto agli atti successivi*”, che va distinto dal “conflitto rispetto all'atto”, emergente quest'ultimo allorquando si tratti di stabilire a quale delle norme che si succedono l'atto debba essere soggetto²³⁴.

Una volta individuata la disciplina astrattamente applicabile all'atto (risolta cioè la questione di diritto intertemporale), occorrerà rendere tale atto coerente con la serie degli atti successivi, soggetti alla legge sopravvenuta (emergendo in tal caso una questione di diritto transitorio).

Il conflitto rispetto agli atti futuri, dunque, si presenta nelle ipotesi in cui l'applicazione della *lex nova* rispetto al fatto nuovo, disciplinerebbe l'atto della serie in maniera incoerente e disarmonica rispetto agli atti preteriti: “se ogni atto del processo non

la definizione che grosso modo ne danno Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2016, p. 35.

²³² Così Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1955, p. 135.

²³³ Così Capponi, *La legge e il tempo*, cit., p. 46.

²³⁴ Capponi, *La legge e il tempo*, cit., che bolla il principio *tempus regit processum* come conservatore e senza fondamento positivo alcuno.

può che avere un suo tempo, e se il conflitto di norme insorge allorché atti successivi della serie risultino soggetti a leggi diverse (appunto perché mutate nel tempo) la situazione andrà risolta identificando, in relazione al singolo atto, la norma applicabile (risultato che chiama una soluzione di diritto intertemporale, inteso come *diritto di risoluzione dei conflitti*) e quindi rendendo tale atto coerente con la serie degli atti successivi, soggetti alla legge sopravvenuta (risultato che chiama, o dovrebbe chiamare, una soluzione di diritto transitorio, inteso come *diritto di raccordo tra vecchio e nuovo*)”²³⁵. In buona sostanza, la legge anteriore si conserva solo in riferimento ai fatti sopravvenuti in vigenza della norma sopravvenuta “*quae nullo modo sunt separata, sed omnino connexa cum praeteritis, et habent omnimodam dependentiam*”²³⁶.

La tendenza ad applicare la novella anche agli atti del processo incardinato precedentemente alla sua entrata in vigore troverà ovviamente il limite di quelli che la giurisprudenza (a dire il vero ormai risalente) ha definito “diritti quesiti processuali”²³⁷, fermo restando che il conflitto di norme va sempre riferito al singolo atto in relazione al tempo del suo compimento, e non all’intero processo: “applicazione immediata della legge sopravvenuta significa che gli atti di identica natura, posti in essere dopo la riforma, saranno soggetti alle nuove regole; ma l’identica regola non vale, però, per gli atti di identica natura preesistenti alla riforma, i quali non potranno che restare soggetti alla disciplina che essi avevano al tempo del loro compimento, e ciò sebbene i loro effetti permanenti si proiettino oltre il termine di efficacia nel tempo di quella stessa disciplina. (...) Possiamo quindi concludere che si ha retroattività della legge processuale non soltanto allorché si pretenda di applicare la legge sopravvenuta ad atti posti in essere (perfezionatisi nella loro giuridica fattispecie) prima dell’entrata in vigore della legge nuova, ma anche quando si pretenda di associare, a quegli stessi atti, effetti processuali ed extraprocessuali che gli stessi non avevano in base alla legge del loro tempo”²³⁸. Si pensi all’ipotesi in cui, ad esempio, la cambiale venga cancellata per legge dal catalogo

²³⁵ Capponi, *La legge e il tempo*, cit.

²³⁶ Vedi Felino Sandeo, *Commentarium*, cit.

²³⁷ Capponi, *La legge e il tempo*, cit., p. 47.

²³⁸ Capponi, *La legge e il tempo*, cit., p. 53.

dei titoli esecutivi, o a quella dell'attribuzione mediante la *lex nova* dell'efficacia esecutiva ad un titolo giuridico già perfezionatosi²³⁹.

La ricostruzione appena prospettata ha un duplice pregio: permettere l'applicazione *più immediatamente* della novella, reputata foriera di norme sicuramente più giuste ed opportune²⁴⁰ e consentire, attraverso una "teoria generale del diritto transitorio"²⁴¹, di supplire alle carenze di disciplina transitoria imputabili al Legislatore contemporaneo che, a differenza del Codificatore del '40, tende a trascurare sempre più sovente di porre disposizioni *ad hoc* dirette a gestire in armonia e coerenza la transizione fra vecchia e nuova legge²⁴².

2.2.2. – Il decreto d'ingiunzione come idea generale di giurisdizione dal punto di vista del creditore.

La "naturale" efficacia esecutiva, nel sistema così come delineato dal legislatore del '40, competeva alla sentenza d'appello. Per quanto riguarda la sentenza di primo grado, invece, i presupposti della provvisoria eseguibilità del *dictum* erano descritti

²³⁹ Gli esempi si sono frequentemente prospettati nella recente esperienza giuridica italiana; vengono puntualmente passati in rassegna da Capponi, *La legge e il tempo*, cit., p. 50. L'esempio più eloquente è quello delle sentenze di primo grado già pubblicate al tempo in cui veniva attribuita la generalizzata provvisoria esecutività delle stesse ad opera della Legge 353/90, in riferimento alle quali si pose il dubbio se avessero o meno anch'esse, benché anteriori alla novella, virtù esecutive. Analogamente per le scritture private, autenticate in data anteriore al momento di entrata in vigore della legge 80/2005, o delle poste contabili, scritturate anteriormente all'entrata in vigore della Legge 263/2005, relativamente alle quali si pose il problema della loro possibile qualificazione come titoli esecutivi.

²⁴⁰ Almeno ad insindacabile giudizio del "Principe".

²⁴¹ Alla ricostruzione della quale contribuirà molto la giurisprudenza costituzionale, come affermato da Capponi, *La legge e il tempo*, cit., p. 42, il quale resta "consapevole del fatto che, quando il legislatore non detta regole di diritto transitorio (...) occorrerà far capo a nozioni maturate in ambiente civilistico (quali "diritto acquisito", "fatto compiuto", nella prospettiva dell'atto; "legittima aspettativa", tutela dell'affidamento" nella prospettiva del soggetto) in relazione all'attività processuale realizzata applicando la legge abrogata, nonché ai principi generali del processo e a quelli costituzionali sulla tutela dei diritti, che debbono dal canto loro garantire l'unità e la coerenza interna dei procedimenti giudiziari ogni volta che il legislatore ometta di curare gli opportuni raccordi."

²⁴² Concordi sul punto Caponi e Capponi.

nell'art. 282 c.p.c., che così disponeva: “su istanza di parte, la sentenza appellabile può essere dichiarata provvisoriamente esecutiva tra le parti, con cauzione o senza, se la domanda è fondata su atto pubblico, scrittura privata riconosciuta o sentenza passata in giudicato, oppure se vi è pericolo nel ritardo”. Il discorso legislativo continuava sulla stessa lunghezza d'onda, disponendo che l'esecuzione provvisoria fosse sempre concessa, e sempre su istanza di parte, “nel caso di sentenze che pronunciano condanna al pagamento di provvisionali o a prestazioni alimentari, tranne quando ricorrono particolari motivi per rifiutarla”. A seguito della L. n. 353/1990, invece, la provvisoria esecutività è stata generalizzata per ogni sentenza di primo grado.

Nel caso prospettato sopra di efficacia provvisoriamente esecutiva della sentenza di primo grado, l'azione esecutiva veniva e viene conferita sulla scorta di un accertamento completo ed esaustivo del rapporto concretamente intercorrente fra le parti, che tuttavia resta soggetto a controllo e a revoca attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione.

In altri casi tuttavia la tutela giurisdizionale si focalizza principalmente sull'esecuzione, e sia il *quantum* (condanna sulla scorta di accertamento limitato a determinate questioni) che il *quomodo* (condanna sulla scorta di accertamento puramente deliberatorio) di cognizione viene ridotto in ragione dell'interesse del preteso creditore di realizzare il prima possibile la propria pretesa.

Benché la Legge si focalizzi sull'aspetto esecutivo, certamente nessuno dubita che essa aspiri ad offrire il titolo esecutivo solo e soltanto al creditore, e che valga in linea di principio la regola per cui il diritto di procedere ad esecuzione forzata compete solo e soltanto al creditore; tuttavia istituti come la condanna con riserva ed il decreto ingiuntivo, dimostrano che, affinché la funzione esecutiva propria dello Stato possa concretarsi, non è assolutamente necessaria una cognizione *piena ed approfondita* sull'intera controversia. In tali casi “la funzione esecutiva prevale sulla funzione di accertamento”²⁴³

In queste particolari figure di condanna, infatti, l'ordine di pagamento al creditore viene impartito a seguito di una cognizione *sommatoria*, per conseguire il più rapidamente possibile l'accesso all'esecuzione forzata.

Nel sistema del codice anteriore alle recenti riforme, i tipici istituti in cui veniva adoperata questa particolare tecnica processuale, e che continuano ancora oggi a

²⁴³ Così Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Milano 1936, p. 549.

sopravvivere, erano la condanna con riserva ed il decreto ingiuntivo, istituti storicamente derivanti dal *processus executivus* documentale e, rispettivamente dal *praeceptum de solvendo cum e sine clausola justificativa*²⁴⁴.

La condanna con riserva può aversi ad esempio «in causa cambiaria per condanna al pagamento del titolo di credito, a norma dell'art. 65 r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669: dove la riserva si riferisce non più alle sole eccezioni personali all'attore, che non siano “fondate su prova scritta” e “liquida o di pronta soluzione” (c. comm. 323), ma a tutte, in genere, le “eccezioni di lunga indagine”; la istruttoria delle quali viene rimandata in prosecuzione del giudizio, che diviene di cognizione ordinaria»²⁴⁵; nelle ipotesi di opposizione in compensazione di controcredito fondato su titolo controverso o difficilmente accertabile (art. 35 c.p.c.) e di domanda riconvenzionale fondata, allo stesso modo, su titolo controverso o difficilmente accertabile (art. 36 c.p.c.); in tutti quei casi in cui si faccia valere il diritto conseguente ad una stipulazione alla quale sia stata apposta una clausola limitativa della proponibilità di eccezioni ai sensi dell'art. 1462 c.c. (facoltà, quest'ultima che sembra attribuire all'autonomia privata il potere di creare casi “atipici” di condanna con riserva, costituendo una vera e propria forma di autotutela consensuale con prevalente funzione esecutiva ²⁴⁶).

²⁴⁴ Su queste due particolari figure di condanna si veda Longo, voce “*Esecuzione forzata (Diritto intermedio)*”, in “*Novissimo digesto*”, Torino 1958.

²⁴⁵ Così Betti, *Diritto processuale*, cit., p. 568

²⁴⁶ La definizione è di Betti, *Diritto processuale*, cit., p. 47. Sotto l'imperio del codice di procedura civile antecedente questa opzione negoziale non trovava riscontro in alcun dato positivo. Non a caso il Betti ammoniva di “procedere più che guardinghi” nel giudizio di ammissibilità di una clausola siffatta: “sia perché qui si presenta meno netta la distinzione fra autotutela e autonomia privata (questa funge da mezzo per quella) sia perché di conseguenza, qui si afferma più prepotente la tendenza ad oltrepassare i confini posti dall'ordinamento processuale”. Infatti, secondo l'illustre giurista, il discorso attorno all'ammissibilità di una stipulazione di siffatto contenuto non va ridotto ai principi regolanti l'autonomia privata e la disponibilità dei diritti soggettivi. “La verità è che, oltre e avanti l'interesse privato in conflitto con altro interesse privato, è in giuoco un interesse pubblico della società intera: l'interesse, vogliamo dire, a che i conflitti d'interesse fra privati vengano composti attraverso un procedimento tale da escludere sopraffazioni”. La questione quindi “concerne la possibilità, pei privati, di derogare così al principio che riserva allo Stato la tutela processuale del diritto, come alle norme che governano i presupposti e il modo dell'esecuzione e della difesa in giudizio, nonché il modo e presupposti delle misure cautelari opponibili sotto l'imperio di quel principio”.

Per quanto riguarda il decreto ingiuntivo, la cui esecutorietà è subordinata alla mancanza di opposizione²⁴⁷, esso “s’impertina sopra un congegno che inverte l’onere e l’iniziativa del contraddittorio dall’attore al convenuto e posticipa la contestazione di questo rendendola solo eventuale: nel senso ch’essa possa susseguire alla notifica dell’ordine del giudice per onere e iniziativa di esso convenuto, in certe ipotesi di fatto nelle quali, agli occhi della legge, è normale e generalmente prevedibile che l’iniziativa non sia presa se non si riterrà di avere qualcosa di utile da dire”²⁴⁸.

Quando il decreto ingiuntivo viene emesso a tutela di un “credito fondato su cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato (...) ovvero se il ricorrente produce documentazione sottoscritta dal debitore comprovante il diritto fatto valere” (art. 642 c.p.c.), l’ingiunzione viene emanata *sine clausola justificativa*.

In tali casi l’immediata eseguibilità del decreto si giustifica in ragione del rapporto di continenza che intercorre fra il catalogo dei titoli esecutivi (art. 474 c.p.c.) e quello dei titoli ingiuntivi (art. 633 c.p.c.); nel caso invece di titolo meramente ingiuntivo, l’ordine di pagamento *sine clausola justificativa*, sarà pronunciabile solo nel caso di “pericolo di grave pregiudizio nel ritardo”.

E’ noto d’altra parte che il provvedimento monitorio si caratterizza (come già sopra evidenziato) per il fatto di essere congegnato in modo da comprimere il più possibile l’eventualità del verificarsi di un concreto contraddittorio, che rimane a tal punto sullo sfondo (l’unica reazione è esercitare un’azione ordinaria, e cioè l’opposizione a decreto ingiuntivo) da far sì che nella mente dell’interprete, fra le prime idee da associare al concetto di decreto ingiuntivo, appaia immediatamente l’immagine del provvedimento emanato “*inaudita altera parte*”. Dinamica assolutamente identica a quella delle

²⁴⁷ Così va intesa l’espressione “*cum clausola justificativa*”, e cioè nel senso che l’esecutorietà vada intesa come sospensivamente condizionata alla mancata proposizione dell’opposizione. In tal senso si veda Segni, *Giudizio di verifica di crediti ed estensione del giudicato*, in Riv. Dir. Comm. 1941, p. 100, secondo cui “la parte, nel domandare il provvedimento speciali, condizionatamente al suo accoglimento chiede anche il provvedimento ordinario, nel quale si tramuta, automaticamente, sotto certe condizioni, il provvedimento dell’accoglimento dell’azione speciale. Nel provvedimento speciale, che accoglie la domanda, è contenuto, sotto condizione, il provvedimento ordinario sullo stesso oggetto”. Dunque “nel provvedimento speciale di accoglimento è inserito un provvedimento ordinario *sub conditione*”.

²⁴⁸ In questo senso Betti, *Diritto processuale*, cit., p. 569.

opposizioni esecutive, dove l'eccezione deve farsi azione, e venir svolta nelle forme di un giudizio ordinario.

Il decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo allora, è un vero e proprio ordine di pagamento *sine clausola justificativa* ed *inaudita altera parte*, emanabile sulla base di una mera prova scritta, secondo la giurisprudenza anche proveniente da terzo (*sic!*)²⁴⁹.

Ora però la totale anomalia del provvedimento appare, in tutte le sue distorsioni, solo quando lo si osserva dall'angolo prospettico della tutela giurisdizionale dichiarativa; una tutela che si nutre in ogni suo scorrere, della linfa del contraddittorio, e nella quale alberga, in linea di principio, l'immagine di un'azione esecutiva come *actio judicati*, ed un deciso ideale di parità delle armi.

Se consideriamo invece la tutela giurisdizionale *nella sua effettività esecutiva*, non v'è istituto più paradigmatico del decreto ingiuntivo (e specularmente più diseconomico e ridondante del giudicato) per poter gettare le basi di una riflessione sulla tutela d'accertamento con prevalente funzione esecutiva *in generale*.

Se da un lato il Codice Civile considera l'esecuzione forzata “su un piano meramente statico ed astratto, nel quadro della disciplina dei rapporti²⁵⁰”; e se dall'altro le norme formali ed analitiche contenute nel libro terzo non sono altro che le istruzioni di corretta utilizzazione “interna” del titolo esecutivo, allora la disciplina del decreto ingiuntivo rappresenta la normativa generale e sintetica circa le vicende del titolo

²⁴⁹ Una per tutte Cassazione civile sez. I, 24 luglio 2000, n. 9685 (Pres. Olla - Rel. Verucci), in Giust. civ. Mass. 2000, p. 1611, secondo cui “costituisce prova scritta, atta a legittimare la concessione del decreto ingiuntivo a norma degli art. 633 e 634 c.p.c., qualsiasi documento proveniente non solo dal debitore, ma anche da un terzo, purché idoneo a dimostrare il diritto fatto valere, anche se privo di efficacia probatoria assoluta (quale, avuto riguardo alla sua formulazione unilaterale, la fattura commerciale), fermo restando che la completezza della documentazione esibita va accertata nel successivo giudizio di opposizione, a cognizione piena, nel quale il creditore può provare il suo credito indipendentemente dalla legittimità, validità ed efficacia del provvedimento monitorio, allo stesso modo in cui il debitore può dimostrare la insussistenza del preteso diritto. Anche la sentenza di condanna generica, inidonea “ex se” a fondare l'azione esecutiva in ordine ad una determinata pretesa, è utilizzabile come atto scritto idoneo a dimostrare l'esistenza del credito fatto valere, la prova del cui ammontare ben può essere desunta da un diverso documento.

²⁵⁰ Così Satta, *Trattatello*, cit., p. 341., fermo restando che neppure il processualista “puro” può prescindere dalla connessione fra il contenuto del provvedimento giurisdizionale ed il diritto che ne scaturisce sul piano sostanziale.

esecutivo *osservato dall'esterno*, e considerato sotto la prospettiva *dinamica* dell'esercizio del diritto di credito.

Quali ricadute potrà avere allora per il creditore una eventuale variazione del modo di essere o della qualificazione della sua posizione nell'opinione che di essa se ne fa l'ordinamento giuridico, in pendenza dell'esercizio del suo diritto *in executivis*? Quale particolare figura assumerà la sua posizione quando egli venga *ab extra* inibito nell'esercitare il suo diritto?

Nel primo caso ci stiamo ponendo un problema circa la connessione fra esercizio del diritto di credito *in atto* e gli snodi del giudizio pendente nel quale lo stesso è dedotto; nel secondo le ipotesi di arresto temporaneo o definitivo dell'esercizio del credito. Banalmente, di “vicende del titolo esecutivo giudiziario nell'esecuzione forzata”.

Occorre puntualizzare tuttavia che la risposta alla domanda “cosa accade allorquando il soggetto si comporti *come se* fosse un creditore, pur non essendolo, esercitando *di fatto* il potere che tipicamente compete al creditore?”²⁵¹, ci viene fornita dall'art. 474 c.p.c., ed a ben guardare non involve una questione in materia di vicende del titolo esecutivo.

In conclusione, nel sistema così come delineato dal Codificatore del '40, la disciplina dinamica e sintetica della tutela esecutiva, e che si poneva a cavallo fra il libro VI c.c. (disciplina statica e sintetica) e il libro III c.p.c. (disciplina dinamica e analitica), è contenuta sotto-traccia negli istituti che regolano il meccanismo processuale che *illo tempore* risultava più confacente alle esigenze di tutela del ceto creditorio.

²⁵¹ Interrogativo che sembra rievocare l'idea del “possesso del credito”. Si veda al riguardo Arangio-Ruiz, *Istituzioni*, cit., p. 281, secondo cui “non può esser oggetto di meraviglia che la scienza moderna, riprendendo il pensiero bizantino nella sua tendenza più originale, voglia considerare come possesso di diritto qualunque situazione di fatto corrispondente ad una situazione giuridica”. Partendo dai diritti reali e passando per gli altri diritti che rispetto ad essi hanno struttura analoga, come gli status ad esempio, ci spiega l'illustre autore che il passo è breve per arrivare a contemplare un'idea di possesso relativamente ai diritti di credito, ed in generale, ad ogni rapporto patrimoniale; “proseguendo ancora oltre, si giunge a rappresentarsi l'ordinamento giuridico non più come un sistema di diritti soggettivi e doveri giuridici, ma come la sovrapposizione di due sistemi, l'uno succedaneo all'altro: il sistema dei diritti e il sistema dei possessi”.

La recente legislazione italiana in materia processuale²⁵² presenta fra i tratti che la contraddistinguono l'aver massicciamente ampliato l'inventario dei titoli esecutivi, e sicuramente fra i titoli giudiziali ve ne sono stati introdotti di nuovi che possono sicuramente competere sul piano della rapidità della soddisfazione del creditore, col caro vecchio decreto ingiuntivo.

In effetti, “gli orientamenti consolidatisi sino alle riforme processuali degli anni 1990-1995 hanno dovuto in séguito confrontarsi con la realtà dei provvedimenti anticipatori sommari (artt. 186 *bis*, *ter* e *quater* c.p.c.), che possono costituire titolo esecutivo anteriormente alla sentenza di merito; con quella dei provvedimenti cautelari recanti condanna al pagamento di somme (art. 669 *duodecies* c.p.c.) e con la realtà dello stesso art. 282 c.p.c., che ha assegnato (apparentemente) a tutte le sentenze di primo grado l'esecutorietà provvisoria. In tal modo, la *normale* efficacia esecutiva, che nel sistema del 1942 apparteneva senz'altro alla sentenza d'appello (pur essendo prevista la possibilità che la sentenza di primo grado fosse munita della clausola di provvisoria esecuzione, per altro legata al riscontro di rigorosi presupposti), è divenuta caratteristica propria della sentenza di primo grado, nonché di provvedimenti, generalmente aventi forma di ordinanza, pronunciati prima di quella sentenza. (...) Il quadro dell'esecuzione forzata ne è risultato profondamente mutato; se, da un lato, l'accesso al processo esecutivo è stato anticipato e facilitato, dall'altro lato i titoli in base ai quali l'esecuzione può essere intrapresa sono risultati meno stabili, e più effimeri. La giurisprudenza orientata sul solo decreto ingiuntivo, quale titolo giudiziale di rapidissima formazione suscettibile di divenire titolo esecutivo già *ex abrupto* (art. 642 c.p.c.) o anche in corso d'opposizione (art. 648 c.p.c.), ha dovuto confrontarsi con fattispecie molto più numerose e più frequenti”²⁵³.

