

LUISS GUIDO CARLI

*Facoltà di Giurisprudenza
Cattedra di Diritto dell'esecuzione civile*

*Chiar.mo Professor Alfredo Storto
Relatore*

*Chiar.mo Professor Antonino Gullo
Correlatore*

**ALESSANDRO CORVINO 171543
CANDIDATO**

Anno accademico 2022/2023

***I POTERI COGNITIVI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE ANCHE ALLA
LUCE DEL QUADRO EUROPEO***

I Poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione anche alla luce del quadro europeo

Indice

Introduzione

Capitolo I

L'evoluzione storica e i profili comparatistici: dal giudizio esecutivo romano al nuovo modello francese

1. Cognizione ed esecuzione: evoluzioni dottrinali e disciplina positiva.....7
2. Cenni storici: i giudizi esecutivi nel diritto romano e nel Codice del 1940.....15
3. La cognizione piena nel giudizio esecutivo francese: *astreinte* e art. 614 bis c.p.c. nell'ottica dell'attualizzazione delle somme...27

Capitolo II

I singoli istituti implicanti cognizione sommaria

1. L'evoluzione del processo esecutivo: le riforme dal 2005 al 2015 e la disciplina attuale.....47
2. La limitazione del cumulo dei mezzi di espropriazione ex articolo 483 c.p.c.....55
 - 3.1. La conversione del pignoramento ex articolo 495 c.p.c.....58
 - 3.2. La riduzione del pignoramento ex articolo 496 c.p.c.....63

4. La risoluzione delle controversie ex articolo 512 c.p.c: assetto pre e post riforma e tesi differenti in ordine alla natura della cognizione.....	67
5. L'accertamento dell'obbligo del terzo negli articoli 548-549 c.p.c.: assetto pre e post riforma e tesi differenti in ordine alla natura della cognizione.....	83
6 L'ordinanza abnorme del GE nell'esecuzione ex articolo 612...	95

Capitolo III

L'intervento della Corte di Giustizia europea

1.1. Premessa e brevi cenni sulla direttiva europea 93/13.....	99
1.2. (segue) le nullità di protezione e il rilievo d'ufficio dell'abusività della clausola.....	110
2. La causa C-693/19, SPV Project 1503 s.r.l., Dobank S.p.A.: inerzia del consumatore e <i>superabilità</i> del giudicato.....	122
3. La causa C-831/19, Banco di Desio e della Brianza S.p.A.: inerzia incolpevole dell'ingiunto consumatore.....	126
4. L'arresto della Corte di Giustizia UE.....	129
5.1. Notazioni conclusive: L'effetto della pronuncia della CGUE sull'assetto attuale dei poteri di cognizione del G.E.....	133
5.2. (segue) Soluzioni alternative.....	137

Bibliografia e indice di giurisprudenza

Introduzione

L'obiettivo di questo lavoro è innanzitutto quello di riprendere il tema – ormai classico, ma mai sopito – dei poteri e dell'attività di cognizione del giudice dell'esecuzione, per storicizzarne premesse e conseguenze, soprattutto alla luce delle ultime sopravvenienze normative e giurisprudenziali eurounitarie.

Se è infatti sicuramente acquisita da tempo l'idea che l'esecuzione forzata si collochi in un alveo squisitamente processuale, non sembra invece essere venuta meno l'idea originaria di una sua “tensione” meramente pratica, sulla scorta della premessa per cui il giudice, secondo il modello di un processo snello e rapido, ha come unico obiettivo la soddisfazione del credito, per quanto e nei limiti risultanti dal titolo esecutivo, rispetto al quale non può che restare estranea ogni attività di cognizione, col sacrificio di qualsivoglia momento valutativo che non sia strettamente funzionale a quel risultato pratico.

Occorrerà allora, in primo luogo, partire da un esame storico del processo di esecuzione forzata, procedendo dall'analisi delle regole peculiari delle varie fasi del diritto romano fino ad arrivare al codice di procedura civile del 1942.

Si guarderà poi al virtuoso modello del processo esecutivo francese, come disciplinato dal recente *Code des procédures civiles d'exécution* del 2012, con cui il legislatore francese ha inteso affidare, in via esclusiva, ad un giudice dell'esecuzione fortemente specializzato la competenza per tutte le controversie cognitive afferenti l'esecuzione, dal punto di vista sia processuale sia di merito.

Seguendo questa linea d'indagine, occorrerà allora procedere ad un produttivo confronto, in punto di stabilità, tra le decisioni

“cognitive” del *juge d'exécution* e quelle del giudice dell'esecuzione nostrano: le prime degne di acquisire autorità di giudicato, le seconde relegate al procedimento in corso e suscettibili di rivalutazione senza limiti mediante l'incardinazione di un giudizio ordinario o incidentalmente nel corso di un altro procedimento; eloquente in tal senso sarà la comparazione tra l'istituto dell'accertamento dell'obbligo del terzo disciplinato dall'art. 549 del codice di rito italiano, come riformato nel 2015, e l'omologo francese.