2.2.3. - Potenziali ermeneutici dell'art. 653 c.p.c.

²⁵² Passata severamente in rassegna da Capponi nelle prefazioni alle varie edizioni del suo *Manuale*, che ha già raggiunti la quinta edizione (Torino 2017).

²⁵³ Come scrive Capponi, *Manuale*, cit., p. 131.

Per le ovvie ragioni illustrate al paragrafo precedente, la questione sulla caducazione degli accertamenti provvisori si è quasi sempre verificata in occasione di titoli esecutivi costituiti da provvedimenti monitori.

Anche Cassazione n. 3531/2009, nella giurisprudenza che richiama, ed alla quale “intende dare corso” rievoca Cassazione n. 5192/1999, occasionata anche essa da un’esecuzione intrapresa sulla scorta di decreto ingiuntivo opposto, poi venuto meno²⁵⁴. Ora, poiché la natura dell’opposizione ex art. 645 c.p.c. risulta discussa, è evidente che anche la relativa sentenza di rigetto si porterà con sé i dubbi che emergono in sede di qualificazione dell’impugnazione ex art. 645 c.p.c.

Il motivo per cui non può concludersi in modo eccessivamente piano che l’opposizione ex art. 645 c.p.c. abbia un carattere sostitutivo, dipende dal fatto che ai sensi dell’art. 653 comma primo c.p.c., sembrerebbe che nell’ipotesi di rigetto totale dell’opposizione (e quindi di conferma del decreto ingiuntivo) il titolo esecutivo resti costituito dal provvedimento impugnato.

Ai sensi dell’art. 653 comma primo c.p.c. “se l’opposizione è rigettata con sentenza passata in giudicato o provvisoriamente esecutiva, oppure è dichiarata con ordinanza l’estinzione del processo, il decreto, che non ne sia già munito, acquista efficacia esecutiva”. La norma suscita parecchie perplessità: *in primis* quella di una sentenza di mero accertamento negativo del credito (tale non potrebbe che esser quella di

²⁵⁴ Cassazione, sez. III, 28 maggio 1999, n. 5192 (Pres. Vittoria - Rel. Di Nanni), in Riv Esec. Forz. 2000, con nota di Capponi, *Revoca del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e opposizione all’esecuzione per difetto sopravvenuto di titolo esecutivo*. Nel caso di specie si trattava di stabilire se l’esecuzione forzata avrebbe potuto restare in piedi nonostante la revoca del decreto ingiuntivo per ragioni di rito (come è noto, il giudizio d’opposizione a decreto ingiuntivo ricomprende un duplice oggetto: da un lato i presupposti per l’emanazione dell’ingiunzione, dall’altro il merito della pretesa dell’opposto) ordinata con sentenza non definitiva, che disponeva l’ulteriore prosecuzione del giudizio d’opposizione per l’accertamento della fondatezza del credito. Nonostante il merito del credito fosse rimasto impregiudicato (essendosi pronunciato il giudice dell’opposizione con la sentenza non definitiva solo sull’“oggetto speciale di rito”), nondimeno il provvedimento di rimozione del decreto, prevalendo su quest’ultimo in base alla regola generale per cui i provvedimenti a cognizione piena prevalgono su quelli sommari (art. 669 *terdecies* c.p.c.), ha determinato un difetto sopravvenuto di titolo esecutivo. L’art. 653 comma secondo c.p.c., infatti, presuppone un avvicendamento fra decreto ingiuntivo e sentenza del merito contestuale.

rigetto dell'opposizione ex art. 645 c.p.c.) alla quale possa apporsi una clausola di provvisoria esecuzione.

Per alcuni infatti “la sentenza che rigetta nel merito l'opposizione ad un decreto d'ingiunzione, si risolve in realtà, in una sentenza di condanna del creditore ingiunto, che sostituisce al provvedimento giurisdizionale di condanna contenuto nel decreto impugnato” analogamente a quanto può dirsi in riferimento ad i rapporti intercorrenti fra sentenza di primo grado e sentenza d'appello. È quindi la sentenza di rigetto che, se dichiarata provvisoriamente esecutiva (ovvero *a fortiori* se pronunciata in grado di appello, o passata in giudicato) ha efficacia di titolo esecutivo nei confronti dell'intimato”²⁵⁵.

Non v'è dubbio allora che nell'opinione di chiunque predichi la natura sostitutiva dell'opposizione ex art. 645 c.p.c., l'art. 653 comma secondo c.p.c. rappresenti l'epifenomeno di un più generale principio da riferire in generale alla successione oggettiva fra titoli esecutivi, essendo il comma secondo dell'art. 653 c.p.c. noma ben formulata, a differenza del comma primo del medesimo articolo, dalla “imprecisa dizione letterale”; anzi, l'art. 653 comma secondo costituirebbe addirittura la riprova “che la sentenza parziale di rigetto dell'opposizione è una sentenza di condanna: onde tale non può essere, a maggior ragione, la sentenza di rigetto”.

Una recente sentenza delle Sezioni Unite²⁵⁶ sembrerebbe dare invece all'opposizione ex art. 645 c.p.c. la qualificazione di impugnazione sostitutiva *secundum eventum litis*²⁵⁷.

²⁵⁵ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano 1990, p. 224. Un'ulteriore considerazione circa la possibilità di qualificare l'opposizione ex art. 645 c.p.c. come mezzo generico di gravame ci viene indotta dal fatto che, a seguito della novella n. 353/1990, è venuto meno il paradosso per cui al decreto già esecutivo potesse essere privata la provvisoria esecutività nonostante la conferma.

²⁵⁶ Cassazione Sezioni Unite, 22 febbraio 2010, n. 4071 (Pres. Carbone - Rel. Nappi), in Riv. Esec. Forz. 2011, con nota di Santagada, *Estinzione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in sede di rinvio: inammissibilità di una “reviviscenza” del decreto caducato*, in Corr. Giur. 2010, p. 732, con nota di Negri, *Estinzione del giudizio di opposizione in fase di rinvio e resurrezione del decreto ingiuntivo secundum eventum litis* e in Riv. Dir. Proc. 2011, p. 473, con nota di Rizza, *Sul passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo in caso di estinzione del processo dopo il giudizio di cassazione*.

²⁵⁷ Categoria di impugnazione ideata *ad hoc* dal Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, Roma 1956, p. 136 ss.

Va premesso che l'esigenza qualificatoria sorta in sede giurisprudenziale dipende dall'apparente concorso fra l'art. 653 comma primo c.p.c. e l'art. 393 c.p.c., dettato in materia di giudizio di rinvio. Ai sensi dell'art. 393 c.p.c., infatti, se a seguito della cassazione con rinvio la riassunzione non avviene entro il termine di tre mesi "o si avvera successivamente a essa una causa di estinzione del giudizio di rinvio, l'intero processo si estingue; ma la sentenza della corte di cassazione conserva il suo effetto vincolante anche nel nuovo processo che sia instaurato con la proposizione della domanda". Nell'ipotesi allora in cui la sentenza oggetto del giudizio di cassazione si sia pronunciata in materia di opposizione ex art. 654 c.p.c., ci si potrebbe domandare se l'art. 393 c.p.c. non debba recedere davanti all'art. 653 comma primo c.p.c.

Nella logica delle Sezioni Unite n. 4071/2010, poiché il titolo esecutivo sarebbe costituito dalla sentenza che definisce l'opposizione, ai sensi dell'art. 653 comma secondo c.p.c., solo nel caso di rigetto/accoglimento parziale della stessa, l'intero processo si estinguerebbe per la mancata riassunzione del giudizio di rinvio solo quando il decreto ingiuntivo non venga confermato *in toto*. In caso contrario all'estinzione ex art. 393 c.p.c. conseguirebbe il passaggio in giudicato del decreto d'ingiunzione per l'operare della norma secondo cui l'estinzione del giudizio d'opposizione fa sì che anche il decreto che non ne sia già munito, acquisti esecutorietà. Una massima in tal senso, tuttavia, se presa alla lettera, sarebbe foriera di numerose aporie: *quid juris* se la conferma del decreto venga riformata in appello, o viceversa, l'appello confermi il decreto ingiuntivo revocato dalla sentenza di primo grado che ha accolto l'opposizione? In tal caso si rischierebbe, a ben guardare, di predicare una sorta di "reviviscenza" dell'ingiunzione, giacché dall'estinzione del processo ex art. 393 c.p.c. conseguirebbe il passaggio in giudicato di un provvedimento già assorbito da una sentenza poi annullata, oltre di aderire ad un paradosso secondo cui la sentenza che, fra le due, abbia confermato il decreto ingiuntivo non sopravviverebbe, ma nondimeno l'accertamento sommario portato dal decreto passerebbe in cosa giudicata!²⁵⁸ Per non incappare in contraddizione, allora, si renderebbe

²⁵⁸In questo senso anche Capponi, *Interpretazione degli articoli 653 e 393 c.p.c. (passando per gli artt. 310 e 338 c.p.c.: un concorso di discipline soltanto apparente)*, in Riv. Esec. Forz. 2010, p. 519. Come rileva l'autore sembrerebbe che si voglia che "nel caso appunto di rigetto, non operi il normale effetto sostitutivo della sentenza sul decreto", "stante che, letteralmente, è il decreto ad acquistare "efficacia esecutiva". Ciò,

necessario “emendare” la massima delle Sezioni Unite n. 4071/2010, nel senso che il passaggio in giudicato del decreto d’ingiunzione a seguito dell’estinzione del giudizio di rinvio sia subordinato ad una “doppia conforme” fra sentenza di primo grado ed appello. In altre parole, solo la conferma totale della conferma totale del decreto, se cassata, fa sì che l’ingiunzione acquisti esecutorietà.

In ragione di questa peculiarità del decreto ingiuntivo di atto che, se non confermato integralmente, non può che essere revocato, si è tentato in dottrina di qualificare l’opposizione ex art. 645 c.p.c. come impugnazione “rescindente a critica libera”²⁵⁹, di modo che, nell’ordine delle questioni, quella sulla validità del decreto (sia per ragioni di rito che di merito) non possa che precedere ogni altra questione portata all’attenzione del giudice dell’impugnazione.

La soluzione non ci pare lineare: anche se in dottrina è stata autorevolmente sostenuta la possibilità che possano prospettarsi in astratto “impugnazioni rescindenti a critica libera”, è innegabile che la piena libertà nelle censure promuovibili avverso l’atto

anche per il Capponi, è da imputare alla legge stessa che “con quella formula imprecisa che già Garbagnati denunciava, e dopo di lui chiunque si sia occupato del procedimento monitorio” sembrerebbe dirci “che è il decreto e non già la sentenza, ad acquistare efficacia esecutiva. Ma ciò non toglie, checché dica il comma primo dell’art. 653 c.p.c., che il decreto tale efficacia ripete dalla sentenza e che quella stessa sentenza, la cui autonoma efficacia esecutiva l’art. 653 c.p.c. certamente non inibisce derivando dalle norme generali, sarà a sua volta titolo esecutivo”. Osserva Negri, *Estinzione*, cit., p. 738, che “l’attribuzione dell’efficacia esecutiva al decreto ingiuntivo e non già alla sentenza di rigetto dell’opposizione ben può spiegarsi con l’esigenza di carattere pratico di mantenere in capo al decreto confermato la mera valenza di *chartula executiva*, laddove l’accertamento promana pur sempre dalla sentenza condannatoria di conferma”.

²⁵⁹ Questa è la ricostruzione che ne dà Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, in Riv. Dir. Civ. 1993, p. 789. Secondo l’autrice “il ricondurre l’opposizione nell’ambito delle impugnazioni rescindenti significa ammettere che il giudice dell’opposizione, una volta riconosciute fondate le doglianze (illimitatamente ammesse) del debitore, prima elimina il decreto, e poi passa a valutare la fondatezza della pretesa fatta valere dal creditore”, la quale aggiunge che “questa conclusione è proprio quella cui giunge tanta parte della giurisprudenza (ma anche della dottrina) quando, o non ponendosi il problema della natura dell’opposizione, o magari risolvendolo diversamente, finisce poi col ribadire che nel giudizio di opposizione si hanno tanto un controllo sui presupposti (anche in senso lato) di emanazione del decreto quanto anche una nuova pronuncia sulla domanda di condanna proposta dal creditore”. Si tenga a mente che la differenza fra impugnazione sostitutiva ed impugnazione precedente sta in ciò che per le impugnazioni di quest’ultimo tipo la struttura cognitoria dell’impugnazione è vincolata da un certo *ordo questionum*.

d'ingiunzione non possano non rappresentare una spia del carattere sostitutivo dell'opposizione ex art. 645 c.p.c.

Infatti “già questo dato potrebbe essere dirimente, considerato che non si vede perché al giudizio di opposizione debba essere riconosciuto carattere rescindente più di quanto non si possa fare con il giudizio d'appello, al quale si accede facendo valere “motivi specifici di impugnazione”: ciò che induce a ritenere che, nel caso del giudizio d'appello, il primo lavoro logico del giudice è quello di verificare se sussistono, nel provvedimento impugnato, i vizi lamentati dall'appellante”²⁶⁰.

Milita a favore della qualificazione dell'opposizione ex art. 645 c.p.c. quale impugnazione sostitutiva l'osservazione secondo cui l'art. 654 comma primo c.p.c. (nella sua già evidenziata cattiva formulazione) sembra accorpate in un'unica disposizione casi fra loro diversi. Come rilevano alcuni, infatti, “mentre nell'ipotesi di estinzione del giudizio d'opposizione il decreto ingiuntivo si stabilizza e acquista efficacia di per sé, facendo valere tutta la sua potenzialità (secondo la costruzione cara alla S.C.) di condanna con riserva, o condizionata; nel caso di rigetto dell'opposizione il decreto ingiuntivo, confermato, *acquista l'efficacia esecutiva soltanto per il tramite della sentenza che statuisce sull'opposizione*, e purché si tratti (stando sempre alla lettera della norma) di statuizione esecutiva”. In buona sostanza, secondo questa linea di pensiero, è impossibile che art. 653 comma primo c.p.c. ed art. 393 c.p.c. possano porsi in relazione antinomica,

²⁶⁰ Vedi Rizza, *Sul passaggio in giudicato*, cit., p. 481. Ad ogni modo va dato atto che la possibilità astratta di un'impugnazione rescindente a critica libera è autorevolmente sostenuta dal Tavormina, *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., p. 653, secondo cui un singolo gravame può essere rescindente anche ove sia consentita la illimitata deduzione di nuove eccezioni e nuovi mezzi di prova. Modello paradigmatico di impugnazione rescindente a critica illimitata sarebbe “il caso dell'opposizione contumaciale, contemplata dal codice di procedura civile tedesco e classificata anche da recenti studi fra i mezzi d'impugnazione (...). La sua interposizione determina infatti il ritorno del procedimento allo stadio antecedente al verificarsi della contumacia ovvero ad una nuova udienza di trattazione orale, nella quale le parti sono ammesse a svolgere tutte le attività in questione che non risultino ormai precluse. Ciò nonostante il gravame di cui si tratta deve essere definito rescindente il base all'alternativa decisoria posta dal par. 343 ZPO (“nella misura in cui la decisione che deve essere emessa in base alla nuova trattazione coincide con quella contenuta nella sentenza contumaciale, si deve disporre che questa decisione sia mantenuta. Se tale presupposto non si verifica, la sentenza contumaciale viene annullata nella nuova decisione”). Dal che si è dedotto che in tanto quest'ultima può essere adottata, in quanto la prima venga annullata.”

poiché la fattispecie contemplata dal primo è afferente ad un processo di primo grado, ed è accostabile *quoad effectus* tutt'al più agli artt. 310 comma secondo c.p.c. ("l'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti, ma non le sentenze di merito pronunciate nel corso del processo, e le pronunce che regolano la competenza") e 338 c.p.c. ("l'estinzione del procedimento di appello o di revocazione nei casi previsti nei nn. 4) e 5) dell'art. 395 fa passare in giudicato la sentenza impugnata, salvo che ne siano stati modificati gli effetti con provvedimenti pronunciati nel procedimento estinto")²⁶¹. Nel caso di cassazione con rinvio, il fenomeno è diverso per l'operare dell'effetto sostitutivo dell'appello in combinato disposto alla portata meramente rescindente della cassazione con rinvio.

2.2.4. - L'intervento titolato "sanante" e la "riforma" del titolo (limiti soggettivi e cronologici dell'effetto caducatorio).

Chiarito a questo punto a sufficienza come si spieghi la possibilità della trasformazione oggettiva del titolo in corso d'esecuzione in riferimento alla modifica parziale di esso, resta da capire come possa la procedura d'esecuzione restare in piedi anche nell'ipotesi di caducazione totale del titolo esecutivo del precedente.

Quando compaiano creditori titolati, infatti, e ferma restando la validità formale del pignoramento, abbiamo visto che l'esecuzione può restare in piedi nonostante il venir meno del titolo esecutivo del precedente, giusta la giurisprudenza dalle Sezioni Unite n. 61/2014. Come già emergeva dalla relativa ordinanza di remissione n. 2240/2013, le critiche mosse a Cassazione n. 3531/2009 "giungono a postulare un più complessivo discorso sistematico sulle vicende del titolo esecutivo e sui loro effetti sul processo esecutivo: ripensando talvolta perfino principi tradizionali, come quello *nulla executio*

²⁶¹ L'elegante ricostruzione in termini di concorso apparente di norme è del Capponi, *Interpretazione degli artt. 653 e 393 c.p.c.*, cit., p. 527 e ss., il quale dopo il suo ragionamento conclude che "la differenza tra i casi promiscuamente regolati nel primo comma dell'art. 653 c.p.c. è del tutto evidente. Mentre nel caso di estinzione del giudizio d'opposizione il decreto ingiuntivo si stabilizza ed acquista efficacia di per sé, facendo valere tutta la sua potenzialità (...) di condanna con riserva, o condizionata; nel caso di rigetto il decreto ingiuntivo, confermato, acquista l'efficacia esecutiva "soltanto per il tramite della sentenza che statuisce sull'opposizione" (Garbagnati, *Il procedimento*, cit., p. 527), e purché si tratti, stando sempre alla lettera della norma, di statuizione esecutiva".

sine titulo (per giustificare, in caso di caducazione con efficacia retroattiva del titolo, la persistenza di una valida esecuzione in un intervallo in cui esso è venuto a mancare), oppure limitando da un punto di vista soggettivo la portata dell'art. 336 comma secondo c.p.c. in tema di effetto espansivo dell'accoglimento dell'impugnazione"²⁶²; critiche ritenute fondate dalla conseguente pronuncia a Sezioni Unite, che apertamente dichiara "di aderire a quella dottrina che pone in rapporto la disposizione del secondo comma dell'art. 336 c.p.c. (...) con l'altra dell'art. 629, comma 2° c.p.c. (...), per dedurne che, mentre nel caso dell'esecuzione condotta dal solo creditore procedente il sopravvenire del difetto del titolo comporta la decadenza degli atti compiuti sulla base del titolo caducato, nel caso dell'esecuzione compiuta da più creditori concorrenti titolati il venir meno del titolo del procedente comporta la concentrazione sui concorrenti del potere di compiere gli atti ulteriori della procedura. Sicché, ciò che viene travolto è il potere del creditore procedente di compiere ulteriori atti d'impulso, non anche la validità degli atti compiuti, tra cui, soprattutto, il pignoramento".

"*Quella dottrina*" alla quale sembrano alludere le Sezioni Unite ci pare essere quella secondo cui, tanto nel caso di riforma totale, quanto in quello di conferma parziale "l'effetto espansivo esterno non sarà tuttavia assoluto, ma relativo al contesto nel quale esso sarà chiamato ad operare. La norma, infatti, non potrà avere la stessa portata nel caso dell'unico creditore procedente e nel caso di intervento di creditori titolati: in diversi termini, occorrerà distinguere i casi in cui l'art. 336 comma secondo c.p.c., sarà applicabile di per sé, dai casi in cui la norma dovrà combinarsi con altre, che potranno in concreto limitarne gli effetti"²⁶³.

²⁶² Sono parole dell'ordinanza di rimessione n. 2240/2013

²⁶³ Vedi Capponi, *Vicende*, cit., p. 1519. Concetto ribadito in Capponi, *Le Sezioni Unite*, cit., p. "Le sezioni unite si dichiarano apertamente per la seconda lezione ed anzi individuano nell'art. 629 comma primo c.p.c. un limite all'applicazione dello stesso art. 336, comma secondo, c.p.c., dando assolutamente per scontato che quest'ultima norma trovi applicazione solo allorché nell'esecuzione non siano presenti interventi titolati: la caducazione del titolo del creditore procedente, a seguito di riforma o cassazione, è causa di chiusura in rito dell'esecuzione individuale, non anche di quella concorsuale se in essa partecipino creditori muniti di titolo. E ciò, sempre grazie al principio di "oggettivizzazione" degli atti (nella specie, del pignoramento), che affranca l'azione esecutiva dall'attuale e persistente esistenza del titolo che olim aveva impresso il vincolo sul bene: perché quella stessa azione su quello stesso oggetto potrà essere di volta

In altre parole, l'accertamento negativo di quel diritto che il titolo menziona come "esecutivo", resta inopponibile ai terzi, potendo l'impedimento sopravvento del diritto di procedere ad esecuzione essere fatto valere solo *inter partes*. Il fatto dell'intervento titolato, allora, sarebbe idoneo a realizzare una sorta di sanatoria "*ex post*" dell'esecuzione, convalidando "a ritroso" gli atti esecutivi compiuti sulla base non di un titolo parzialmente mutato nel *quantum*, ma addirittura menzionante un diritto giammai esistito in ogni suo possibile aspetto.

Oltre all'interpretazione per cui l'art. 474 comma primo c.p.c. va inteso nel senso che l'esecuzione debba restar sorretta da un titolo esecutivo purchessia, occorrerà anche sopportare che il *principio nulla executio* possa venire inteso nel senso che l'aggressione esecutiva possa essere convalidata *ex post* ad opera dell'interventore titolato, e che più in generale qualsiasi sopravvenienza di titolo esecutivo possa operare una sanatoria totale dell'esecuzione.

Inoltre, "in modo piuttosto paradossale" la ricostruzione appena prospettata "rischia di farci apparire l'esecuzione individuale come un fenomeno addirittura più

in volta giustificata, a ritroso, dall'esistenza nell'esecuzione di un diverso titolo". Nello stesso senso Capponi, *Difetto*, cit., p. 942, secondo cui "è ragionevole ritenere, pur in mancanza di specifici precedenti giurisprudenziali in termini, che la regola dell'art. 336 comma secondo c.p.c., riguardi le vicende del creditore che procede sulla base del titolo costituito dalla sentenza riformata o cassata, non anche quelle dei creditori, muniti di titolo, che abbiano spiegato intervento: la contraria regola dell'art. 629 comma primo (norma che quella realizzazione per contro presuppone), può quindi dedursi che, mentre nel caso dell'esecuzione condotta dal solo creditore procedente il sopravvenuto difetto del titolo (giudiziale) comporta la decadenza degli atti compiuti sulla base del titolo caducato, nel caso dell'esecuzione condotta da più creditori concorrenti titolati, il venir meno del titolo del procedente comporta la concentrazione sui concorrenti del potere di compiere gli atti ulteriori della procedura: e pertanto ciò che viene travolto è il potere del creditore procedente di compiere ulteriori atti di impulso, non anche la validità degli atti compiuti (in primo luogo il pignoramento)", lo segue Petrillo, *Intervento*, cit., p. 342, che giungendo alle medesime conclusioni di Capponi circa la validità *ratione temporis* del pignoramento compiuto dal procedente il cui titolo sia venuto meno, ammette esser vero "che, nell'ipotesi di titolo esecutivo giudiziale, questa soluzione sembrerebbe configgere col principio ricavato dall'art. 336 comma secondo c.p.c." e tuttavia, riferendosi al Capponi, precisa che tale autore "ha cura di obiettare che la regola sul c.d. "effetto espansivo esterno" bensì alle vicende del creditore procedente (e del suo credito) sulla base di titolo dato da una sentenza successivamente riformata o cassata, ma non anche ai creditori muniti di titolo intervenuti nella procedura, desumendosi la suddetta soluzione anche dall'art. 629 comma secondo c.p.c.".

complesso di quella concorsuale (qualora siano in essa intervenuti creditori in possesso di titolo)²⁶⁴. Ci potremmo allora chiedere se, in base a tale osservazione, non vada concluso diversamente, nel senso che se è possibile la sanatoria *ex post* in forza del nuovo titolo del creditore terzo intervenuto, *a fortiori ratione*, occorrerà ammettere che un qualsiasi titolo sopravvenuto in capo al creditore che procedette sulla scorta di titolo caducato debba poter sanare la proceduta. In tal caso tutti i problemi legati al difetto sopravvenuto del titolo verrebbero meno²⁶⁵.

Le dottrine su richiamate tuttavia sembra guardarsi bene dal giungere ad una tale conclusione, e ci fornisce una ricostruzione in cui la salvezza dell'esecuzione per intervento del creditore titolato non dipende da una sorta di *sanatoria a posteriori* degli atti esecutivi.

Questo in buona sostanza il ragionamento seguito: poiché “la nozione di pignoramento come atto (...) va distinta da quella di pignoramento come situazione giuridica, intesa come il complesso degli effetti processuali e sostanziali derivanti

²⁶⁴ Vedi Capponi, *Le sezioni Unite*, cit. p. 505. Concetto ribadito in Capponi, *Le Sezioni Unite*, cit. p. 508, ove si rileva che “a proposito del titolo del creditore procedente la giurisprudenza vuole che esso non possa sopravvivere in pendenza dell'esecuzione, o “rivivere” nel corso di essa, mentre il suo venir meno non soltanto sarà materia di opposizione all'esecuzione ma anche possibile oggetto di rilievo d'ufficio da parte del giudice dell'esecuzione o di quello dell'opposizione esecutiva. Tutte questioni destinate a rimanere confinate al caso dell'esecuzione condotta dall'unico creditore pignorante, e che non si riflettono nel caso dell'espropriazione concorsuale, in cui non solo l'intervento (ed è normale) ma anche la stessa formazione del titolo esecutivo potranno essere temporalmente successive al compimento del pignoramento. Sembra però evidente che, se il titolo dell'intervenuto sopravviene all'esecuzione, questa necessariamente presenterà un segmento che non sarà giustificato da un titolo, ove si accetti l'idea che il «venir meno» di quello del procedente sarà sempre causa di caducazione dell'esecuzione con travolgimento di tutti gli atti compiuti: qui, o si riconosce l'esistenza di una deroga al principio *nulla executio sine titulo*, o deve sorgere il dubbio circa la portata del fenomeno stesso della caducazione, la quale evidentemente potrà travolgere la posizione del creditore procedente ma non anche quella dei creditori intervenuti, salvo che non vi sia un vizio, obbiettivo e riconoscibile, dello stesso pignoramento quale atto dell'esecuzione”.

²⁶⁵ Anche al Redenti, *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 311 sorge il dubbio, quando si domanda infatti “se nella ipotesi in cui qualche altro creditore abbia assunto la funzione vicaria di procedente, la esecuzione possa avere corso in base alla sua azione esecutiva (e quindi al suo titolo), allorché risulti inesistente o infondata l'azione del primo procedente. Penseremo però, risponde fra sé e sé l'autore, di risolvere il dubbio negativamente, in quanto non vediamo come si possa dare per questa via (quasi per uno *jus superveniens* ma altrui) un fondamento giuridico *ex post* agli atti iniziali, che non lo avevano”.

dall'atto di pignoramento e *perduranti lungo tutto l'arco dell'espropriazione*²⁶⁶, considerando il pignoramento come atto, quando esso è compiuto dal precedente sulla base di un valido titolo esecutivo (anche se *sub judice*), questo non abbisogna affatto di una riconferma nel caso di riforma successiva del titolo, poiché “in caso di riforma, anche parziale, il titolo è costituito dalla sola sentenza d'appello, che si sostituisce sempre a quella di primo grado”²⁶⁷. La seconda sentenza non ha dunque nulla da giustificare “a ritroso”, poiché essa, anche se va a sovrapporsi a quella di primo grado, lo fa “con effetti necessariamente *ex nunc* (dalla data di sua pubblicazione)”²⁶⁸.

Potrebbe sembrare allora che l'art. 653 comma secondo c.p.c. non abbia il vigore di norma espressione di un principio generale (interpretazione tanto cara alla giurisprudenza, grazie alla quale riesce a conservare l'attività esecutiva compiuta anche dopo la riforma sul *quantum* della sentenza di primo grado in appello), ma resti dettata per il caso specifico della revoca del decreto ingiuntivo, provvedimento che per sua natura non può che essere confermato *in toto* o altrimenti revocato²⁶⁹. L'artificio legale dell'art. 653 comma secondo allora si renderebbe necessario solo per il caso di accoglimento parziale dell'opposizione a decreto ingiuntivo, rapportandosi invece sentenza di primo grado e sentenza d'appello, come due norme giuridiche che si susseguono nel tempo²⁷⁰,

²⁶⁶ Confronta Bonsignori, voce “*Pignoramento*”, in *Novissimo Digesto*, Torino 1957, p. 76

²⁶⁷ Così Capponi, *Vicende*, cit., p. 1517.

²⁶⁸ Così Capponi, *Vicende*, cit., p. 1517.

²⁶⁹ Ciò dipenderebbe, secondo Cassazione civile sez. III 23 marzo 2003, n. 4378 (Pres. Giustiniani - Rel. Vittoria), in *Giust. civ. Mass.* 2003, 599, dalla natura del decreto d'ingiunzione: “la disciplina dettata dall'art. 653 c.p.c. ha la sua ragione d'essere nella natura del decreto, che è quella di una condanna con riserva delle eccezioni del convenuto, che è onere di questi coltivare attraverso l'opposizione sino a che la sentenza che l'accoglie non passi in giudicato”.

²⁷⁰ Anche se l'antico problema sulla natura giuridica del giudicato ad oggi divide ancora la dottrina, basti riferire in questa sede che per alcuni la natura di esso è sostanziale. Ad esempio, secondo Busnelli, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1961, p. 1344 “l'autorità della cosa giudicata ex art. 2909 si ricollega al fatto di accertamento sostanziale che sorge in coincidenza col passaggio in giudicato formale delle sentenze di merito”. Ci si potrebbe domandare allora se la portata “normativa” che si predica in riferimento al giudicato possa essere anticipata all'accertamento *sub judice*, fermo restando un accertamento posteriore di segno diverso idoneo ad operare alla stregua di una *lex nova* rispetto al primo e così via. La questione è troppo ampia per essere seriamente affrontata in

anche nel rispetto dell'art. 11 prel., a mente del quale “la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”. Correlativamente, anche il regime formale del pignoramento (considerato come atto), resterà immutato e soggetto alla *lex antiqua*, in quanto “fatto preterito” insuscettibile di riqualificazione.

Come nell'ipotesi di pignoramento congiuntivo, allora, la concentrazione di plurimi titoli esecutivi in un unico pignoramento, andrà via via allentandosi con il progressivo ed eventuale venir meno di tali titoli, fermo restando che condizione sufficiente per poter legittimare la procedura resterà soltanto la presenza anche solo di un titolo; l'unica differenza è che nel caso di accessione di creditori titolati ad un pignoramento “oggettivatosi”, la concentrazione può realizzarsi in prosieguo di tempo.

2.2.5. - La teoria dell'oggettivizzazione viola il principio di *nulla executio sine titulo* e di *perpetuatio jurisdictionis*.

Questa ricostruzione, che limita fortemente l'ambito di efficacia soggettiva e cronologica dell'art. 336 comma secondo c.p.c., e poggia su un estrema valorizzazione del principio di “autosufficienza” del titolo esecutivo²⁷¹ viene criticata in dottrina da chi evidenzia quanto il dilemma vizio originario/sopravvenuto si complichino, nella nuova impostazione proposta,²⁷² se si cerca «di descrivere con precisione la linea di confine tra le cause di invalidità e/o inefficacia del titolo che non si riverberano sulla validità dell'esecuzione²⁷³ e quelle che invece pregiudicano l'intera procedura. Ad alterare gli

questa sede; basti per ora considerare che la ricostruzione del Capponi sembra propendere per una soluzione positiva del quesito, anche sulla scorta di una valorizzazione particolarmente intensa della cosiddetta “astrazione del titolo esecutivo”).

²⁷¹ A mo' di “*lettres de cachet*” se si vuole.

²⁷² E cioè quella che distingue fenomeni di “riforma” da fenomeni di “revoca” in ragione del vizio.

²⁷³ Che si tratti di *distinctio subtilis* lo rileva anche, in sede di teoria generale, il Gazzoni, *Manuale*, cit., p. secondo cui “l'inefficacia in senso lato non costituisce una categoria autonoma ma piuttosto un modo di essere del negozio che accomuna in via descrittiva ipotesi disparate, ogniquale volta gli effetti negoziali non si producono”. Dunque, appare listo il rilievo della Tiscini, *Alle Sezioni Unite*, cit., p. 178, e che abbiamo già citato per esteso all'inizio del presente studio, e cioè che, in buona sostanza il problema della efficacia

equilibri soccorre la regola generalissima che legge il titolo esecutivo quale “condizione necessaria e sufficiente” per procedere ad esecuzione forzata, regola secondo cui esso, fondamento e legittimità dell’esecuzione stessa, deve esistere sin dall’inizio della procedura e permanere per tutta la sua durata, non potendo in alcun modo venir meno sino alla conclusione»²⁷⁴.

A sostegno del venir meno “*ex tunc*” del titolo esecutivo in ogni caso di sua riforma totale militano anche le osservazioni basate sulla valorizzazione del concetto di “litispendenza”, inteso nella sua declinazione chiovendiana per cui “*la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione*”²⁷⁵; idea la realizzazione

e degli esiti dell’impugnazione del titolo vanno risolti a monte, prima di porsi il problema di esso nel contesto dell’esecuzione forzata, in cui viene calato in un momento logicamente successivo. Anche in questo caso, allora, potrebbe dirsi dei “vizi sopravvenuti” ciò di cui parla Gazzoni relativamente all’idea di “inefficacia in senso lato”, e cioè che la distinzione avrebbe un carattere meramente descrittivo, inidoneo di per se a fondare una dogmatica dei vizi in subjecta materia.

²⁷⁴ Vedi Tisicini, *Dei contrasti*, cit. p. 521. La medesima autrice poi, in un altro suo scritto (*Alle Sezioni Unite*, cit., p. 177), descrive la soluzione offerta dal Capponi come un modo di sciogliere il problema che si contraddistingue da troppe eccezioni e casi particolari, «tali da impedire di trarre una regola generale. Indubbiamente la disciplina dell’art. 653, 2° co., c.p.c. è eccezionale, come eccezionale è la vicenda del decreto ingiuntivo (e della sua revoca). Eccezionale si può dire però anche il caso della riforma della sentenza di primo grado in appello, in quanto improntata ad un effetto sostitutivo tipico di quel giudizio di impugnazione, e non estendibile agli altri. Le fattispecie contemplabili di titoli esecutivi giudiziali “venuti meno” sono tante e varie. Si pensi all’ipotesi della revoca (o modifica) di una ordinanza anticipatoria di condanna resa in corso di causa, ovvero dell’accoglimento dell’opposizione di terzo avverso una sentenza di merito, ovvero ancora alla cassazione con rinvio della sentenza d’appello. A quali fattispecie assimilare queste ipotesi? condividono queste la disciplina della “revoca” del decreto ingiuntivo, ovvero della “riforma” della sentenza in appello? Non è facile unificare in una regola generale tutte le ipotesi di “venir meno” del titolo giudiziale, per la semplice ragione che ciascuno strumento impugnatorio, ovvero di revoca/modifica ha le sue caratteristiche e produce effetti differenziati a seconda della natura del mezzo e delle peculiarità del provvedimento impugnato. Per trarre un principio generale comune a tutte le ipotesi di “venir meno” di un titolo giudiziale, non vale quindi esaminare le peculiarità del singolo rimedio, bensì l’effetto che ciascuno di essi produce, stante appunto nel “venir meno” del titolo “come se non fosse mai esistito”, ovvero con una efficacia solo *pro futuro*».

²⁷⁵ Confronta Chiovenda, *Sulla perpetuatio jurisdictionis*, in Foro It. 1926, p. 363 secondo cui “la massima “*per citationem perpetuatur jurisdictio*” guadagna senso e luce se viene considerata come espressione di

della quale avviene mediante la *fictio juris* per cui “la sentenza che accoglie la domanda deve riconoscere il diritto come se ciò avvenisse *nel momento stesso* della domanda giudiziale (...). Perciò è necessario anzitutto che l’attore consegua non solamente la cosa a cui ha diritto, ma anche tutto quanto egli avrebbe ricavato dalla cosa se questa gli fosse stata consegnata al tempo della domanda”. Il principio della *perpetuatio jurisdictionis*, allora, trovando il proprio riscontro costituzionale nell’art. 24 Cost, deve valere “anche nel caso inverso di colui che è costretto a difendersi in giudizio e vede rigettata la domanda di tutela infondatamente proposta dalla controparte (...): il convenuto deve essere posto, al termine del giudizio, nella stessa situazione in cui era alla data della proposizione della domanda nei suoi confronti²⁷⁶”.

Dunque, il principio della retroattività dell’effetto sostitutivo dell’appello sembrerebbe posto in coerenza colla massima per cui *per citationem perpetuatur jurisdictio*. “Dunque, il soggetto che si è visto condannare in primo grado e che poi ha vinto in appello, vedendo accolta la propria domanda di riforma della sentenza, deve considerarsi non-debitore fin dall’inizio: egli è stato costretto a difendersi, ha avuto ragione e il tempo occorrente a tal fine (i due gradi di giudizio) non può nuocergli”²⁷⁷.

2.2.6. - Due differenti coppie di sentenze gemelle (i contrasti del 2013).

un principio che si manifesta ad ogni passo nelle leggi processuali, e secondo cui si deve impedire, per quanto è possibile, che la necessità di servirsi del processo per la difesa del diritto, torni a danno di chi è costretto ad agire o difendersi in giudizio per chieder ragione”

²⁷⁶ Cfr. Amadei, *La riforma in appello di sentenza provvisoriamente esecutiva, tra lacune di legge e profili di costituzionalità*, in Riv. Esec. Forz. 2001, p. 50, il quale aggiunge che “a tale considerazione è ispirata anche, in particolare, la disciplina delle spese processuali, con i principi di soccombenza e causalità”.

²⁷⁷ Vedi Amadei, *La riforma in appello*, cit., p. 51. Lo stesso Capponi, *Restituzioni e titolo “implicito”* (artt. 282, 336 comma secondo, 389, 402 comma primo, c.p.c.), in Riv. Dir. Proc. 2018, p. 1344, osserva che “il legislatore del 1990 è stato “abbagliato” dalle esigenze di tutelare “l’attore che ha ragione” e non ha considerato che a volte quell’attore (vittorioso effimero in primo grado) potrebbe in realtà aver torto, ponendosi così la necessità di tutelare il convenuto che, a fronte di un’erronea sentenza di primo grado, si trovi ad aver subito, in forma spontanea o coatta, un’esecuzione ingiusta che dovrebbe poter essere rimossa con la stessa immediatezza accordata alla tutela condannatoria di primo grado”.

A questa idea “forte” di un effetto sostitutivo capace di rendere la sentenza di primo grado *tamquam non esset* potrebbe contrapporsi la ricostruzione che due recenti sentenze gemelle²⁷⁸ della sezione III della Corte di Cassazione danno degli atti del processo d’esecuzione in correlazione ad un titolo esecutivo che li sostiene²⁷⁹. L’estremismo di queste costruzioni, che partono dalla aperta negazione dell’effetto sostitutivo della sentenza d’appello rispetto a quella di primo grado²⁸⁰ (almeno ogni volta

²⁷⁸ Ci riferiamo a Cassazione sez. III 8 febbraio 2013, n. 3074 (Pres. Carleo - Rel. Frasca), in Foro It. 2013, p. 2906, con nota di Minafra, *In tema di conseguenze sul processo esecutivo del parziale accoglimento dell’impugnazione*, e a Cassazione Civile sez. III 12 febbraio 2013, n. 3280 (Pres. Carleo - Rel. Frasca), in Capponi, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 512.

²⁷⁹ Apripista delle quali sembrerebbe essere stata, Cassazione sez. III, 20 novembre 2012 (Pres. Trifone - Rel. Frasca), in Giur. It. 2013, con nota di Benigni, *L’art. 336 comma secondo e le “incertezze” sull’esistenza del diritto alle restituzioni*, secondo la quale “qualora sia stata iscritta ipoteca in forza di una sentenza di primo grado e tale sentenza venga confermata in appello, la cassazione con rinvio della sentenza d’appello, non determinando alcun effetto sulla sentenza di primo grado, a norma dell’art. 336, comma 2, c.p.c. non incide in alcun modo sulla legittimità dell’iscrizione ipotecaria. Ne deriva che chi ha ottenuto la cassazione con rinvio non può introdurre, invocando l’art. 389 c.p.c., un giudizio inteso ad ottenere la cancellazione dell’ipoteca e il risarcimento dei danni per la pretesa illegittimità dell’iscrizione e la relativa domanda dev’essere rigettata per inesistenza del diritto fatto valere”. In tale prospettiva, allora, l’estinzione del processo contemplata dall’art. 393 c.p.c. fa operare l’art. 338 c.p.c., norma che si “cumula” a quella che, genericamente, prevede l’estinzione del processo.

²⁸⁰ Nella sua *pars destruens* infatti, Cassazione Civile n. 3074/2014 è costretta a negare in radice “l’idea tradizionale che la sentenza di appello che confermi la sentenza di primo grado immediatamente esecutiva si sostituisca come titolo esecutivo ad essa e, dunque, rappresenti sempre, una volta che sia intervenuta, il titolo che regge l’esecuzione e, prima ancora, giustifica l’esistenza della pretesa esecutiva e ciò fin da quando essa è stata esercitata”; idea questa da lungo tempo sostenuta “dalla giurisprudenza di questa Corte, che, nel presupposto tralaticio ed ormai, peraltro, di relativo valore, della natura di impugnazione devolutiva piena del giudizio di appello, ne rinviene la giustificazione nella circostanza che alla sentenza d’appello, salvo i casi di inammissibilità, improponibilità ed improcedibilità dell’appello (e, quindi, quelli in cui l’appello sia definito in rito e non sia esaminato nel merito con la realizzazione dell’effetto devolutivo di gravame sul merito), si deve riconoscere l’efficacia di sostituire quella di primo grado, tanto nel caso di riforma che in quello di conferma di essa in quanto essa si concreta in una nuova decisione sul merito”. Le sentenze gemelle invece, abbiamo visto, puntualizzano che l’effetto sostitutivo vada inteso come “sostituzione a far tempo dalla sopravvenienza della sentenza di appello” e non incidente sulla vicenda della pretesa esecutiva pregressa articolatasi sulla base della sentenza di primo grado, allora, in realtà, si finisce per predicare non già, agli effetti dell’individuazione del titolo esecutivo, un effetto veramente sostitutivo

in cui essa non sia di riforma totale o parziale) è tale da far degradare addirittura la tesi “permissiva” sopra esaminata ad una tiepida vox media fra la loro e le concezioni radicali del venir meno *ex tunc* del titolo esecutivo.

La riflessione della Corte è l’esito di una viscerale analisi della particolare fattispecie in cui la conferma totale in appello di una condanna di primo grado, venga successivamente cassata dalla Suprema Corte con rinvio: poiché l’oggetto della cassazione è la sentenza di appello, per Cassazione n. 3074/2013, la sentenza confermata (e cioè quella di primo grado) resterebbe intatta a seguito della cassazione della sua conferma. Ora, le possibili vicende dell’esecuzione forzata sembrerebbero una variabile dipendente del tempo in cui il singolo atto esecutivo viene compiuto. Posto infatti che la sentenza allora confermata resti integra nonostante la cassazione della sua conferma, essa non può essere neppure considerata, in tesi, caducata come titolo esecutivo.