Su queste premesse d'indagine, si procederà quindi a passare in rassegna una serie di sintomatici istituti processuali esecutivi regolati del Libro terzo del codice che, soprattutto alla luce di recenti riforme, sottendono, talvolta implicitamente o nella prassi e altre volte solo per parte della dottrina, una valutazione del giudice su questioni cognitive, le quali per necessità o opportunità sorgono durante la fase esecutiva, ma cercano di sconfinare la valenza endoprocessuale riservata ai provvedimenti del g.e.

L'indagine non potrà che concludersi, secondo una rima critica e prospettica, con l'esame delle recenti sentenze C-693/19 “*Dobank S.p.A. e SPV Project 1503 s.r.l.*” e C-831/19 “*Banco di Desio e della Brianza S.p.A.*”, con le quali la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata su due rinvii pregiudiziali derivanti da procedimenti esecutivi italiani coinvolgenti consumatori esecutati sulla base di un provvedimento monitorio.

In queste pronunce, infatti, la Corte ha avuto occasione di mettere in risalto le criticità della disciplina italiana in tema di poteri cognitivi/officiosi del giudice dell'esecuzione e di trattare in modo affatto originale il molto discusso tema del giudicato implicito, sancendo l'incompatibilità fra la disciplina italiana e il principio di effettività della tutela che va garantita al consumatore esecutato alla luce della direttiva 93/13.

Si tratta, dunque, di un intervento che, in qualche modo, rimette in discussione sotto una nuova luce l'intero tema dei poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione, costringendo l'interprete

nazionale a indagare in modo nuovo la natura e le conseguenze delle decisioni prese nelle parentesi cognitive riservate al g.e., così come l'assetto dei rimedi, oppositivi ovvero impugnatori ordinari, che è possibile mettere in campo.

Di qui criticità e prospettive che senz'altro offrono nuovo respiro al tema d'indagine.

Capitolo I

L'evoluzione storica e i profili comparatistici: dal giudizio esecutivo romano al nuovo modello esecutivo francese

1. Cognizione ed esecuzione: evoluzioni dottrinali e disciplina positiva

Al fine di trattare compiutamente il tema centrale del presente elaborato, è necessario prendere le mosse dall'evoluzione dottrinale relativa all'ampiezza delle fasi di cognizione e di esecuzione del processo civile, sottolineando, sin da subito, con specifico riferimento all'ordinamento giudico nazionale, la profonda differenza ontologica tra le due fasi, sostanzialmente autonome e indipendenti e ciò, almeno, fino a un recente passato¹.

In particolare, nel corso dell'evoluzione dottrinale si è avuto modo di osservare che il processo di cognizione, disciplinato dal Libro II del codice di procedura civile, non sempre riesce a realizzare la tutela piena delle situazioni giuridiche sostanziali dei soggetti che ad esso hanno ricorso, connettendosi tale impossibilità pratica alla triplice natura dei provvedimenti astrattamente adottabili in sede di cognizione. Il riferimento, come è ovvio, è ai diversi tipi di

¹ Sul punto, in generale, si vedano le osservazioni di G.F. RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, Torino, 2017, p. 3 ss.

azione che, nel processo civile, possono essere di accertamento, costitutive o di condanna².

Ebbene, nel caso delle azioni di accertamento, volte, appunto, ad accertare l'esistenza o l'inesistenza di una certa situazione giuridica, e nel caso delle azioni costitutive, finalizzate a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico, il processo di cognizione è considerato dalla dottrina oggi prevalente perfettamente autosufficiente al fine di realizzare la tutela della parte richiedente³.

Diversamente, nel caso delle azioni di condanna, anche a voler prescindere dall'oggetto di esse, variabile nelle forme di un obbligo di pagare, di dare o di *facere*, allorquando il giudice accolga la domanda dell'attore, condannando il convenuto alla prestazione, può accadere sia che quest'ultimo si adegui spontaneamente alla decisione, sia che non adempia alla

² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, Volume IV*, Torino, 2022, p. 89 ss.

³ Secondo G.F. RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, cit., p. 5 ss. “è il caso o della dichiarazione giudiziale di maternità o paternità (art. 269 c.c.), che costituisce il tipico esempio di provvedimento di accertamento, la sentenza che dichiara l'attore figlio di Tizio o di Caia realizza automaticamente l'interesse dell'agente, giacché per il semplice effetto della sentenza sorgono a suo favore i diritti connessi con lo stato di figlio (diritto agli alimenti ex art. 433 c.c., diritto alla successione legittima ex art. 565 ss. c.c., ecc.). Analogamente avviene per i provvedimenti costitutivi, come nel caso della creazione della servitù di passaggio coattivo ex art. 1051 c.c. Anche qui la sentenza è di per sé idonea a realizzare appieno la tutela dell'istante, poiché il diritto di servitù è costituito per effetto della sola sua pronunzia, senza bisogno di altro”.