Di conseguenza nell’ipotesi in cui il pignoramento o gli atti prodromici ad esso siano stati compiuti prima della conferma della sentenza di primo grado, essi resterebbero in piedi a differenza di un’eventuale attività esecutiva successiva, compiuta successivamente alla pubblicazione della conferma; con la conseguenza che all’esatto opposto, qualora il creditore abbia optato per intraprendere l’esecuzione successivamente alla conferma del titolo esecutivo in appello, la cassazione della conferma con rinvio determinerebbe, solo in questa particolare circostanza di fatto, la caducazione dell’intera

della sentenza confermativa d'appello, cioè tale che si deve fare riferimento per quella individuazione soltanto alla sentenza d'appello e ciò anche per l'accaduto prima di essa, bensì qualcosa d'altro, cioè un effetto di sostituzione dal momento della sopravvenienza, che, per elementare coerenza, non può spiegare effetti per lo svolgimento pregresso della pretesa esecutiva, bensì soltanto per quello successivo alla sopravvenienza”. Benché dell’asserzione per cui le recenti riforme abbiano eliminato la struttura devolutiva dell’impugnazione in appello ne abbia fatto giustizia Bertoldi, *Effetto sostitutivo della conferma in appello e titolo esecutivo*, in Riv. Esec. Forz. 2014, p. 692 ss., il Danovi, *Note*, cit., p. 1473, fermo restando che i profili dell’effetto devolutivo “non risultano intaccati in via diretta e formale dalle riforme processuali del 2005-2006”, dà atto che “si è correttamente parlato di “crisi” dell’effetto sostitutivo nella misura in cui la portata di sostituzione risulta manchevole in tutte quelle ipotesi in cui la decisione di secondo grado non rappresenti a tutti gli effetti una nuova seconda decisione sull’intero oggetto del giudizio, ma appaia concentrata limitatamente alla risoluzione (...) delle sole censure sollevate dalle parti”.

procedura esecutiva²⁸¹. In caso contrario, invece, la caducazione degli atti esecutivi sarebbe limitata a quelli compiuti nel tempo in cui il titolo esecutivo era da considerarsi composto dalla “combinazione” fra sentenza di primo grado e sua conferma in appello, regredendo il processo esecutivo all’atto compiuto sulla scorta della mera sentenza di primo grado²⁸².

L’idea che il titolo esecutivo dopo la conferma in appello debba risultare dalla combinazione di quest’ultima con la sentenza confermata parte dalla premessa per cui il titolo esecutivo è costituito dal provvedimento che concretamente permetta l’individuazione del diritto della cui esecuzione dovrà trattarsi: “se ci si pone dal punto di vista del giudice dell’esecuzione²⁸³ (...), argomenta la Corte, sembra doversi constatare che, allorquando la sentenza di primo grado avesse avuto natura di titolo esecutivo e quella d’appello l’abbia confermata, l’individuazione del titolo esecutivo non sembra che possa prescindere dalla considerazione combinata della sentenza di primo grado e della sentenza dell’appello confermativa. In particolare, se ci si pone dal punto di vista del giudice dell’esecuzione, il quale, una volta investito di un’opposizione a precetto minacciata dopo la sopravvenienza della sentenza confermativa o di un’opposizione ad

²⁸¹ “Se l’esecuzione forzata sia stata iniziata in forza della sentenza di appello confermativa (per ragioni di rito o di merito) di quella di primo grado pur già titolo esecutivo (perché il titolare del titolo abbia preferito aspettare l’esito dell’appello), deve ritenersi che tutta l’esecuzione sia da considerare una sequenza provvedimentale e di atti dipendenti dalla sentenza d’appello cassata e che, quindi, tutta l’esecuzione debba cadere”, dunque “la cassazione con rinvio della sentenza di appello confermativa di quella di primo grado costituente titolo esecutivo, ove il precetto non seguito dall’esecuzione sia stato intimato sulla base della combinazione fra sentenza di primo grado e sentenza d’appello oppure ove l’esecuzione abbia avuto inizio successivamente alla sentenza di appello, determina rispettivamente la caducazione del precetto e dell’esecuzione a norma dell’art. 336 comma secondo c.p.c.”

²⁸² “La cassazione con rinvio della sentenza di appello confermativa di quella di primo grado costituente titolo esecutivo, ove l’esecuzione abbia avuto inizio sulla base di quest’ultima e sia poi proseguita con atti successivi alla pronuncia della sentenza di appello cassata, determina, a norma dell’art. 336 comma secondo c.p.c., la caducazione soltanto di tali atti successivi, mentre restano fermi gli atti esecutivi pregressi e l’esecuzione può riprendere dall’ultimo di essi”.

²⁸³ O anche, precisa la sentenza, del giudice che “ai sensi dell’art. 623 c.p.c. sia chiamato, in ragione dell’impugnazione in sede cognitiva della sentenza d’appello in Cassazione, a provvedere su un’istanza di sospensione dell’esecutività del titolo”.

una esecuzione iniziata dopo di essa (...) ²⁸⁴ sembra palesarsi quanto segue: se il relativo scrutinio avvenisse soltanto sulla base della sentenza di appello confermativa per ragioni di merito di quella di primo grado già costituente titolo esecutivo, l'individuazione sarebbe ben difficilmente possibile, o comunque lo sarebbe con evidente difficoltà ed approssimazione, in contrasto con il formalismo che connota il titolo esecutivo. Ciò in quanto potrebbe accadere talvolta che la sentenza d'appello contenga una riproduzione del dispositivo della sentenza di primo grado e del suo contenuto sufficienti a quella individuazione, ma questa evenienza potrebbe molto più frequentemente non verificarsi ²⁸⁵.

²⁸⁴ Oppure, rileva la Corte, “anche a prescindere da un’opposizione, qualora sia chiamato a svolgere l’attività inerente l’esecuzione, come nell’esecuzione per obblighi di fare o non fare, oppure un’attività che comporti l’individuazione della dimensione della pretesa esecutiva (ai fini, per esempio, di un’istanza di riduzione del pignoramento o di conversione) oppure ancora debba comunque individuare l’esistenza del titolo esecutivo ed il suo contenuto”.

²⁸⁵ Con la conseguenza, osserva la Corte, “che il giudice dell’esecuzione si potrebbe trovare nell’impossibilità di individuare il titolo e, quindi, la pretesa esecutiva nella sua consistenza senza ricorrere alla sentenza di primo grado”. Logica agli antipodi di Cassazione Sezioni Unite 2 luglio 2012, n. 11067 (Pres. e Rel. Vittoria), in Corr. Giur. 2012, p. 1169, con nota di Capponi, *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo requisiti in via di dissolvenza?*, secondo cui “Al giudice dell’esecuzione, per intendere il significato e l’estensione dell’accertamento compiuto dal giudice con la sentenza ed in genere per decidere della sua autorità, è dato integrare il pensiero consegnato alla sentenza con quanto risulta dagli atti delle parti, dai documenti da esse prodotti, dalle relazioni degli ausiliari del giudice, che siano stati introdotti nel processo in cui la sentenza che ha definito quel giudizio è stata pronunciata”. In riferimento a questa pronuncia, scrive Capponi, *Autonomia*, cit., tale pronuncia altera “il delicato rapporto tra esecuzione e cognizione: conseguenza peraltro ineliminabile, ove si parta dall’idea che il titolo giudiziale è l’intero processo di cui la sentenza è il precipitato”, mentre Micali, *Titolo esecutivo*, cit., p. 407 e 444 la sentenza rappresenta il modo in cui la giurisprudenza di legittimità, nel quadro di una nuova sistemazione “funzionale” degli istituti del titolo e del processo esecutivo, risolve il “conflitto esecutivo che si concreta nel rapporto tra debitore esecutato e creditore esecutante, nella misura in cui il primo, per lo stesso fatto di dover essere “esecutato”, offre resistenza all’azione del creditore, che, per con- verso, cerca soddisfazione del suo diritto, a fronte dell’inadempimento del debitore”. Per il Micali la sentenza è manifestazione delle Sezioni Unite della volontà di risolvere “il naturale contrasto di forze tra i due poli del rapporto (...) a favore del creditore (...) attraverso lo strumento del titolo esecutivo, presupposto necessario ma, al contempo, sufficiente allo svolgimento indisturbato dell’azione esecutiva, che è presidio processuale dell’obbligazione inadempita e concludendo che “sarà più semplice, per il creditore, agire in esecuzione,

Da tali premesse consegue che, nell'ipotesi in cui si scelga di procedere ad esecuzione forzata dopo la pubblicazione della conferma in appello, la notificazione del titolo in forma esecutiva ai sensi dell'art. 479 c.p.c. vada compiuta notificando la conferma in combinazione con la sentenza di primo grado; nel caso invece in cui, in pendenza del processo d'esecuzione instaurato sulla base della sentenza di primo grado, sopravvenga la conferma del titolo esecutivo in appello, la prosecuzione della procedura sarà consentita solo previa notificazione della conferma, atto che andrà a completare la "combinazione" da cui risulta ormai il titolo esecutivo.

L'unico caso in cui si ammette la caducazione integrale del processo esecutivo intrapreso prima della conferma in appello poi cassata con rinvio dalla Suprema Corte, è quello in cui la rescissione in sede di legittimità sia stata compiuta per uno dei motivi previsti dall'art. 383 comma terzo c.p.c.

In tal caso, infatti, venendo disposta la remissione al primo giudice, il processo regredisce ad uno stato anteriore anche alla formazione del primo titolo esecutivo, a differenza di quello che avviene qualora la cassazione venga disposta con rinvio al giudice d'appello²⁸⁶.

laddove munito di un titolo esecutivo giudiziale, anche quando questo non sia autonomamente interpretabile, interamente chiaro o inequivocabile, dal momento che il giudice dell'esecuzione (nonché quello dell'opposizione) ha il potere di interpretare ed, entro certi limiti, integrare le risultanze del titolo con altri elementi, tratti dallo svolgimento del processo che è esitato nel provvedimento della cui esecuzione si tratta" e che "Il procedimento esecutivo (tipicamente costituito da attività pratico-materiali, noto per la separazione rispetto alle fasi cognitive e tendenzialmente insensibile alle questioni di merito risolte, ai fini dell'esecuzione, dalla legittimazione formale garantita dal titolo esecutivo) si trasforma, (...), in un procedimento maggiormente aperto al contraddittorio, che consente al creditore di integrare le risultanze offerte dal titolo esecutivo e costringe il debitore a reagire, su tale punto, attraverso i vari rimedi predisposti (pena una sorta di non contestazione delle somme), e abilita il giudice all'esercizio di poteri interpretativi ben più penetranti di quelli sinora tendenzialmente praticati".

²⁸⁶ "La cassazione con rimessione al primo giudice della sentenza di appello confermativa di quella di primo grado costituente titolo esecutivo, qualora sia stato intimato precetto non seguito dall'esecuzione, tanto sulla base della sentenza di primo grado quanto sulla base della combinazione fra essa e la sentenza d'appello, determina in ogni caso la caducazione del precetto, e, qualora l'esecuzione abbia avuto inizio tanto sulla base della sentenza di primo grado quanto successivamente alla sentenza di appello, dell'esecuzione a norma dell'art. 336 comma secondo c.p.c.".

La correttezza dell'orientamento proposto da Cassazione Civile n. 3074/2013 e Cassazione Civile n. 3280/2013 può dipendere solo dalla possibilità di negare la portata sostitutiva della sentenza d'appello rispetto alla pronuncia di primo grado, carattere che, nei rapporti fra sentenza di primo grado ed appello, si giustifica in ragione del fatto che la rituale proposizione dell'impugnazione *de qua* determina un effetto *devolutivo* dell'intera controversia al giudice dell'impugnazione²⁸⁷.

²⁸⁷Ci si potrebbe domandare se a seguito della cassazione con rinvio ex art. 360 comma primo n. 4 c.p.c., l'estinzione del giudizio di rinvio determini l'estinzione del giudizio o il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado. Di lato il problema (impostato in termini generali) se, in pendenza del giudizio di rinvio, vi sia ancora la possibilità del passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, ipotesi lacunosa nel vigore del codice Pisanelli (per ampi spunti bibliografici si veda Picardi, *Sui rapporti fra l'art. 338 e l'art. 393 c.p.c.*, in Riv. Dir. Proc. 1994, p. 532), basti qui segnalare che per alcuni il passaggio in giudicato della pronuncia di prima istanza resta inibito per il solo fatto della cassazione della sentenza d'appello (anche qualora essa o il processo che l'ha generata siano viziati di nullità) (Sassani, *Mancata integrazione del contraddittorio in sede di rinvio e applicabilità dell'art. 393 c.p.c.: una sentenza nuova ed una tesi antica*, in Giust. Civ. 1984, p. 2202, secondo cui "la norma si pone come la precisa soluzione di un problema (...) sorto nel vigore del codice del 1865 e, allora, non univocamente risolto dalla dottrina" e che il Codificatore ha "consapevolmente troncato (...) scegliendo una delle possibili soluzioni"; tra l'altro la maggior razionalità del ricorso all'art. 338 c.p.c. non si riesce pienamente a cogliere anche considerata la problematicità del distinguo fra rinvio restitutorio o prosecutorio ai fini della risoluzione della questione, atteso che "non è possibile stabilire sulla base del solo motivo di cassazione se si versa in un caso di rinvio restitutorio", dovendosi invece in concreto "verificare caso per caso (...) su quale momento procedimentale è caduta la scure della Corte", con la conseguenza che in ogni caso di estinzione ex art. 393 c.p.c. ci si troverebbe in una "situazione contorvertibile e, data l'importanza della posta in gioco (giudicato o azzeramento degli effetti del processo), fonte di presumibili contrasti fra le parti"), mentre per altri l'estinzione del processo ex art. 393 c.p.c. dipenderebbe solo e soltanto dalla cassazione dell'appello per motivi di merito, e presupporrebbe l'esistenza nel corso del processo di una valida sentenza d'appello, concludendo per la caducazione dell'intero processo solo nei casi di estinzione di giudizio di rinvio "prosecutorio" (Ricci, *Il giudizio di rinvio*, Milano 1967, p. 277-278, secondo cui il giudizio di rinvio presuppone di regola, la avvenuta conclusione della fase d'appello, di modo che nei casi di cui all'art. 360 comma primo n. 3 c.p.c. il rinvio può considerarsi ad ogni effetto come una prosecuzione del giudizio di terzo grado; in altre ipotesi, viceversa, "il procedimento d'appello non ha i requisiti minimi indispensabili alla soddisfazione dell'imperativo del doppio grado" poiché il giudice d'appello o emanò provvedimento declinatorio, o emise sentenza viziata, od omise di disporre misure sananti o integrative del procedimento di gravame, con la conseguenza che al profilarsi di tali fattispecie "occorre restituire al processo un

Una diversa coppia di sentenze gemelle²⁸⁸, infatti, mette immediatamente in discussione Cassazione n. 3074/2013 e Cassazione n. 3280/2013, ribadendo “il principio per il quale la sentenza di riforma resa in grado d’appello si sostituisce immediatamente, fin dalla sua pubblicazione, alla sentenza di primo grado, privandola dell’idoneità a legittimare l’instaurazione o la prosecuzione di una procedura esecutiva”.

Le curiose pronunce gemelle che hanno negato la portata sostitutiva alla conferma della sentenza in appello non sono state di certo salutate con favore dalla dottrina.

In primo luogo, è stato considerato che il principio di diritto sotteso alle sentenze gemelle «postula un operare “per segmenti” temporalmente definiti del titolo esecutivo, sicché l’eventuale esecuzione condotta sulla scorta di una sentenza di primo grado, confermata in appello con sentenza, e tuttavia poi cassata con rinvio, non sarà travolta da quest’ultima, perché retta su un titolo di per sé autosufficiente, almeno per il proprio ambito temporale di competenza”, la identica conclusione a cui giungono Cassazione Civile nn. 3740/2013 e 3280/2013, ha la pecca d non smentire “la continuità processuale ed effettuale tra i vari titoli esecutivi, ma li immagina come strumenti legittimanti separati e, perciò, tendenzialmente indipendenti riguardo agli svolgimenti processuali reciproci”; si ricordi infatti che per la stessa Sezioni Unite n. 61/2014 gli atti esecutivi, anche se “oggettivati” (prescindendo essi dal soggetto che concretamente li ha posti in essere purché, ovviamente, munito di titolo esecutivo nel momento del relativo compimento), “si compongono in *un’unica sequenza* che parte dal pignoramento (da qualunque dei

segmento mancante”, come proverebbe lo stesso nome di questa particolare figura di rinvio: “restitutorio”, poiché “tende alla rinnovazione del giudizio di secondo grado”).

²⁸⁸ Si tratta di Cassazione Civile sez. III 7 gennaio 2013, n. 2955 (Pres. Petti - Rel. Barreca) in Giust. civ. Mass. 2013 e Cassazione Civile sez. III 16 aprile 2013, n. 9161 (Pres. Berruti - Rel. Barreca) in Giust. civ. Mass. 2013, secondo la quale “nel caso di processo esecutivo iniziato in forza della sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva, la riforma integrale di quest’ultima comporta il venir meno della sentenza di primo grado anche come titolo esecutivo, nonché l’improseguibilità del processo esecutivo in corso per la sopravvenuta caducazione, appunto, del titolo esecutivo. L’art. 336 cod. proc. civ., comma 2, prevede che soltanto la riforma della sentenza di primo grado comporti tale ultimo effetto, sicché è da escludere che, quando, come accaduto nel caso di specie, la sentenza di secondo grado confermi integralmente le statuizioni di condanna possa egualmente operare quell’effetto espansivo esterno sul processo esecutivo che la norma espressamente prevede solo per il caso in cui questo dipenda dalla sentenza di primo grado che sia stata riformata”.

creditori posto in essere) per concludersi con la vendita del bene pignorato, cui segue la distribuzione del ricavato»²⁸⁹. Si prende così atto in dottrina che “secondo le due sentenze gemelle la successione o trasformazione oggettiva del titolo non realizzerebbe un *continuum* in modo da rendere indistinguibile il segmento di esecuzione compiuta rispettivamente sulla scorta della sentenza di grado e di quella d’appello” e che “pur una volta operata la sostituzione dell’un titolo all’altro, andrebbe sempre distinto il segmento di esecuzione che dipende dalla sentenza di primo grado (fenomeno storico che non può essere cancellato da quello giuridico della sostituzione) dal segmento successivo, che dipende unicamente dalla sentenza d’appello confermativa, poi cassata”, per concludere che “è evidente che la nozione di “titolo esecutivo” presupposta da questo innovativo orientamento nega l’unitarietà del fenomeno del titolo e forse della stessa esecuzione: esattamente come se i titoli fossero entità distinte sommate tra loro (“combinazione”) appunto ed anche le esecuzioni fossero due, anch’esse combinate ma pur sempre tra loro distinguibili, l’una derivante dalla sentenza di primo grado, l’altra da quella d’appello²⁹⁰.

2.2.7. - Retroattività e restituzioni.

Fermo restando che nella pratica sempre più spesso il principio dei diritti quesiti (o dei fatti compiuti) e quello di irretroattività della legge sembrano sfumare l’uno nell’altro, almeno considerato che tipicamente “quella dei diritti quesiti sia la sede deputata per argomentare intorno all’irretroattività della legge” o viceversa, che tipicamente ogni questione sulla irretroattività “inevitabilmente si risolva in presa di posizione in ordine alla natura ed al novero dei diritti acquisiti”²⁹¹, va tuttavia sgomberato il campo da quelle posizioni secondo le quali i fenomeni sono due facce della stessa medaglia.²⁹²

²⁸⁹ Vedi Micali, *Titolo esecutivo*, cit., p. 422

²⁹⁰ Vedi Capponi, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 507.

²⁹¹ Così Furguele, *Diritti acquisiti*, cit., p. 371.

²⁹² Affermano taluni infatti, che fenomeni di retroattività possano darsi non solo nei casi in cui il legislatore disponga direttamente la retroazione degli effetti (e quindi la riqualificazione del fatto preterito); ma che al contrario, diritti quesiti e fatti compiuti, acquistando “di riflesso” il valore di limite all’operare retroattivo

La differenza appare palese quando si decida di partire dalla premessa che la legge retroattiva non agisca nel passato, ma *sul passato*, perché altrimenti dovrebbe rendersi non avvenuto ciò che è avvenuto, o viceversa; la qual cosa in fatto prima ancora che in diritto è oggettivamente impossibile.

La clausola di retroazione che accede ad una norma, fa sì che agli effetti che naturalmente si produrranno *ex nunc*, in riferimento a fatti futuri che verranno qualificati alla stregua della nuova norma, se ne affianchino altri diretti a rimuovere gli effetti prodotti da fatti della stessa tipologia di quelli considerati dalla *lex nova* ma accaduti nel passato. In buona sostanza, la clausola di retrodatazione considera i fatti già qualificati secondo la *lex antiqua*, e ad essi ricollega effetti analoghi a quelli che si sarebbero prodotti qualora la *lex nova* fosse stata in vigore nel momento in cui questi venivano compiuti²⁹³. Per ogni “eccedenza di effetti” prodottasi nel vigore della *lex antiqua*, la clausola di retroazione opererebbe, in buona sostanza, come una sorta di legale ordine di restituzione. Per effetto della clausola di retroazione allora, vengono imposti *ex lege* particolari obblighi restitutori in capo ai beneficiari di effetti giuridici sorti in forza di cause preterite,

della nuova norma, lasciano ogni altro fatto o effetto esposti alle sopravvenienze normative, relativamente alle quali sarebbe predicabile, in un siffatto contesto, una efficacia indirettamente retroattiva. Questa distinzione fra retroazione diretta e retroazione indiretta (o secondo altri fra retroazione propria o impropria, ma la sostanza non cambia), sarebbe di per sé innocua se non inducesse la premessa implicita per cui fra retroattività e irretroattività vi sia una relazione di regola/eccezione. Talché, la volontà legislativa di far retroagire gli effetti di una legge risulterebbe irrealizzabile, ogni qual volta il contenuto percettivo della norma della cui retroazione si tratta non risulti sufficientemente determinato, non essendo in tal caso possibile configurare la specialità della norma ai sensi dell’art. 14 prel. (la quale, in difetto di tale requisito, potrebbe tutt’al più essere considerata *lex nova* non speciale, e quindi irretroattiva). Questo ci sembra dire Furguele, *Diritti acquisiti*, cit., p. 371, che sviluppa il ragionamento in modo non particolarmente precipuo.

²⁹³ Un ottimo esempio ci viene fornito da Savigny, ed esposto da Furguele, *Diritti acquisiti*, cit., p. 372, che ipotizzato un ordinamento che non pone limiti di saggio alla stipulazione di interessi ipotizza che venga concluso “un mutuo pecuniario al dieci per cento e dopo qualche anno in quello stesso ordinamento venga introdotta una regola la quale vieti gli interessi superiori al sei per cento”, ebbene, “sarà retroattiva tale regola qualora obblighi il mutuante a restituire il quattro per cento degli interessi da lui anno per anno percepiti in eccedenza. Non si avrà retroattività se la regola in questione non rechi in sé l’obbligo di cui sopra, ma, fermo rimanendo quanto già si è realizzato nel vigore della norma di origine, debba, e per gli interessi non scadenti, soltanto stabilirsi se a quel mutuo applicare la sua regola originaria o viceversa la nuova”.

la cui genesi è riferibile solo e soltanto all'atto legislativo, oltre al fatto di aver effettuato una prestazione oggi non dovuta.

La riflessione sulla genesi del diritto alla restituzione, nella problematica che si tratta nel presente studio, si atteggia più o meno nel modo che segue.

La delimitazione soggettivo-cronologica dell'art. 336 comma secondo c.p.c. sembra permettere la reinterpretazione dell'art. 474 comma primo c.p.c. nel senso che ciò che conta è che un titolo purchessia resti a guidare l'esecuzione, dall'inizio alla sua conclusione, anche venendo meno quello del precedente.

Si è posto allora il problema: *quid juris* nel caso di venir meno del titolo esecutivo *ex tunc*?²⁹⁴ Se il titolo del precedente, infatti, “viene meno con efficacia retroattiva, la sua sopravvenuta mancanza non può essere compensata dalla presenza di un qualsiasi creditore intervenuto titolato (che, ovviamente ha spiegato intervento in data successiva al pignoramento)”. Il titolo esecutivo venuto retroattivamente meno, infatti, *tamquam non esset*²⁹⁵.

²⁹⁴ Del problema hanno vivamente discusso Tiscini, *Dei conflitti*, cit., e Capponi, *Venir meno “ex tunc”*, cit. Quest'ultimo scritto, come abbiamo già visto, in forma di vera e propria postilla alla riflessione della Tiscini.

²⁹⁵ Già nell'introduzione del presente lavoro citati Tiscini e Luiso in merito. Per quest'ultimo, *Diritto processuale civile*, II, Milano 2011, p. 369-370, “può darsi che, nel momento in cui viene pubblicata la sentenza di appello di riforma, l'esecuzione sia già conclusa e l'attore abbia avuto quanto gli spettava secondo la sentenza riformata; oppure che il convenuto, sulla base della pronuncia esecutiva di primo grado, abbia spontaneamente adempiuto. In questo caso non abbiamo più atti o provvedimenti, ma solo effetti di diritto sostanziale, cioè un adempimento (che è sempre in senso lato coattivo, anche se avvenuto spontaneamente, in quanto sul convenuto sovrastava la minaccia dell'esecuzione forzata) e la constatazione che, sul piano del diritto sostanziale, qualcuno ha avuto, ad es., una somma di denaro sulla base di un titolo (la sentenza di primo grado) che è stato revocato. Qui chi ha pagato ha la possibilità di chiedere, al giudice di appello, la condanna della controparte alla restituzione perché colui, che ha ricevuto la somma di denaro, se viene meno il titolo in virtù del quale egli l'ha ottenuta, è obbligato, per l'applicazione di principi simili a quelli della ripetizione dell'indebito, a restituire quanto percepito. In questo caso, quindi, la pronuncia di appello può contenere (se richiesto) un capo condannatorio alla restituzione, che è esecutivo ex art. 337 c.p.c.”. Va precisato che per l'illustre autore l'effetto caducatorio della riforma non riposa sull'art. 336 comma secondo c.p.c., anche se quello dell'esecutività delle pronunce “è altro settore al quale tradizionalmente (ma non fondatamente) si applica l'effetto espansivo esterno”, ma sull'effetto espansivo dell'appello: “la sentenza di appello di riforma ha effetto sostitutivo nei confronti della sentenza di primo

Questo l'argomento: la regola *nulla executio sine titulo* è insuscettibile di eccezioni; c'è stato uno *spatium temporis* in cui la procedura ha marciato in mancanza di titolo; dunque l'esecuzione è abusiva per violazione della regola *nulla executio sine titulo*, anche “nell'ipotesi in cui la procedura esecutiva sia corredata di interventi (titolati o meno)”²⁹⁶.

Le delimitazioni soggettivo-cronologiche tracciate dall'opposta dottrina, allora, non valgono ad evitare la caducazione del processo per un duplice ordine di motivi: in primis il pignoramento, in quanto atto dipendente dalla sentenza riformata o cassata, viene invalidato *ex tunc* assieme all'invalidazione del titolo esecutivo, in forza dell'art. 336 comma secondo c.p.c.²⁹⁷, a nulla rilevando l'osservazione secondo cui una volta avviato

grado, e non ha effetto espansivo nei confronti degli atti del processo esecutivo. Essi perdono effetti non perché dipendenti dalla sentenza di primo grado, ma in quanto, venendo meno il titolo esecutivo costituito dalla sentenza di primo grado, il processo esecutivo non può andare avanti”. Dunque, il diritto alle restituzioni non può giustificarsi nella fattispecie di cui all'art. 336 comma secondo art. 336, II c.p.c. “perché non vi sono atti o provvedimenti dipendenti, di natura processuale, ma solo effetti di diritto sostanziale che debbono essere rimossi, e lo sono attraverso il sorgere di un diritto ad una controprestazione, diritto che è esecutivamente tutelabile”. Nel caso di domanda di restituzione, allora, “si applica lo stesso principio, ma non la stessa disciplina della ripetizione dell'indebito. Infatti, qui è rilevante la mera caducazione del provvedimento esecutivo, e non anche l'accertamento che non esiste il diritto sostanziale, esecutivamente tutelato dalla sentenza riformata o cassata (o, più in generale, dal provvedimento caducato: ad es., decreto ingiuntivo). Se anche la caducazione del provvedimento esecutivo avviene per motivi di rito, si ha ugualmente diritto alla restituzione. Invece, l'art. 2033 c.c. prevede che si accerti l'inesistenza (sul piano sostanziale) del debito soddisfatto. Inoltre, le limitazioni di cui agli artt. 2036 ss. c.c. non si applicano. Gli interessi sono poi dovuti dal momento del pagamento, senza che sia rilevante la sussistenza o meno della buona fede dell'*accipiens* (art. 2033 c.c.). Dello stesso avviso Caporusso, *Le domande di restituzione conseguenti alla cassazione, tra esecuzione della sentenza e ripetizione dell'indebito*, in *Giusto Proc. Civ.* 2012, p.146, secondo cui “l'applicazione di un principio (...) non implica che si debbano azionare necessariamente anche tutte le disposizioni che, per le diverse e distinte vicende restitutorie, gli fanno da corona.

²⁹⁶ Vedi Tiscini, *Dei contrasti*, cit., p. 521.

²⁹⁷ Per la dipendenza del pignoramento ex art. 336 comma secondo c.p.c. si veda Vaccarella, *Titolo esecutivo*, cit, p. 172. L'autore coglie la realtà portata dall'art. 336 comma secondo c.p.c. seguito di un ragionamento svolto in riferimento alla disciplina antevigente, che subordinava l'effetto espansivo esterno al passaggio in giudicato della riforma: “*poiché*, scrive l'autore, *l'unico atto esecutivo dipendente dalla sentenza riformata era costituito dal pignoramento* (il quale soltanto era “stabilizzato” fino al passaggio

legittimamente il processo esecutivo da parte del creditore procedente, si radica “una compressione della sfera patrimoniale del debitore non delimitata dal credito dell’istante e della quale possono beneficiare tutti gli intervenienti, anche in assenza di aggressione esecutiva autonoma”²⁹⁸, ponendosi la questione circa il legittimo avvio della procedura in un momento logicamente anteriore a quella sui poteri equipollenti dei creditori titolati di stimolare l’esecuzione; *in secundis*, ferma restando la regola dell’equipollenza fra azioni esecutive, l’affermazione di autonomia circa la posizione dei titolati “non è sufficiente per vincere l’obiezione della sopravvenuta mancanza del titolo esecutivo anche solo per un momento dell’esecuzione”²⁹⁹.

Le conclusioni a cui giunge in replica agli stringenti rilievi l’opposta tesi dottrinale³⁰⁰ sono l’esito di un ragionamento che si polarizza sulla distinta *causa petendi* della domanda restitutoria conseguente a riforma/cassazione del titolo e su un’indagine circa la necessità o meno di una domanda di restituzione ad hoc a seguito della riforma del titolo, non essendo prevista per il caso una norma corrispondente all’art. 369 c.p.c., dettata per l’analoga ipotesi di cassazione con rinvio del titolo eseguito³⁰¹.

in giudicato della sentenza di riforma, e con esso gli atti esecutivi compiuti *fino* alla vendita), solo il pignoramento è travolto dalla riforma della sentenza esecutiva”. Per tutte le fasi successive del processo esecutivo, secondo il Vaccarella, ed a differenza di quanto detto da Cassazione Civile n. 3531/2009, “come non erano interessate dalla stabilizzazione precaria prevista dal vecchio art. 336 comma secondo c.p.c., perché definitivamente e per virtù propria stabili, così non sono toccate dalla riforma della norma”. In buona sostanza “l’effetto della riforma dell’art. 336 comma secondo c.p.c., è *soltanto* quello di caducare immediatamente (dal momento della pubblicazione della sentenza di riforma) tutti gli atti di un processo esecutivo che non sia approdato ancora alla definitiva alienazione del bene pignorato; ma se sia stato emesso il decreto di trasferimento, gli atti esecutivi restano, come erano, del tutto insensibili alla riforma”.

²⁹⁸ Vedi Pilloni, *Intervento*, cit. p.339. Come rileva Tiscini, *Dei contrasti*, cit., p. 522, il problema in questione “si scontra con le ipotesi di invalidazione retroattiva del titolo, nelle quali non è di aiuto l’intervento successivo dei creditori titolati”.

²⁹⁹ Vedi Tiscini, *Dei contrasti*, cit., p. 522.

³⁰⁰ Ci riferiamo ancora a Capponi, in polemica con Tiscini.

³⁰¹ “Si pensi, ad esempio, alla restituzione di quanto pervenuto all’esito dell’espropriazione al “creditore” (colui che ha compiuto il pignoramento ed ha provocato l’esecuzione forzata) procedente, oppure alle somme corrisposte dal terzo pignorato, debitore del “debitore” (colui che ha subito l’espropriazione sulla base del titolo poi caducato), allo stesso “creditore” procedente; si pensi ancora, più in generale, ai pagamenti o trasferimenti effettuati dal soccombente in primo grado alla controparte vincitrice” (Così Amadei, *La riforma*, cit., p. 57.)

Questa ci pare essere la confutazione³⁰²: la riforma della titolo esecutivo in appello non può determinare il suo venir meno *ex tunc* poiché, per consolidata giurisprudenza,

³⁰² Scusandoci in anticipo per aver, forse, frainteso l'autore. Questo è il passaggio dal quale cerchiamo di rielaborare in una nostra grammatica il pensiero di Capponi, Venir meno "*ex tunc*", cit., e che segue una succinta spiegazione della differenza tra "riforma" e "revoca", costruzione cara all'autore e che la Tiscini tenta di scolorire: "sia l'autorevole dottrina richiamata dalla Tiscini (Luiso), sia la giurisprudenza parlano della riforma della sentenza di primo grado come un fenomeno che produce effetti "*ex tunc*". Consideriamo però la massima consolidata: "in caso di riforma di sentenza contenente il pagamento di somme di denaro, la sentenza di riforma non costituisce di per sé titolo esecutivo per la restituzione di quanto versato in esecuzione della sentenza riformata, occorrendo a tal fine un'apposita domanda, che può essere proposta nel giudizio di appello o in altro giudizio autonomo, e che non si inquadra nell'istituto della *condictio indebiti*, dal quale differisce per natura e funzione, dal momento che il diritto alla restituzione sorge direttamente dalla riforma della sentenza che fa venir meno, con efficacia *ex tunc*, l'obbligazione di pagamento e impone la restituzione nella situazione patrimoniale anteriore" (così, tra le tante e da ultimo, la Cass. sez. III, 19-2-2007, n. 3758). L'impressione è che la giurisprudenza si riferisca ad un fenomeno di ordine sostanziale, preoccupandosi soprattutto di sottolineare che "l'azione di ripetizione di somme pagate in esecuzione della sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva, successivamente riformata in appello, con sentenza confermata dalla cassazione, non si inquadra nell'istituto della *condictio indebiti* (art. 2033 c.c.), dal quale differisce per natura e funzione, non venendo tra l'altro in rilievo, gli stati soggettivi di buona o mala fede dell'*accipiens*, atteso che il diritto alle restituzioni sorge direttamente in conseguenza della riforma della sentenza, la quale, facendo venir meno *ex tunc* e definitivamente il titolo e delle attribuzioni in base alla prima sentenza, impone di porre la controparte nella medesima situazione in cui si trovava in precedenza; pertanto gli interessi legali devono essere riconosciuti dal giorno del pagamento e non da quello della domanda" (così, tra le tante, la Cass. Sez. Lav. 5-8-2005, n. 16559). Ed è proprio alla luce di tale giurisprudenza, quindi, a restare impregiudicato il seguente problema, che è poi quello che rileva nell'esame dei rapporti fra azione esecutiva del precedente e azione esecutiva degli intervenuti titolati: il venir meno del titolo, a causa della riforma integrale della sentenza di primo grado, caduca l'esecuzione in corso esattamente "come se il titolo non fosse mai venuto ad esistenza", con la conseguenza di travolgere la posizione degli intervenuti titolati?" Giunto a questo punto, però, il Capponi ripete che la risposta dipende da come istituti propri dell'esecuzione abbiano reagito sul titolo nel caso concreto, e precisa che se il venir meno "*ex tunc*" venisse preso alla lettera, si rischierebbe ad esempio che per effetto della caducazione del titolo, la vendita ex art. 2929 c.c. dovrebbe, a rigor di logica, restare cauducata poiché inesistente (patologia che nel pensiero dell'autore tipicamente dà luogo a "revoca"). "Sembra dunque, conclude il Capponi, che la *fiction juris* del titolo che caducato successivamente all'inizio dell'esecuzione "è come se non fosse mai esistito" non esprime una regola, ma un'eccezione: da valere nel caso in cui non vi siano interventi titolati, e vi sia "revoca" secca come appunto nel caso del decreto ingiuntivo non tempestivamente notificato, vale a dire una causa di invalidità che interessa la formazione del titolo stesso".

essa non può costituire un titolo esecutivo implicito nell'ipotesi in cui si sia adempiuto, coattivamente o spontaneamente, al *dictum* di primo grado³⁰³; occorre invece articolare anche in sede d'appello una domanda ad hoc, che se non svolta farà insorgere a favore dell'appellante il "mero" diritto di domandare successivamente la restituzione di quanto pagato, e cioè il rilascio di un "*controtitolo*" che funga da strumento di riparazione per la precedente esecuzione ingiustamente sofferta.

Inoltre, a seguito della riforma del titolo (ed analogamente a quanto avviene nell'ipotesi di sua cassazione ove addirittura la dinamica appare più plastica in ragione della scissione strutturale fra momento rescindente e momento rescissorio), sorge un

³⁰³ La giurisprudenza è ferma nel dire che la domanda di restituzione non costituisca l'esercizio di una particolare azione di ripetizione, o più generalmente di ingiustificato arricchimento, consistendo piuttosto la ragione della domanda restitutoria nel fatto del venir meno del titolo (con contestuale giudizio rescissorio o meno); pertanto si è affermato che "la domanda ex art. 389 c.p.c., avendo un *petitum* meramente restitutorio (...) è del tutto diversa, quanto a *petitum* e *causa petendi*, rispetto a quella proposta in sede di giudizio di rinvio, che attiene alla decisione del giudizio"; o ancora che l'obbligazione restitutoria che nasce dalla sentenza della cassazione "conserva una propria causa (l'esigenza di restaurare la condizione patrimoniale anteriore alla decisione cassata) e un proprio titolo (la cassazione della sentenza di merito le cui pronunzie sono state eseguite), che la rendono diversa rispetto alla situazioni dedotte nel giudizio principale, conferendole per l'appunto specificità e autonomia" (Cassazione civile, sez. I, 15 aprile 1998, n. 3800 (Pres. Baldassarre - Rel. Criscuolo, in Giust. Civ. Mass. 1998, p. 802 e Foro It. 1998, p. 2901). Talché si tratterebbe di diritto autonomo, che potrà esser fatto valere in via preliminare all'accertamento del diritto per cui v'è causa, o finanche in un giudizio autonomo, non essendovi nesso di pregiudizialità-dipendenza fra l'oggetto della sentenza cassata (e rimesso alla cognizione del giudice del rinvio) e quello della domanda di restituzione di quanto pagato in esecuzione (spontanea o coatta) della sentenza provvisoriamente esecutiva; e quindi reputandosi non solo non necessaria, ma addirittura inopportuna, una eventuale riunione di cause. Se allora il diritto alle restituzioni, nasce in virtù del mero fatto della cassazione o della riforma del titolo, non essendo possibile parlare di una eventuale ingiustizia del pagamento (ed anzi, essendo finanche superfluo ai fini dell'accoglimento della domanda di restituzione un'indagine, seppure incidentale, circa la causa del precedente pagamento, essendo sufficiente conoscere dell'atto di pagamento e della caducazione del titolo), allora il titolare di questa azione di restituzione sui generis, si trova in una posizione analoga al beneficiario degli effetti di una legge nuova retroattiva, atteso che sicuramente non potrà dirsi ingiusto il pagamento effettuato in coerenza alla *lex antiqua* (o alla sentenza cassata). Si trae allora facilmente l'ulteriore conseguenza secondo cui "per le restituzioni non basta che la sentenza di riforma si sostituisca a quella riformata facendone venir meno l'esecutorietà; serve piuttosto un "*controtitolo*", cioè qualcosa di diverso dalla stessa sentenza di riforma se, in ipotesi, essa risulti priva di un capo condannatorio ad hoc" (Confronta Capponi, *Restituzione e titolo "implicito"*, cit., p. 1341).

diritto alla restituzione causato dal duplice elemento della pura riforma/cassazione del titolo e del precedente pagamento effettuato coattivamente o spontaneamente, dovuto in forza del titolo riformato o cassato, che non si inquadra nello schema della *condictio indebiti*.

Ciò induce spontaneamente la conclusione per cui l'effetto sostitutivo della riforma operi *ex nunc*, e la pretesa retroazione *tout court* del venir meno del titolo “come se questo non fosse mai venuto ad esistenza” entrerebbe in aperta contraddizione con la possibilità di domandare le restituzioni sulla base del mero fatto processuale della riforma del titolo eseguito.

Se come in questo caso, allora, il pagamento di un debito dovuto è elemento costitutivo del diritto alle restituzioni, appare evidente la ragione per cui la pretesa non sia inquadrabile nello schema della *condictio indebiti*, che presuppone, prima che giuridicamente logicamente, un pagamento indebito, quale di certo non può considerarsi quella versata all'*accipiens* in conformità d'un titolo esecutivo che quest'ultimo poteva legittimamente vantare a carico del *solvens*.

Diversamente opinando si dovrebbe concludere che gli interessi sulla somma pagata dal convenuto vadano corrisposti dall'attore provvisoriamente vittorioso dal giorno della domanda di restituzione, e non dal giorno del pagamento, a meno che egli non vinca nella *probatio diabolica* della consapevolezza dell'*accipiens* di non doverosità della prestazione ricevuta³⁰⁴, ricevendo un pagamento dovuto sulla base di un titolo

³⁰⁴ Vedi Caporusso, *Le domande di restituzione*, cit., p. 144, secondo cui ciò si profila “sia perché la prestazione effettuata, in quel preciso momento, è dovuta, sia perché il *solvens* non può addurre, almeno in quel preciso momento, nessuna pretesa restitutoria, visto che essa viene ad esistenza solo a seguito dell'eliminazione di un rapporto, in pendenza del quale, è invece l'*accipiens* a vantare una legittima *causa retinendi*. Orbene, se si conviene su questa premessa, diviene consequenziale ritenere che un'applicazione puntuale della disciplina dell'indebito ex art. 2033 c.c. potrebbe rivelarsi foriera di equivoci, se non addirittura una vera e propria contraddizione. Non altrimenti, infatti, dovrebbe considerarsi l'idea di un *solvens* chiamato a provare la mala fede dell'*accipiens* nel ricevere la prestazione). Invero, se l'obbligazione restitutoria è subordinata (nel suo sorgere) allo scioglimento del contratto, di guisa che il *solvens* è sempre privo di legittimazione a promuovere l'azione di restituzione prima che il vincolo stesso sia stato sciolto, siffatto onere, in realtà, finirebbe col sostanzarsi in una *probatio diabolica*”.

provvisorio costituito da un accertamento giudiziario (si tenga a mente che ai sensi dell'art. 1147 c.c., la buona fede è presunta)³⁰⁵.

Vero è che l'art. 96 comma secondo c.p.c. costituisca responsabile chi proceda all'esecuzione di un diritto inesistente, ma tale responsabilità non nasce dal mero fatto oggettivo dell'esecuzione (come nell'ordinamento germanico), ma dipende altresì dallo stato soggettivo della colpa o del dolo del procedente, che in ipotesi potrebbe mancare.

Per quell'ambito temporale che intercorre fra la riforma e del titolo già eseguito e la domanda di restituzione, tuttavia, non si può escludere, nella logica da cui è informata la disciplina degli interessi in materia di *condictio*, che il *solvens* non abbia nulla da poter pretendere relativamente ai possibili interessi che sarebbero potuti maturare in pendenza di quel periodo.

Viceversa, considerando la domanda di restituzione come autonoma, e che nasce dal puro fatto della riforma/cassazione del titolo eseguito, sarebbe contraddittorio affermare che il titolo giustificativo del pagamento non sia mai esistito, se non altro perché la *causa petendi* del diritto alle restituzioni sarebbe inconsistente per difetto di uno dei suoi due elementi essenziali.

Questa particolare dinamica, allora, si può spiegare solo in ragione della "oggettivizzazione" del pignoramento, ed il venir meno del titolo in forza del quale questo

³⁰⁵ Sembrerebbe che per il Capponi il venir meno del titolo in pendenza della procedura esecutiva, non vada letto come un accertamento della sua originaria inesistenza sostanziale: chi sostiene infatti che l'attività esecutiva cada perché la caducazione del titolo esecutivo vada letta come una smentita a posteriori dell'esistenza dell'azione esecutiva (e quindi del titolo), sembra confondere la tematica della incidenze su fatti preteriti dell'atto caducatorio del titolo, con le questioni concernenti la validità ed efficacia del titolo medesimo. E ciò per via di un "peccato di geometria", giacché l'intenzione di un'equiparazione siffatta non può che essere quella di far coincidere l'ambito temporale in cui opera la caducazione fino al momento a partire dal quale, sul piano sostanziale, la pretesa di pagamento dell'attore sia da qualificarsi come ingiustificata. "Gli orientamenti giurisprudenziali sul "venir meno" del titolo esecutivo e sulla *fiction juris* di ritenerlo come "non mai venuto ad esistenza", scrive il Capponi, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 504, avevano ed hanno un fondamento soltanto di diritto sostanziale, quanto alla legittimazione a ripetere l'ingiustamente versato, e lasciano seriamente perplessi allorché il titolo abbia giustificato il compimento di atti esecutivi che non potranno, *sic et simpliciter*, esser giudicati alla stregua di una *fiction juris*" (e ciò, come abbiamo già detto, in ragione del particolare regime di istituti propri del processo d'esecuzione, contesto nel quale il titolo è chiamato ad operare).

venne validamente compiuto non produce altro effetto se non quello di obbligare il pignorante al ripristino dello *status quo ante*.

Interessante indicare, in conclusione, il modo in cui le “bizzarre” sentenze gemelle del 2013 affrontano il problema delle restituzioni: nel sistema così come delineato da quel filone giurisprudenziale il potere di ordinare le restituzioni di quanto pagato sulla scorta di una sentenza di primo grado confermata in appello, la conferma della quale sia stata poi cassata con rinvio, troverebbe titolo nell’art. 283 comma primo c.p.c., a norma del quale “il giudice dell’appello, su istanza di parte, proposta con l’impugnazione principale o con quella incidentale quando sussistono gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti, sospende in tutto in parte l’efficacia esecutiva o l’esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione”.

Secondo le sentenze gemelle “il potere di cui all’art. 283 c.p.c., quanto alla sospensione dell’esecutività della sentenza di primo grado, comprende anche la possibilità che il giudice dell’appello sospenda l’esecutività con effetti non solo *de futuro*, ma anche di rimozione dell’esecuzione già compiuta o per la parte già eseguita”. L’esigenza di una conclusione in tal senso dipende dal fatto che, nella logica di tale orientamento, l’effetto espansivo esterno resta inibito ogniqualvolta l’esecuzione sia stata incoata prima della conferma in appello, mentre in tutta coerenza³⁰⁶ l’art. 389 c.p.c. “riguarda un’esecuzione spontanea della decisione di appello cassata e non un’esecuzione spontanea che fosse avvenuta sulla base della sentenza di primo grado confermata da quella decisione compulsato dalla sentenza (...) onde la ricostruzione proposta non collide con la tradizionale esegesi dell’art. 389 c.p.c., anche considerando che si è detto che gli atti esecutivi compiuti dopo la sentenza cassata sono travolti ai sensi dell’art. 336 comma secondo, e, dunque, riguardo ad essi non v’è nemmeno bisogno di configurare la pretesa ai sensi dell’art. 389 c.p.c.”. Banalmente: fra potere d’inibitoria e potere di restituzione esisterebbe un rapporto di continenza, per cui il giudice dell’inibitoria è *a fortiori* il giudice delle restituzioni³⁰⁷.

³⁰⁶ Fermo restando che *a falsis principiis proficiscitur!*

³⁰⁷ “Mettendo insieme questi dati e segnatamente quelli emergenti dai commi 1 e 2, art. 394 c.p.c., si deve allora ritenere che la restituzione delle parti nella posizione processuale che avevano nel giudizio in cui venne pronunciata la sentenza cassata (salvo per il caso di estinzione) debba comportare che la loro

CAPITOLO III

(Conclusioni: una Logica “mercantile” della giurisdizione.)

3.1. - Alcuni principi costituzionali “à la carte”.

Dando atto delle varie posizioni dottrinali che hanno animato il dibattito circa la natura autonoma o derivata della posizione dell'interventore titolato si è volontariamente evitato di dar conto del fatto che, attorno al nucleo centrale “forte” dell'argomentazione che la sostiene, la teoria dell'oggettivizzazione viene reputata dai suoi fautori più opportuna, anche per ragioni di principio che dovrebbero trovare riscontro nella Carta costituzionale. Questi rilievi venivano svolti già in forma di *obiter* dalla sentenza n. 3531/2009³⁰⁸, che tuttavia decideva coerentemente alla tesi classica.

situazione, quanto all'esistenza della idoneità di titolo esecutivo nella sentenza di primo grado ritornata sub indice nel giudizio di rinvio, torni ad essere quella consentita e supposta dall'art. 283 c.p.c. Con la conseguenza che al titolo esecutivo costituito dalla sentenza di primo grado non potrebbe essere negata una ipotetica idoneità a giustificare una ripresa dell'esecuzione dal momento in cui, per effetto di quella caducazione è regredita, a condizione, però, che il soggetto passivo dell'esecuzione non ottenga dal giudice del rinvio la sospensione dell'esecutività ai sensi dell'art. 283 c.p.c. Sospensione che, naturalmente, sarà gestita dal giudice del rinvio, oltre che sulla base di quanto specificamente prevede la stessa norma (nella prospettiva dell'insolvenza di una delle parti), valutando, evidentemente, la forza di resistenza che la cassazione della sentenza di appello pregressa e, quindi, le ragioni per cui è stata disposta, possono o non possono attribuire alla prospettiva riconosciuta con forza esecutiva dalla sentenza di primo grado. Se, dunque, il giudice del rinvio non provveda positivamente ai sensi dell'art. 283 c.p.c. in tutto od in parte, l'esecuzione, rimasta salva per gli atti anteriori alla sentenza cassata, potrebbe continuare. In caso contrario, cioè se vi sia stata sospensione ai sensi dell'art. 283 c.p.c. da parte del giudice del rinvio, il giudice dell'esecuzione dovrebbe, in via consequenziale, sospendere l'esecuzione, in tutto od in parte, conformandosi a quanto disposto positivamente ai sensi dall'art. 283 c.p.c. dal giudice dell'esecutività del titolo”.

³⁰⁸ Già Cass. n. 3531/2009 osservava che “la soluzione di consentire agli interventori titolati di proseguire l'azione esecutiva nel medesimo processo benché il titolo esecutivo del creditore precedente sia venuto

Secondo le SSUU n. 61/2014, l'adesione alla tesi classica "comporterebbe l'incontrollata ed insostenibile proliferazione delle procedure esecutive, tutte in via principale, con effetti perversi per l'amministrazione della giustizia e palese violazione del principio di economia processuale, soprattutto in un sistema in cui i titoli esecutivi sono sempre meno caratterizzati dalla stabilità, anche quando di formazione giudiziale. Sicché, è vero che secondo quella tesi, per un verso, il debitore esecutato, una volta caducata l'azione principale non avrebbe più da temere nulla riguardo agli eventuali interventi, ma è altrettanto vero che il debitore stesso sarebbe esposto ai lievitati costi delle moltiplicate procedure, con il conseguente danno costituito dalla riduzione della somma ricavata e destinabile all'effettivo soddisfacimento dei creditori".

L'inquadramento della questione in riferimento al fondamentale principio di economia processuale è da condividere, ma va tuttavia dato atto che il *favor* riconosciuto all'economia processuale rischierebbe di ledere l'altrettanto fondamentale principio di ragionevole durata del processo, atteso che l'esecutato si vedrà costretto a proporre ogni contestazione diretta alla caducazione della procedura in confronto di ogni creditore titolato che abbia preso parte all'espropriazione, con conseguente aumento ipoteticamente illimitato degli incidenti cognitivi in seno al medesimo processo. La caducazione o la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo del precedente, infatti, non può essere opposta ai creditori intervenuti titolati per le ragioni che abbiamo visto.

Per quanto riguarda l'argomento "fiscale" sui costi più o meno alti di un pignoramento successivo rispetto all'intervento titolato, esso è irricevibile. Premesso che nessuna disposizione in materia fiscale potrà mai assurgere a base di una ricostruzione sistematica generale (men che meno quella disciplinante l'aliquota di questo o quel tributo), va considerato che anche le attività di notificazione costituiscono presupposto d'imposta. Se allora è vero che la maggior parte delle entrate dello Stato è costituita dalla riscossione dei tributi³⁰⁹, e se è vero che i danari ricavati dalla riscossione del contributo unificato sono in parte attratti nel paniere della fiscalità generale, le SSUU n. 61/2014,

meno" risponde "all'esigenza di garantire una più celere ed economica celebrazione del giudizio (dacché l'azione esecutiva dell'interveniente, paralizzata dalla caducazione del titolo originario, sarà successivamente esercitata in via principale mediante un pignoramento successivo)" e garantisce "la concorsualità delle esecuzioni individuali (indiscutibile *ratio generalis* dell'art. 2741 c.c.)".

³⁰⁹ Cfr. Russo-Fransoni-Castaldo, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano 2015, p. 2.

pronunciandosi nel modo in cui si sono pronunciate, sembra quasi che diano un suggerimento “autorevole” su come “eludere” il presupposto dell’imposta. Un ulteriore indizio in tal senso potrà essere desunto se un futuro mutamento di giurisprudenza si verificasse in concomitanza di un’inversione delle aliquote.

Un altro principio che verrebbe sacrificato sull’altare dell’economia processuale sarebbe poi quello di effettività della tutela giurisdizionale. Infatti, come si è visto, sembrerebbe che l’esecutato non possa giovare della *perpetuatio*, potendo il diritto di procedere ad esecuzione forzata del precedente in qualsiasi momento venir sostituito con quello “più fresco” dell’intervenuto titolato, con grande sorpresa dell’esecutato, a beneficio del quale la legge non garantisce alcun onere notificatorio a carico del ricorrente per intervento. In tale ipotesi allora lo sforzo difensivo dell’esecutato diventerebbe infruttuoso³¹⁰.

L’affermazione della portata meramente oggettiva degli atti dell’esecuzione nel contesto della legislazione vigente contravviene altresì ad un fondamentale principio ermeneutico, già codificato per specifici settori del diritto obbiettivo, ma da considerarsi come fondamento sistematico generale, in ragione del valore di civiltà giuridica che esso esprime: il *favor rei*. Così come “l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva” (art. 27 Cost.), allo stesso modo prima del passaggio in giudicato di una condanna civile, l’esecuzione intrapresa anzitempo non si svolgerà a carico di un “debitore”, ma solo di un “esecutato”³¹¹.

Se fra più opzioni ermeneutiche allora è possibile privilegiare alternativamente la posizione del precedente o dell’esecutato, sarà da preferire quella che, nell’esecuzione fondata su titolo provvisorio, conduce alla liberazione dell’esecutato (*favor libertatis*). Oltre che in sede di teoria generale penale, la regola è espressa nella disciplina

³¹⁰ In virtù del principio di *perpetuatio*, infatti, l’esecutato dovrà essere restituito nello stato in cui si trovava nel momento anteriore all’esercizio dell’azione esecutiva da parte del precedente. Solo dopo tale restituzione, che va eseguita *ante omnia*, ci si potrà porre il problema della sorte degli interventi.

³¹¹ Da questo spirito ci sembra animata la riflessione di Amadei, *La riforma*, cit., p. 50, quando l’autore evidenzia che “l’art. 632, comma 2, c.p.c., parla espressamente di debitore: nel caso che ci occupa al contrario il processo esecutivo cessa proprio perché il soggetto, che ha subito l’esecuzione, *debitore non è mai stato*”. Un ulteriore spunto di riflessione potrebbe essere indotto dalla circostanza che nella riflessione dei giureconsulti dell’età intermedia, la qualità giuridica di debitore rappresenta un’eccezione allo stato di libertà dall’obbligazione in cui, solitamente, si trova il soggetto di diritto. “E’ a questo punto

dell'interpretazione del negozio giuridico all'art. 1372³¹². Ora, se è vero che mediante il titolo esecutivo una specifica situazione soggettiva desumibile dal complesso di un intero rapporto giuridico viene da quest'ultimo stralciata *ex uno latere*, affinché nel processo d'esecuzione le parti del rapporto stesso possano assurgere a meri soggetti di un semplice vincolo obbligatorio, si deve concludere che anche le norme del processo d'esecuzione sono state dettate considerando la posizione dell'esecutato all'infuori di qualsiasi logica di onerosità. In altre parole, a causa della particolarità di un tale congegno processuale, dobbiamo considerare la prestazione dovuta dall'esecutato alla stregua di una prestazione dovuta a titolo gratuito.

La teoria dell'oggettivizzazione rischia poi anche di ledere il diritto di proprietà dell'esecutato, e di pregiudicare irragionevolmente l'acquisto del terzo alienatario della *res pignorata* per autorità dell'esecutato, considerato il fatto che la priorità della trascrizione dell'acquisto del terzo sarà inopponibile al creditore titolato intervenuto successivamente, con vistosa deroga al principio di cui all'art 2646 c.c.

L'interpretazione dell'art. 2913 c.c. nel senso che l'intervento titolato o il pignoramento ulteriore, successivi all'alienazione della *res pignorata*, rendano opponibile il vincolo impresso dal primo pignoramento anche nell'ipotesi di caducazione del titolo esecutivo del precedente, è contraria alla stessa logica sottesa alla disciplina della circolazione della *res pignorata*. A differenza che nel regime antecedente, in cui l'art. 2085 c.c. 1865 disponeva che “dalla data della trascrizione (...) il debitore non può alienare i beni medesimi né i frutti, e ne rimane in possesso come sequestratario giudiziale”, il riformatore del '42, infatti, ha preferito rendere inopponibile al precedente e ai creditori intervenuti l'alienazione successiva della *res pignorata* fermo restando che l'acquisto del terzo è atto valido ed efficace (assopendo tutte le questioni sorte sotto l'imperio del codice abrogato, e che nascevano dalla circostanza della possibile interpretazione “letterale” dell'art. 2085 c.c. 1865 nel senso che l'alienazione della *res pignorata* sarebbe stata affetta da vizio di nullità³¹³).

³¹² Art. 1371. Regole finali - “Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso *nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è titolo gratuito*, e nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso”.

³¹³ Per un'ampia e precisa trattazione del tema, si veda Verde, *Il pignoramento*, cit., p. 98 ss.

Anche per questi motivi allora la teoria dell'oggettivizzazione del processo d'esecuzione è da rigettare.

Va inoltre detto (*repetita juvant!*) che nel nostro sistema politico-costituzionale, se funzioni materialmente legislative possono essere svolte anche da organi che appartengono al potere esecutivo e viceversa, al potere giudiziario è assolutamente vietato creare norme giuridiche, essendo esso deputato all'applicazione di precetti fissati a monte dal Legislatore (cfr. artt. 74 e 101 Cost.)³¹⁴.

3.2. - Quale *par condicio*?

3.2.1. - Lo spettro del *priorität Prinzip* si nasconde nell'ordinamento?

In varie sedi viene detto che la teoria classica metterebbe a rischio il principio della *par condicio creditorum*³¹⁵. Le stesse SSUU n. 61/2014, poi, concludono nel senso

³¹⁴ Per vedersi riconosciuto il potere di determinare quale sia il giusto bilanciamento degli interessi data un'ipotesi di conflitto fra consociati, la candidatura alle elezioni politiche costituirà un passaggio obbligatorio. Incontrato il favore del popolo (al quale appartiene la sovranità ai sensi dell'art. 1. Cost., e nel cui nome la giustizia è amministrata ai sensi dell'art. 101 Cost.), allora, si potrà, in qualità di membri del Parlamento, proporre leggi che, se votate dalla maggioranza di Camera e Senato, potranno fare giustizia anche della vetusta struttura soggettiva individuale del processo d'esecuzione forzata. La capacità d'elettorato passivo, inoltre, non è disconosciuta neppure ai membri dell'Ordine giudiziario (e neppure a chi fra loro eserciti le funzioni di giudice di legittimità). Se eletti essi possono infatti esercitare funzioni legislative, fermo restando il divieto del cumulo, in ossequio al principio di separazione dei poteri.

Un'altra strategia potrebbe essere quella di entrare per cooptazione fra i ranghi del Governo, al quale appartiene l'iniziativa legislativa come ad un qualsiasi membro del Parlamento. Con la firma di cinquantamila elettori, poi, si potrebbe presentare un progetto di riforma per riqualificare la posizione dell'interventore titolato da autonoma a dipendente (cfr. art. 71 Cost.). Anche lo strumento della petizione disciplinato dall'art. 50 Cost. potrebbe tornare utile.

Un'ulteriore strategia potrebbe poi essere quella della rimessione degli atti alla Corte costituzionale per un previo giudizio di legittimità costituzionale della norma.

³¹⁵ Cfr. Capponi, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 497 che, in riferimento alla decisione n. 3531/2009 afferma che "l'esito della vicenda è tale, sul piano del diritto sostanziale (tutela del credito; *realizzazione della par*

della posizione autonoma dell'interventore anche partendo dalla premessa che nel nostro sistema, ispirato alla *par condicio creditorum*, non viene riconosciuto alcun privilegio a favore di chi, fra i creditori in concorso, si sia sobbarcato l'onere di iniziativa processuale³¹⁶.

Da nostro canto non riusciamo a spiegarci quale decisività possa attribuirsi ad un corretto inquadramento della regola della *par condicio* nella specifica questione tratta. Se è vero che la regola della *par condicio* esprime un principio secondo cui l'ordine della distribuzione deve essere stabilito a monte dal legislatore sostanziale, esso è rispettato anche nel caso in cui, invece di pagare ordinatamente la massa, nessuno dei creditori resta soddisfatto.

Volendo allora escludere che la dottrina e la giurisprudenza vicine alla teoria dell'oggettivizzazione vogliano cercare nelle nuvole ciò che invece si trova esattamente sotto il loro naso, nostra impressione è che il ricorso ai massimi sistema costituisca l'*extrema ratio* per uscire dalla situazione di stallo in cui reciprocamente si sono posti coloro che, da un lato, giustificano le loro posizioni affermando che la tesi classica conduce alla totale depressione della figura dell'intervento, degradato altrimenti ad "inutile orpello" (teoria dell'oggettivizzazione), e chi, dall'altro, afferma che la "nobilitazione" dell'intervento titolato a "pignoramento congiuntivo successivo", possa far cadere in desuetudine la *pignoratio super pignorationem* (teoria classica).

Dunque, andrebbero conferiti pari poteri processuali ad ogni creditore, pena la violazione del principio di *par condicio*, con ingresso surrettizio nel nostro sistema della logica tedesca della prevenzione.

condicio creditorum; garanzia degli acquisti coattivi), da far dubitare, ragionevolmente, della sua conformità al diritto processuale".

³¹⁶ Cfr. SSUU n. 6172014, secondo cui "bisogna riconoscere, infatti, che nel sistema (quale il nostro) che accoglie il principio della *par condicio creditorum* e rifiuta il riconoscimento del diritto "di priorità" al creditore procedente (diritto, invece, riconosciuto nel sistema tedesco), dal citato art. 500 c.p.c. deve farsi derivare che il creditore intervenuto munito di titolo esecutivo si trova in una situazione paritetica a quella del creditore procedente, potendo sia l'uno, sia l'altro dare impulso al processo esecutivo con il compiere o richiedere al giudice il compimento di atti esecutivi".

3.2.2. - Una breve incursione oltre i modelli napoleonici (l'esecuzione forzata nel diritto al di là del Reno).

Per comprendere a pieno il significato del *Priorität Prinzip*, sarà allora necessaria una breve disamina del sistema germanico³¹⁷. In mancanza si potrebbe avere l'impressione che nell'ordinamento tedesco non esistano forme di tutela giurisdizionale esecutiva capaci di realizzare una "giusta" (e cioè *non ex tempore, sed ex causa*) distribuzione del retratto³¹⁸.

³¹⁷ Per una breve ma completa descrizione del sistema germanico si veda Grunsky, voce "*Processo civile (Germania)*", Torino 1997, in *Digesto delle discipline privatistiche*.

³¹⁸ Il diritto esecutivo civile tedesco (*Zwangsvollstreckung*), si apre, al paragrafo 704 della ZPO, con l'affermazione di principio secondo cui presupposto dell'esecuzione forzata sia la sentenza definitiva (*Endurteil*) passata in giudicato (*rechtskräftig*), in ossequio all'idea romanistica dell'*actio iudicati*. Poiché la revisione (*Revision*) è qualificata come impugnazione di sentenza definitiva (paragrafo 542), e l'efficacia esecutiva è generalmente riconosciuta alle sentenze d'appello in controversie patrimoniali, è pacifico che l'efficacia esecutiva sia considerata alla stregua di un corollario della regiudicata. E' sentenza definitiva quella pronunciata su tutta la controversia (*Rechtsstreit*), e lo stesso vale, precisa il comma 2 del paragrafo 300, "quando di vari processi riuniti ai fini della contestuale trattazione (*Verhandlung*) e decisione (*Entscheidung*) soltanto uno sia maturo per la decisione (*Endentscheidung*)". Vi sono, ovviamente, eccezioni: una sentenza definitiva non ancora passata in giudicato formale (*formelle Rechtskraft*), infatti, può essere dichiarata provvisoriamente esecutiva (*vorläufig vollstreckbar*) su istanza, da decidere e trattare in appello in via preliminare (paragrafo 718). Alla categoria delle sentenze definitive appartengono anche le sentenze parziali (*Teilurteil*), e cioè quelle che si pronunciano quando fra varie pretese azionate con un'unica domanda (*Klage*) è matura per la decisione finale solo una o solo una parte di una pretesa o, nell'ipotesi in cui sia stata proposta una domanda riconvenzionale (*Wiederklage*), solo la domanda o la domanda riconvenzionale è matura per la decisione finale (paragrafo 301). Si distinguono a loro volta poi le sentenze definitive a cui la provvisoria esecutività può essere concessa solo previa cauzione (*Sicherheitsleistung*), da quelle che non necessitano di alcuna prestazione di garanzia ai fini della provvisoria efficacia esecutiva, e che rappresentano l'eccezione. Appartengono, ad esempio, a quest'ultima tipologia, (per l'elenco completo si rinvia al paragrafo 708), le sentenze contumaciali, le sentenze pronunciate sulla base di un riconoscimento o di una rinuncia (assimilabili alla *confessio in iure* e alla *in iure cessio* romanistica), le sentenze che accolgono le domande di manutenzione o reintegrazione nel possesso e le sentenze emanate in una causa documentale (*Urkunden*) o cambiaria (*Wechselprozess*). Di queste ultime due forme processuali, appare opportuno fare una piccola illustrazione, essendo esse, in buona sostanza, la piena recezione del *processus executivus* di diritto comune. Il creditore, dunque, il cui diritto

L'esecuzione forzata per crediti pecuniari (*Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen*) è disciplinata nella sezione 2 del libro 8 della *Zivilprozessordnung* (ZPO). Caratteristica del diritto germanico è che il pignoramento costituito anteriormente prevale sul pignoramento posteriore; il paragrafo 804 comma 3, infatti, stabilisce che “il diritto di pegno (*Pfandrecht*) che ha origine da un pignoramento (*Pfandung*) antecedente prevale su quello nascente da un pignoramento successivo”. La norma potrebbe apparire come una palese estremizzazione del principio *prior in tempore, potior in jure* (criterio generale di risoluzione dei conflitti fra titoli reali) che tuttavia si spiega, sistematicamente, considerato il fatto che, nel diritto germanico, il pignoramento vale come una sorta di “pegno giudiziale” costituito a favore del creditore procedente: dispone infatti lo stesso

risulti da prova scritta, consegue celermente un titolo esecutivo. In questo procedimento sono ammesse solo determinate eccezioni, dirette, in particolare, contro l'autenticità del documento. Vengono, inoltre, limitati i mezzi di prova, per cui la sentenza viene pronunciata a seguito di una cognizione sommaria dei fatti. Si tratta quindi di una condanna con riserva (*praeceptum de solvendo sine clausola justificativa*); ed infatti, in perfetta analogia con quanto stabilito per la sentenza documentale e cambiaria, dispone il paragrafo 302, che la sentenza pronunciata con riserva (*Vorbehalturteil*) dell'eccezione di compensazione equivale a sentenza definitiva ai fini dell'esecuzione forzata. Un'altra tecnica giuridica caratteristica dello *jus commune* era il c.d. “*bedingte Mandat*”: su istanza del creditore, il giudice ingiungeva il pagamento *inaudita altera parte*, sottoponendo l'ingiunzione alla condizione che non venisse proposta opposizione entro un certo termine (*praeceptum de solvendo cum clausola justificativa*). Ad ogni modo, concludendo il discorso sulle cauzioni, ogni altra tipologia di sentenza definitiva diversa da una di quelle ricomprese nel paragrafo 708, è provvisoriamente esecutiva previa prestazione di idonea cauzione reale o personale. Per quanto riguarda, poi, gli effetti della sentenza di annullamento o di modifica della decisione del merito o della decisione sulla provvisoria esecutività, l'attore è obbligato, in conseguenza di esse, a risarcire il danno derivato al convenuto dall'esecuzione della sentenza o da una prestazione compiuta per evitare l'esecuzione (paragrafo 717). Oltre alle sentenze sono titoli esecutivi, ai sensi del paragrafo 794, soprattutto le transazioni processuali, le decisioni sulla liquidazione delle spese processuali (decisioni del giudice, nelle quali viene stabilito in quale misura una parte del processo deve rimborsare le spese processuali alla controparte) e gli atti notarili nei quali il debitore si assoggetta all'esecuzione forzata senza un preventivo processo di cognizione; stipulazione quest'ultima necessaria in ossequio, chiaramente, al principio romanistico del *confessus pro judicato* (si veda il responso del giureconsulto Paolo, pervenutoci attraverso D, 40, 2, 1, secondo cui “*confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatus*”, e la relativa glossa di Bartolo, citata dal Liebman, *Le opposizione di merito nel processo d'esecuzione*, Roma 1936, p. 68, secondo cui “*confessio habet executionem paratam (...) et propter hoc (...) instrumenta confessionata mandantur executioni sicut sententiae definitivae, quia per statutum, si sit confessio facta coram notario, videatur facta coram iudice*”).

paragrafo 804 al comma 3, che “attraverso il pignoramento il creditore (*Gläubiger*) acquista un diritto di pegno sulla cosa pignorata”, tenendo inoltre a precisare, in merito al diritto di pegno che si acquista per effetto del pignoramento, che esso “garantisce al creditore, nei confronti degli altri creditori, gli stessi diritti di un diritto di pegno acquistato attraverso contratto (*dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht*)”. Se si considera allora che il diritto di pegno, anche nell’ordinamento germanico, è ricompreso nella più ampia classe dei diritti reali, la scelta del *priorität Prinzip* ai fini della risoluzione di controversie circa la precedenza nell’esercizio dell’azione appare perfettamente coerente, come coerente appare la soluzione positivamente sancita dal BGB, di equiparare, ad ogni effetto di legge, la disciplina sostanziale del pignoramento a quella del pegno: dispone, infatti, il paragrafo 1257 del BGB che “le disposizioni sul pegno costituito mediante negozio giuridico, trovano corrispondente applicazione anche al pegno costituito in forza di legge”. L’idea di fondo dell’istituto romanistico al quale la legislazione germanica come sempre si ispira è quello dell’*actio judicati* nella sua variante del *pignus in causa judicati captum* (noto poi come *pignus giudiciale* e *iuxta jus commune*), forma esecutiva istituita già dall’imperatore Antonino Pio, e praticata largamente fino al tramonto dell’età intermedia. La disciplina dell’istituto, pervenutaci attraverso il *Codex*, è contenuta in una rubrica eloquentemente intitolata “*si in causa judicati pignus caputum sit*”, che si apre con lo stesso rescritto dell’imperatore Antonino, il quale concede “a coloro ai quali è conferito lo “*jus jubendi*”, il potere autoritativo di “*tenere ac distrahi*” la cosa del debitore “*jure pignoris*”, considerato che la disciplina dei rapporti di diritto privato quando questi vengano costituiti *jure imperii* è identica alla disciplina di quelli costituiti, invece, *jure privatorum*, a nulla rilevando il regime dell’atto: “*in vicem iustae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis*” (C J. 8.22). Secondo questa procedura venivano pignorate, ad opera di funzionari detti *apparitores* o *executores*, singole cose del debitore (nell’ordine, beni mobili, beni immobili e altri diritti) e, dopo due mesi, qualora questi non avesse adempiuto, si procedeva alla loro vendita all’asta su disposizione del magistrato (attraverso un suo ausiliario). Con il ricavato della vendita veniva pagato il creditore (per capitale, interessi e spese giudiziarie) e l’eventuale residuo veniva restituito al debitore³¹⁹.

³¹⁹ Si veda sul punto Longo, voce “*Esecuzione forzata (diritto romano)*”, cit., p. 721.

Ma ciò che qui ci interessa evidenziare, è lo straordinario parallelismo “uguale e contrario” fra il modo di ragionare dei due legislatori (non senza rischiare di essere un po’ anacronistici). E’ evidente come l’imperatore Antonino, prima conferisca lo strumento processuale del *pingum in causa iudicati captum*, regolandolo attraverso la *fictione juris* del pegno (ordina il rescritto, infatti, che l’impossessamento e la vendita coattiva avvengano “*jure pignoris*”) e, soltanto dopo, motivi il responso ricorrendo alla *eadem ratio* che ispira la formulazione del paragrafo 1257 del BGB, in maniera speculare a ciò che fa il legislatore germanico, che prima raffigura sul piano sostanziale il regime dei rapporti considerandoli nel loro stato di quiescenza, e soltanto dopo, dà le istruzioni processuali per reagire alla loro violazione. Il discorso sui presupposti sostanziali dell’esecuzione forzata (indagine, come si è visto, necessaria affinché il *priorität Prinzip* possa avere una qualche spiegazione) è un po’ più complicato per l’esecuzione forzata su beni immobili (*Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen*): infatti, premesso che il concetto di bene mobile (*bewegliche Vermöge*), per il diritto germanico, ricomprende sia quello di cosa corporale (*körperliche Sache*), sia quello di credito (*Forderung*) e comunque ogni altro diritto patrimoniale (*Vermögenrecht*) diverso e non immobiliare, da una parte la ZPO tiene a precisare, al paragrafo 803, che il pignoramento può colpire solo mobili; dall’altro il titolo 2 del libro 8, dedicato all’espropriazione immobiliare, sancisce, al paragrafo 866, che “l’esecuzione forzata di un fondo avviene attraverso l’iscrizione (*Eintragung*) di un’ipoteca in garanzia per il valore del credito (*Sicherungshypothek für die Forderung*), attraverso vendita forzata al pubblico incanto (*Zwangsversteigerung*) e attraverso amministrazione giudiziale (*Zwangsverwaltung*). Tralasciando l’amministrazione giudiziale che, come nel nostro sistema, rappresenta una sorta di anticresi giudiziale, per quanto riguarda la vendita al pubblico incanto, (per la cui disciplina la ZPO al paragrafo 869 rinvia ad una legge speciale, la *Zwangsversteigerung Gesetz*), possiamo dedurre, in base al paragrafo 867, che il presupposto affinché possa procedersi al soddisfacimento su un fondo per mezzo di essa è un titolo esecutivo (*vollstreckbare Titel*), sul quale viene effettuata un’iscrizione analoga all’iscrizione ipotecaria, requisito necessario ai fini della costituzione di ogni diritto reale immobiliare (paragrafo 873 BGB). In ogni caso, poi, è la stessa ZVG (paragrafo 10, comma primo) a precisare che con l’assoggettamento ad esecuzione di immobili al creditore è parimenti attribuita una prelazione. Appare allora chiaro che nel diritto germanico, in materia

immobiliare, l'omologo del pignoramento è rappresentato (oltre che dagli istituti appena cennati) dalla costituzione di ipoteca giudiziale: in tedesco "*Zwangshypothek*", che letteralmente può essere tradotto come "ipoteca forzata" o "ipoteca coatta".

La coerenza del principio di prevenzione è così dimostrata, e possiamo in tal modo giustificare il ricorrere ad esso per la composizione dei conflitti fra creditori da parte del legislatore tedesco anche in materia di esecuzione immobiliare. Come è noto, infatti, l'ipoteca prende grado dal momento della sua iscrizione (art. 2852 c.c.), e quindi la prevalenza di un credito ipotecario su un altro parimenti assistito da garanzia ipotecaria sul medesimo immobile, si giustifica sulla base del *prior in tempore, potior in jure*.

In conclusione, dunque, si viene così a formare una gerarchia di priorità: l'azione esecutiva esercitata posteriormente può recare soddisfazione al suo titolare soltanto quando il creditore procedente anteriore è completamente soddisfatto. Al contrario, non ha nessuna rilevanza il momento in cui è stato emesso il titolo esecutivo, né il tipo di credito di cui si chiede la soddisfazione; così anche un credito alimentare può soddisfarsi soltanto dopo un credito fondato sulla compravendita.

La *natura* del credito da realizzare è decisiva invece per stabilire l'ordine di prelazione dei crediti nel caso di insolvenza del debitore, ma non ha nessuna importanza nel caso di esecuzione forzata individuale. In particolare, non è possibile, nel diritto tedesco, che un altro creditore esegua un pignoramento soddisfacendosi con precedenza rispetto a chi abbia pignorato prima di lui. Da un punto di vista di politica giuridica il *priorität Prinzip* è discusso.

La necessità di applicare la sanzione esecutiva nell'interesse dei vari creditori, considerati unitariamente come "massa", e secondo un particolare ordine nei pagamenti, si concreta solo al profilarsi di una fattispecie di insolvenza: qui le questioni circa la gradazione delle pretese esecutive rileva sulla base della evidente considerazione secondo cui, finché i beni del debitore superano i suoi debiti o, come si dice, finché l'attivo eccede il passivo, ogni creditore non ha ragione di temere che la sua pretesa resti insoddisfatta. Anche nel diritto romano, infatti, "invece che singoli beni, poteva essere sottoposto a esecuzione forzata

l'intero patrimonio del debitore insolvente in caso di pluralità di creditori e quando le attività non fossero sufficienti a coprire le passività”³²⁰.

3.2.3. - Quando scommettere sull'intervento (un approccio casistico).

Prima delle innovazioni napoleoniche anche il diritto francese si mostrava coerente all'antica logica romanistica del concorso; nel processo esecutivo francese, infatti, “il primo *saisissant* aveva una prelazione sui beni aggrediti che successivamente, nel *droit coutumier*, veniva privata di effetti in ipotesi di *déconfiture* del debitore esecutato, cioè quand'egli era privo di altri beni utilmente pignorabili. La regola della *par condicio creditorum* nasceva qui per il caso di insufficienza del patrimonio del debitore o di liquidazione di tutti i suoi beni”³²¹.

³²⁰ Vedi Lovato - Puliatti - Solidoro Maruotti, *Diritto privato romano*, Torino 2014, p. 145. “In tal caso uno o più creditori insoddisfatti potevano rivolgersi al giudice competente perché li autorizzasse a immettersi nel possesso dei beni del debitore (*missio in bona*), ovvero lo stesso debitore, per evitare l'esecuzione sulla persona e l'*infamia*, poteva mettere a disposizione del creditore i propri beni (*cessio bonorum*). Si apriva allora la procedura concorsuale nella quale potevano insinuarsi anche gli altri creditori (non procedenti ed anche non muniti di giudicato in loro favore) (...). Ottenuta l'autorizzazione del giudice, si procedeva alla vendita dei singoli beni (*bonorum distractio*) ad opera di un *curator*”. Va detto per completezza che in età classica la vendita dei singoli elementi patrimoniali dell'insolvente non avveniva, ma si procedeva direttamente alla vendita in blocco dell'intero patrimonio di lui (*bonorum venditio*), e cioè in ragione del fatto che, come rileva l'Arangio-Ruiz, Istituzioni, cit., p. 35 “il diritto romano non riconosce trapasso di diritti da uno ad altro titolare se non a titolo universale (*per universitatem*); sia nei casi, senza confronto preminenti, della eredità e di quell'analoga istituzione del diritto pretorio che ha nome di *bonorum possessio*, sia nelle ipotesi in cui il titolare di un patrimonio passa sotto l'altrui potestà, e diventando *persona alieni juris* perde a vantaggio del nuovo *pater familias* il suo patrimonio (*conventio in manum* della donna *sui juris*; *adrogatio*) sia, finalmente, nell'acquisto in blocco che un compratore fa dei beni del cittadino insolvente (*bonorum emptio*). In questi casi, i romani hanno nitida la percezione di un titolare che prende il posto di un altro, che gli *succedit*, e ribadiscono il concetto parlando di *successio in locum et jus*: l'erede e gli altri successori indicati occupano il posto del predecessore non solo nella proprietà, ma in tutti i diritti patrimoniali, reali o di credito, che non siano per loro natura destinati a perire col primo titolare”.

³²¹ Cfr. Tedoldi, L'oggetto, cit., p. 1308. La stessa idea di esecuzione forzata, come abbiamo visto, risiede nelle mente del legislatore germanico. Infatti, al paragrafo 88 della *Insolvenzordnung* (già *Konkursordnung*,

Il modello tratteggiato dal *code Napoléon*, invece, e che noi abbiamo recepito, sembra non richiedere necessariamente che la massa attiva corrisponda all'intero attivo patrimoniale dell'esecutato ai fini dell'applicazione delle norme sul concorso, poiché il concetto di "patrimonio" emerge a monte nella norma (inespressa negli ordinamenti germanici), per cui il patrimonio del soggetto è costituito a *gage commun de ses créanciers*; e allora potrà capitare che la necessità di graduare le aggressioni esecutive (necessità che nasce, come si è visto, dalla situazione patologica di squilibrio fra attivo e passivo), si presenti solo relativamente ad un particolare compendio, ricavato dallo stralcio *ex uno latere* di elementi attivi dal patrimonio generale del debitore, mediante individuazione ³²².

Secondo noi allora il problema dell'utilità dell'intervento, di cui i fautori della teoria dell'oggettivizzazione temono la sparizione, va affrontato avendo riguardo alle concrete situazioni che possono profilarsi in occasione del processo esecutivo di cui effettivamente si tratta. Come abbiamo rilevato, nel sistema tedesco la situazione patologica dell'insolvenza è presupposto *ex positivo jure* dell'applicazione delle norme sul concorso;

nome che forse meglio evoca la finalità di realizzazione del concorso che attraverso l'applicazione di essa si tende a realizzare; e che tuttavia, a differenza della nuova denominazione, non rivela apertamente che l'applicazione di essa è subordinata a quella particolare situazione di fatto che è l'insolvenza), rubricato "azioni esecutive anteriori all'apertura del procedimento", è disposto che "la prelazione su un bene compreso nella massa concorsuale conseguita da un creditore concorsuale con un procedimento esecutivo nel mese precedente la domanda di apertura del procedimento o dopo tale data, perde efficacia con l'apertura del procedimento". La norma a ben guardare si rende necessaria proprio in ragione del fatto che, realizzandosi col pignoramento un diritto reale di garanzia forzoso, ed essendo i diritti reali opponibili alla procedura concorsuale, in caso di insolvenza la caducazione di esso è l'unico modo per rendere giuridicamente possibile la *par condicio*. Nel diritto italiano invece, l'assorbimento nel fallimento delle azioni esecutive iniziate o da iniziarsi dai singoli creditori (art. 51 L. Fall.), dipende dall'accentramento nel curatore di tutte le azioni che siano di spettanza dei creditori (Così, ci pare, Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino 2015, p. 835, secondo cui "per le esecuzioni già iniziate, l'assorbimento della esecuzione individuale nella procedura concorsuale si attua attraverso la sostituzione del curatore al creditore istante"), e non già dalla circostanza (inesistente) che la pendenza del pignoramento sia opponibile al fallimento alla stregua di una posizione giuridica assoluta. Ragioni, quindi, di corretto ordinamento processuale.

³²² Come abbiamo osservato il solo fatto dell'individuazione vale nel diritto germanico al fine di giustificare la costituzione giudiziale di una prelazione: l'individualità è infatti elemento strutturale essenziale del diritto reale.

inoltre, negli ordinamenti germanici, chiunque può restare assoggettato alla procedura concorsuale universale, senza che a tali fini rilevi la qualifica di imprenditore commerciale dell'insolvente.

Come abbiamo visto l'art. 629 comma primo c.p.c. è dettato, per la teoria classica, avuto riguardo al seguente caso: l'esecutato, dando seguito ad un accordo col procedente ai danni dei creditori in concorso, rinuncia agli atti dietro la promessa di pagare non appena il proprio bene sarà liberato. Sul piano del diritto sostanziale, infatti, non viene imposto alcun ordine al debitore nei pagamenti (arg. ex art. 2901 comma secondo c.c.), e quindi potrà soddisfare anteriormente quel creditore procedente che sarebbe stato invece postergato in sede distributiva. La possibilità di attuare un tale accordo, allora, avrebbe posto il procedente in una situazione privilegiata in ragione del mero fatto di aver dato avvio alla procedura; possibilità che viene allora impedita riconoscendo ai creditori in concorso il potere di impedire l'estinzione del processo (*i.e.* la caducazione del pignoramento) per rinuncia agli atti.

La tesi dell'oggettivizzazione sottolinea come la norma, delimitata in un ambito così stretto, sarebbe facilmente eludibile. Si dà allora il caso dell'esecutato che paga il procedente in corso d'esecuzione, e poi promuove opposizione all'esecuzione ai fini della caducazione del pignoramento. Di lato il fatto che i creditori (ancorché chirografari) potrebbero avere in tal caso il rimedio dell'opposizione di terzo revocatoria (art. 404 comma secondo c.p.c.³²³) avverso la sentenza di accoglimento dell'opposizione all'esecuzione, qui preme considerare che nell'ipotesi in cui il pignoramento si estenda all'intero patrimonio dell'esecutato, è davvero difficile ipotizzare la possibilità per l'esecutato di adempiere un'obbligazione³²⁴.

In conclusione, l'intervento è sì scelta di rischio, ma si rivelerà come vero e proprio azzardo solo avuto riguardo alle concrete circostanze. Nell'ipotesi, ad esempio, in cui il

³²³ “Gli aventi causa e i creditori di una delle parti, possono fare opposizione contro la sentenza, quando è l'effetto di dolo o collusione a loro danno”.

³²⁴ Altro caso solo apparentemente perplesso potrebbero essere quello della rinuncia del credito da parte del procedente, accertata in sede di opposizione all'esecuzione, in adempimento ad un accordo fraudolento con il quale il debitore si impegna a pagare comunque. In tal caso il rimedio per i creditori in concorso potrebbe essere, oltre all'opposizione di terzo revocatoria alla sentenza, l'esercizio in via surrogatoria della *condictio indebiti* che spetterebbe al debitore.

precedente abbia effettuato un pignoramento di entità pari all'intero patrimonio dell'esecutato, e sulla scorta di un accertamento irrevocabile, il "rischio" nella scelta dell'intervento è pari a zero.

Nell'ipotesi inversa, invece, l'intervento sarà oltremodo azzardato se l'intenzione del creditore titolato sia quella di pervenire in ogni caso alla distribuzione forzata (ecco allora che converrà optare per un pignoramento successivo); se al contrario questi ha interesse ad evitare il pericolo di veder frustrata la propria prelazione o la quota di riparto che gli spetta a causa della sua assenza in fase distributiva, l'intervento svolgerebbe una funzione più che altro cautelativa (si potrebbe quasi dire "prenotativa"), attribuendo al creditore una posizione equa e giustamente temperata agli interessi della controparte.

Le fattispecie che conservano un margine di rischio potrebbero allora essere quelle in cui il titolo sia più o meno provvisorio (sarà "scelta di rischio" l'intervento titolato spiegato in una espropriazione incoata sulla scorta, ad esempio, di una cambiale; sarà invece rischioso solo teoricamente l'intervento spiegato in un'esecuzione fondata su sentenza d'appello), o quelle in cui l'estensione del pignoramento non rispecchi la vera forza economica dell'esecutato (in tal caso il rischio dell'intervento si potrebbe concretare nell'ipotesi in cui l'esecutato, trovandosi nella possibilità di farlo, paghi il precedente, costringendo l'interventore titolato ad iniziare un nuovo processo esecutivo, ammesso e non concesso che intervenendo questi avesse inteso perseguire l'interesse a che l'espropriazione concretamente si completasse).

3.3 - Una "giustizia ingiusta".

Qualunque argomento i fautori della teoria dell'oggettivizzazione vogliano portare sul palmo della loro mano è destinato a restare travolto dall'osservazione, proveniente a volte anche da loro stessi, che le tesi che sostengono vada accolta anche «prescindendo dalla "giustizia" dell'esecuzione»³²⁵. Ancora più grave è che tale opinione

³²⁵ Cfr. Capponi, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 501 e 503, ove si afferma che «l'aspetto forse più rilevante, che discende dalla teoria dell'"oggettivizzazione", è quello relativo al fatto che il venir meno del titolo in corso d'esecuzione diviene fenomeno unitario, in cui non è più dato distinguere la "revoca" dalla "riforma" e, più

riposi in seno alle Sezioni Unite, secondo cui l'unico aspetto rilevante nell'esecuzione forzata è che essa "risulti formalmente legittima, anche se, per ipotesi, sia sostanzialmente ingiusta"³²⁶ (*sic!*).

Considerato allora il fatto che chi lo dice riveste il ruolo di giureconsulto, o addirittura di giudice, basterebbe questo per dimostrare l'intrinseca incoerenza della teoria dell'oggettivizzazione. Chi la caldeggia, infatti, viene *contra factum proprium*.

La verità è che se raccolte, riviste e repertori esistono, è per offrire con ricchezza inesauribile allo studioso "la materia per le sue costruzioni, destinate, a loro volta, a valutare criticamente anche la *giustizia* delle decisioni pronunciate"³²⁷.

Banalmente, se c'è qualcosa su cui gli autori giuridici debbono esprimersi, questa è la "giustizia" delle decisioni dei tribunali.

radicalmente, finisce per scolorire la "giustizia" dell'atto iniziale dell'esecuzione quale riflesso dell'esistenza di un "valido" titolo esecutivo».

³²⁶ Cfr. SSUU n. 61/2014.

³²⁷ Così Colesanti, voce "*Giurisprudenza*", Torino 1958, in *Novissimo Digesto*.

BIBLIOGRAFIA/DOTTRINA

D. Amadei, *La riforma in appello di sentenza provvisoriamente esecutiva, tra lacune di legge e profili di costituzionalità*, in Riv. Esec. Forz. 2001, p. 50

V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, Napoli 2006 (ristampa)

V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 2012 (ristampa)

E. Benigni, *L'art. 336 comma secondo e le "incertezze" sull'esistenza del diritto alle restituzioni*, in Giur. It., p. 2111

V. Bertoldi, *Effetto sostitutivo della conferma in appello e titolo esecutivo*, in Riv. Esec. Forz. 2014, p. 667

E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Milano 1936

C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, Milano 2000

N. Bobbio, voce "*Legalità*", in *Dizionario di politica* diretto da Bobbio, Matteucci e Pasquino, Torino 2004

A. Bonsignori, voce "*Pignoramento*", in *Novissimo Digesto*, Torino 1957, p. 76

M. Bove, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino 1996

D. Busnelli, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1961, p. 1317

R. Caponi, *Tempus regit processum*, in Riv. Dir. Proc. 2006, p. 451

S. Caporusso, *Le domande di restituzione conseguenti alla cassazione, tra esecuzione della sentenza e ripetizione dell'indebito*, in *Giusto Proc. Civ.* 2012, p.146

B. Capponi, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990

B. Capponi, *Difetto sopravvenuto del titolo esecutivo e intervento di creditori titolati*, in *Corr. Giur.* 2009, p. 938

B. Capponi, *Ancora sull'autonomia tra azioni esecutive concorrenti*, in *Corr. Giur.* 2010, p. 645

B. Capponi, *Vicende del titolo esecutivo nell'esecuzione forzata*, in *Corr. Giur.* 2012

B. Capponi, *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo requisiti in via di dissolvenza?*, in *Corr. Giur.* 2012, p. 1169

B. Capponi, *Le Sezioni Unite e l'"oggettivizzazione" degli atti dell'esecuzione forzata*, in *Riv. Dir. Proc.* 2014, p. 496

B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione forzata*, Torino 2017

B. Capponi, *Restituzioni e titolo "implicito" (artt. 282, 336 comma secondo, 389, 402 comma primo, c.p.c.)*, in *Riv. Dir. Proc.* 2018, p. 1344

B. Capponi, *Espropriazione forzata senza titolo esecutivo (e relativi conflitti)*, in *Corr. Giur.* 2013, p. 387

B. Capponi, *La legge e il tempo del processo civile*, in *Otto studi sul processo civile*, Padova 2017, p. 49

B. Capponi, *Che cosa è retto dal tempus*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2019, p. 180

B. Capponi, *Interpretazione degli articoli 653 e 393 c.p.c. (passando per gli artt. 310 e 338 c.p.c.: un concorso di discipline soltanto apparente)*, in Riv. Esec. Forz. 2010, p. 519

B. Capponi, *Revoca del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e opposizione all'esecuzione per difetto sopravvenuto di titolo esecutivo*, in Riv. Esec. Forz. 2000, p. 303

B. Capponi, *Venir meno "ex tunc" del titolo esecutivo ed effetti sull'esecuzione in corso*, in Riv. Esec. Forz. 2010, p. 520

T. Carnacini, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova 1936

F. Carnelutti, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, Milano 2006 (ristampa)

F. Carnelutti, *Titolo esecutivo*, in Riv. Dir. Proc. 1931

F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile, Processo di esecuzione*, I, Padova 1932

F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, III, Roma 1956

F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, Roma 1956

A. Carratta, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, in Giur. It. 2009

C. Cavallini, *Profili costituzionali della tutela arbitrale*, in Riv. Dir. Proc. 2003

A. Cerino Canova, *Le Sezioni Unite si pronunciano sugli effetti della riforma in appello delle sentenze di lavoro*, in Riv. Dir. Civ. 1982, p. 250

G. Chiovenda, *Sulla perpetuatio jurisdictionis*, in Foro It. 1926, p. 363

M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2015

V. Colesanti, voce “*Giurisprudenza*”, Torino 1958, in *Novissimo digesto*.

G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1955

Consolo, Travagli “*costituzionalmente orientati*” delle Sezioni Unite sull’art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato, in Riv. Dir. Proc. 2009

C. Corrado, *Intervento e pignoramento successivo: l’intervento non è una scelta di rischio*, in Riv. Dir. Proc. 2009, p. 1715

F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012

N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, Napoli 1915

F. Danovi, *Note sull’effetto sostitutivo dell’appello*, in Riv. Dir. Proc. 2009, p. 1466

P. Farina, *Caducazione del titolo esecutivo e chiusura anticipata dell’espropriazione: quali effetti nei confronti dei creditori intervenuti e dell’acquirente in vendita forzata?*, in Giust. Civ. 2010, p. 2033

E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1994

Felino Sandeo, *Commentarium in decretalium libros V*, Venetiis 1574

G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino 2015

Furguele, voce “*Diritti acquisiti*”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino 1989, p. 371

C.F. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino 1884

E. Garbagnati, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938

E. Garbagnati, *Il concorso di creditori nel processo di espropriazione*, Milano 1959

E. Garbagnati, voce “*Concorso dei creditori*”, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano 1961

E. Garbagnati, *Cassazione con rinvio ed esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado*, in Riv. Dir. Proc. 1981

E. Garbagnati, *Ancora sugli effetti della riforma in appello della condanna alla reintegrazione di un lavoratore licenziato*, in Riv. Dir. Proc. 1982, p. 572

E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano 1990, p. 224

F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2014

Giovanni da Imola, *In primum decretalium commentaria*, Venetiis 1575

A. Giuliotti, *Titolo esecutivo e formula esecutiva*, in Foro it. 1958, I, 1214

W. Grunsky, voce “*Processo civile (Germania)*”, Torino 1997, in *Digesto delle discipline privatistiche*.

R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger

M. Iappelli, *Intervento nel processo esecutivo: solo per creditori insoddisfatti che amano il rischio?*, in *Giur. di Merito* 2010, p. 2109

S. Izzo, voce “*Pignoramento in generale*”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino

E. T. Liebman, *Le opposizione di merito nel processo d’esecuzione*, Roma 1936

E. T. Liebman, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, in *Riv Dir. Proc.* 1934

E. T. Liebmann, *La sentenza come titolo esecutivo*, *Riv. Dir. Proc.* 1929

D. Longo, *Carenza del titolo esecutivo, vendita forzata e acquisto del terzo*, in *Foro It.* 2013, p. 1234

G. E. Longo, voce “*Espropriazione forzata (Diritto intermedio)*”, in *Novissimo digesto*, Torino 1958.

A. Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, in *Riv. Dir. Civ.* 1993, p. 789

A. Lovato - S. Puliatti - L. Solidoro Maruotti, *Diritto privato romano*, Torino 2014

F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano 2011

F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano 2015

F. P. Luiso, *Ancora sulla riforma della sentenza che dispone la reintegrazione, ex art. 18 st. lav., del dipendente licenziato*, in *Giust. Civ.* 1988, p. 1437

A. Majorano, *Il principio di “fungibilità” dei titoli esecutivi rimesso al vaglio delle Sezioni unite*, in *Giusto Proc. Civ.* 2013, p. 827

A. Majorano, *Sul pignoramento successivo e sulle conseguenze del difetto sopravvenuto del titolo esecutivo originario*, in Riv. Esec. Forz. 2011, p. 693

C. Mandrioli, *Legittimazione ad agire "in executivis" e successione nel credito*, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1957, p. 1351

C. Mandrioli- A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2016

C. Mandrioli- A. Carratta, *Diritto processuale civile*, IV, Torino 2016

C. Mandrioli- A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2014

M. Mariani, *Sul rilascio, da parte del cancelliere, di copia in forma esecutiva di sentenza non ancora eseguibile*, in Foro it. 1959, I, 1353

T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano 2013

A. Massari, voce "*Titolo esecutivo*", in *Novissimo Digesto*, Torino 1957

R. Metafora, *Le Sezioni Unite e la sorte dell'espropriazione in caso di sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, in Corr. Giur. 2014, p. 979

R. Metafora, *Gli effetti della revoca del titolo esecutivo sui creditori intervenuti muniti di titolo e sull'aggiudicazione*, in Riv. Esec. Forz. 2009, p. 319

D. Micali, *Titolo esecutivo e "conflitti esecutivi": alcune dinamiche in materia di esecuzione forzata nella più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in Riv. Esec. Forz. 2014, p. 402

N. Minafra, *In tema di conseguenze sul processo esecutivo del parziale accoglimento dell'impugnazione*, in Foro It. 2013, p. 2906

G. Monteleone, *Noterelle sulla sentenza della Cass., S.U., 7-1-2014, N. 61*, in Riv. Esec. Forz. 2014, p. 297

V. Monteleone, *L'oggettivizzazione del pignoramento: tramonta la concezione astratta del titolo esecutivo?*, in Riv. Esec. Forz. 2014, p. 319

L. Montesano, *La cognizione sul concorso dei crediti nell'esecuzione ordinaria*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1968, p. 561

M. Negri, *Estinzione del giudizio di opposizione in fase di rinvio e resurrezione del decreto ingiuntivo secundum eventum litis*, in Corr. Giur. 2010, p. 734

A. Panzarola, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in Dir. Proc. Amm. 2016, p. 23

C. Petrillo, *Intervento dei creditori, inesistenza del diritto del creditore procedente e sorte del processo esecutivo*, in Riv. Esec. Forz. 2012, p. 497

N. Picardi, *Sui rapporti fra l'art. 338 e l'art. 393 c.p.c.*, in Riv. Dir. Proc. 1994, p. 532

M. Pilloni, *L'esecuzione forzata: tra oggettivizzazione degli atti esecutivi ed esigenze di efficienza della giurisdizione esecutiva*, in Riv. Esec. Forz. 2014, p. 301

M. Pilloni, *Intervento di creditori titolati, difetto sopravvenuto di esecutivo del procedente e arresto della procedura esecutiva*, in Riv. Esec. Forz. 2009, p. 330

A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006

A. Proto Pisani, nota a Cassazione Civile Sezioni Unite 13 aprile 1988, n. 2925, in Foro It. 1982, p. 985

A. Proto Pisani, *Revirement delle sezioni unite sugli effetti della riforma di sentenza pretorile dichiarativa dell'illegittimità di licenziamento*, in Foro. It. 1988, p. 1493

R. Provinciali, voce "*Fallimento*", in *Novissimo Digesto* Torino 1957, p. 1130

E. Redenti, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1954

F. Ricci, *Il giudizio di rinvio*, Milano 1967, p. 277-278

C. Rizza, *Sul passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo in caso di estinzione del processo dopo il giudizio di cassazione*, in Riv. Dir. Proc. 2011, p. 477

A.A. Romano, *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli 2008

F. Russo, *Le conseguenze dell'oggettivizzazione (del pignoramento). Ricadute sull'intervento nell'esecuzione forzata della decisione Cass., S.U., 7-1-2014, n. 61*, in Riv. Esec. Forz., p. 311

F. Russo, *Vecchi e nuovi problemi in tema di intervento dei creditori nell'esecuzione (note a margine di Cass. S.U. n. 61 del 7 gennaio 2014)*, in Giusto Proc. Civ. 2015, p. 511

P. Russo - G. Frasoni- L. Castaldo, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano 2015

L. Salvaneschi, *Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte*, in Riv. Dir. Proc., 1984, p. 121

T. Salvioni, *Brevi note sui poteri d'impulso dei creditori muniti di titolo esecutivo nell'espropriazione forzata singolare*, in Giur. It. 2010, p. 385

G. Santagada, *Estinzione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in sede di rinvio: inammissibilità di una "reviviscenza" del decreto caducato*, in Riv. Esec. Forz. 2011, p. 456

F. Santoro-Passerelli, *Dottine generali del diritto civile*, Napoli 2012 (ristampa)

B. Sassani, *Mancata integrazione del contraddittorio in sede di rinvio e applicabilità dell'art. 393 c.p.c.: una sentenza nuova ed una tesi antica*, in Giust. Civ. 1984, p. 2202

S. Satta, *Trattatello di procedura civile*, Milano 2015 (ristampa)

S. Satta, *Commentario al c.p.c.*, III, Milano, 1966

C. F. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, Berlin 1849

A. Segni, *Giudizio di verifica di crediti ed estensione del giudicato*, in Riv. Dir. Comm. 1941, p. 100

A. M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova 2017

M. Taruffo, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1976, p. 789

R. Tiscini, *Alle Sezioni Unite la questione della sorte del processo esecutivo, nel caso di venir meno del titolo del creditore procedente, pure in presenza di intervenuti titolati*, in Riv. Esec. Forz. 2013, p. 171

R. Tiscini, *Dei contrasti tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza di legittimità circa il venir meno dell'esecuzione a seguito del difetto sopravvenuto del titolo del procedente, pure in presenza di intervenuti titolati*, in Riv. Esec. Forz. 2010, p. 509

G. Travaglini, *Osservatorio - Cassazione Contrasti giurisprudenziali*, in Corr. Giur. 2010

A. Travi, voce “*Intervento dei creditori nell’esecuzione*”, in *Novissimo Digesto*, Torino 1962

A. Tedoldi, *L’oggetto della domanda di intervento e delle controversie sul riparto nella nuova disciplina dell’espropriazione forzata*, in Riv. Dir. Proc. 2006, p. 1297

R. Vaccarella, *Titolo esecutivo, precetto, opposizione*, Torino 1993

M. Vellani, *Intervento o pignoramento successivo da parte del creditore primo pignorante?*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1955

G. Verde, *Il pignoramento (studio sulla natura e gli effetti)*, Napoli 1964

G. Verde, *Diritto processuale civile*, Bologna 2010

S. Vincere, *La stabilità della vendita forzata: un “dogma” riaffermato*, in Riv. Dir. Proc. 2013, p. 1551

BIBLIOGRAFIA/GIURISPRUDENZA

Cassazione Civile, 12 giugno 1968, n. 1883, in Rep. For. It. 1968, voce “*esecuzione forzata in genere*”, n. 16

Cassazione Civile, 10 aprile 1973, n. 1041, in Giust. Civ. 1974, I, p. 117

Cassazione Civile, 19 agosto 1964, n. 2336, in Giust. Civ. 1964, I, 2186

Cassazione Civile, 1 aprile 1958, n. 1132, in Foro It. 1958, I, 1214

Cassazione Civile, 3 giugno 1978, n. 2795, in Foro It. 1979, I, 2718.

Pretura Nardò, 4 maggio 1968, in Giur. Mer. 1969, I, p. 444

Cassazione Civile, 22 ottobre 1963, n. 2810, in Foro it. 1963, I, p. 2270

Cassazione Civile, 29 dicembre 1962, n. 3451, in Rep. Foro it. 1962, voce “ingiunzione”, n. 32-34

Cassazione Civile, 26 marzo 1975, n. 1150, in Rep. Foro It. 1975, voce “esecuzione forzata in generale”, n. 33

Cassazione Civile, 2 aprile 1980, n. 2140, in Rep. Foro It. 1980, voce “ingiunzione” n. 57

Cassazione Civile, 30 luglio 1986, n. 4889, in Rep. For. It., voce “esecuzione forzata in generale”, n. 9

Cassazione Civile Sezioni Unite, 15 marzo 1982, n. 1669, in Foro It. 1982, p. 985

Cassazione Civile Sezioni Unite, 13 aprile 1988, n. 2925, in Foro. It. 1988, p. 1493

Cassazione Civile, 12 febbraio 1994, n. 1421, in Giust. Civ. Mass. 1994, p. 147

Cassazione civile, 24 settembre 2013, n. 21840, in Giust. Civ. Mass. 2013

Cassazione civile, 24 luglio 2000, n. 9685, in Giust. civ. Mass. 2000, p. 1611

Cassazione Civile Sezioni Unite, 22 febbraio 2010, n. 4059, in Giust. civ. Mass. 2010, 2, 242

Cassazione Civile, sez. III, 28 maggio 1999, n. 5192 (Pres. Vittoria - Rel. Di Nanni), in Riv Esec. Forz. 2000

Cassazione Civile Sezioni Unite, 22 febbraio 2010, n. 4071 (Pres. Carbone - Rel. Nappi), in Riv Esec. Forz. 2011

Cassazione Civile sez III, 5 febbraio 1942, n. 342 (Pres. Azara - Rel. Piacentini), in Foro It. 1942, I, 436

Cassazione civile sez. III 23 marzo 2003, n. 4378 (Pres. Giustiniani - Rel. Vittoria), in Giust. civ. Mass. 2003, 599

Cassazione Civile sez. III, 20 novembre 2012, in Giur. It. 2013

Cassazione Civile Sezioni Unite, 2 luglio 2012, n. 11067, in Corr. Giur. 2012, p. 1169

Cassazione Civile sez. III 7 gennaio 2013, n. 2955 in Giust. civ. Mass. 2013

Cassazione Civile sez. III 16 aprile 2013, n. 9161 in Giust. civ. Mass. 2013

Cassazione Civile sez. III, 30 gennaio 2013, n. 2240, in Riv. Esec. Forz. 2013, p. 161

Cassazione civile Sezioni Unite, 7 gennaio 2014, n. 61, in Riv. Esec. Forz. 2014, p. 191

Cassazione Civile, 3 luglio 1954 (Pres. Curcio - Rel. Naso), in Giust. Civ. 1954, p. 1951

Appello Bari, 23 aprile 1952 (Pres. Dadduzio - Rel. Eiantonio), in Cort. Bari Lecce Potenza 1953, p. 250

Tribunale di Cuneo, 30 novembre 2009 (Pres. e Rel. Pisanu), in Giur. di Merito 2010, p. 2109

Cassazione Civile n. 2347/1973, in Corr. Giur. 2010, cit., p. 645

Cassazione Civile n. 427/1978, in Corr. Giur. 2010, cit., p. 645

Cassazione Civile Sezioni Unite 28 novembre 2012, n. 21110, in Corr. Giur. 2013, p. 387

Cassazione Civile sez III, 16 gennaio 2007, n. 837, in Guida al Dir. 2007, p. 62

Cassazione civile, sez. III, 13 febbraio 2009, n. 3531 (Pres. Vittoria, Rel. Travaglino), in Riv. Esec. Forz. 2009, p. 311

Cassazione Civile, sez. III, 28 gennaio 1978, n. 427, Inedita, ma con ampi stralci in Petrillo, Intervento, cit. e Travaglino, Osservatorio - Cassazione Contrasti giurisprudenziali, in Corr. Giur. 2010, p. 30

Cassazione Civile 17 agosto 1973, n. 2347, Inedita, ma con ampi stralci in Travaglino, Osservatorio - Cassazione Contrasti giurisprudenziali, in Corr. Giur. 2010, p. 30.