statuizione della sentenza di cognizione⁴. È proprio in tali casi che emerge la centralità e la progressiva acquisizione di importanza del giudizio di esecuzione, posto che, se la tutela accordata al creditore fosse limitata alla statuizione del processo di cognizione, qualora il debitore non eseguisse spontaneamente la prestazione, il primo non vedrebbe soddisfatto il suo diritto⁵. Da qui, la necessità, riconosciuta sin dal diritto romano, come si vedrà, di apprestare i mezzi per la realizzazione coattiva del diritto del creditore vittorioso in sede di cognizione⁶. Al di là delle particolarità del giudizio di esecuzione e della possibilità di riconoscere al giudice di questo un'attribuzione anche *cognitiva*, tematica oggetto dei prossimi capitoli, in questa sede iniziale va precisato che la tutela esecutiva classica si esercita, da un lato, attraverso l'uso della forza da parte dello Stato, dall'altra rispettando una serie di garanzie previste dalla legge, nel cui ambito il predetto potere di *imperio* deve esercitarsi⁷.

Il processo di esecuzione è disciplinato compiutamente dal Libro terzo del codice di procedura civile ed è incentrato, essenzialmente, sui provvedimenti di condanna, anche se, giova anticiparlo, vi sono delle ipotesi in cui ad esso può farsi ricorso anche prescindendo dal processo di cognizione, come nel caso dei

⁴ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, Volume IV*, cit., p. 90 ss.

⁵ G.F. RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, cit., p. 7 ss.

⁶ G. VERDE, *Diritto processuale Civile*, Bologna, 2010, p. 455 ss.

⁷ G.F. RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, cit., p. 7 ss.

titoli esecutivi stragiudiziali, atti di diritto privato ai quali l'ordinamento riconosce, in ragione di un loro rigore formale, l'idoneità a consentire il ricorso al processo esecutivo, senza passare attraverso il processo di cognizione⁸.

Come si vedrà nel secondo capitolo, la complessa materia del processo esecutivo è stata oggetto di diversi interventi di riforma negli ultimi vent'anni, emergendo, a partire dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni, dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, fino a giungere al d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, nonché alle recentissime indicazioni compendiate nel Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza (PNRR).

Ciò premesso, va ora osservato che, almeno in linea teorica e in termini generali, è possibile individuare due differenti modelli idonei a distinguere la fase di cognizione da quella di esecuzione, sottolineando che i medesimi modelli declinano in modo differente le varie caratteristiche dell'esecuzione stessa⁹. Ebbene, il primo modello è quello rappresentato dalla tutela a cognizione piena, là dove, come osservato dalla dottrina, gli elementi

⁸ In generale, B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2020, p. 5 ss., nonché F. GHIACCI, G. FANTICINI, *L'esecuzione civile. Formulario commentato*, Torino, 2015.

⁹ Sul tema, A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2009, p. 143 ss.

fondamentali caratterizzanti tale tipologia di tutela sono individuati nella natura sostanziale e non meramente processuale della situazione giuridica su cui verte la cognizione del giudice¹⁰. Direttamente connesso a tale criterio è poi quello che fa riferimento agli indici riguardanti la predeterminazione delle forme del procedimento attraverso cui va necessariamente svolto l'accertamento, nonché la possibilità per il giudice di compiere una istruttoria più approfondita, attraverso l'assunzione di tutti i mezzi di prova, sia precostituiti che costituendi¹¹.

Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, l'accoglimento di tale modello di cognizione piena comporta l'idoneità della pronuncia emessa all'esito del giudizio ad acquisire l'efficacia di giudicato sull'accertamento svolto, considerando, inoltre, che il passaggio in giudicato della medesima pronuncia con cui viene definito il giudizio esecutivo non ammette la possibilità di ottenere la ripetizione delle somme di denaro versate, nonché delle prestazioni eseguite all'esito dello stesso processo esecutivo conclusosi a seguito della definizione della parentesi di cognizione¹². In questo contesto, si è accuratamente precisato che

¹⁰ A. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in Riv. dir. civ., 2002, I, p. 265 ss.

¹¹ A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, cit., p. 147 ss.

¹² A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, cit., p. 149 ss.

l'effetto preclusivo derivante dal modello a cognizione piena dovrebbe prodursi anche rispetto al processo esecutivo che non si sia concretamente declinato in un accertamento a cognizione piena, posto che la possibilità per la parte interessata di attivare la predetta tipologia di tutela, se volontariamente rinunciata, è comunque idonea a conferire il carattere della stabilità ai risultati dell'esecuzione forzata¹³.

Proseguendo oltre, diametralmente opposto a tale configurazione si presenta il modello a cognizione sommaria, caratterizzato dalla presenza di autonomi procedimenti che, pur avendo entrambi carattere giurisdizionale, hanno ad oggetto situazioni giuridiche di natura meramente esecutiva¹⁴. Ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui l'attività valutativa del giudice concerne diritti aventi natura esclusivamente processuale, nel cui contesto, diversamente rispetto alla tutela a cognizione piena, le forme del procedimento non sono positivamente individuate¹⁵. Tali forme e modalità del procedimento, infatti, sono caratterizzate da una sostanziale semplificazione e, nella maggior parte dei casi, il compito di specificare in concreto le modalità di svolgimento del giudizio è affidato al giudice, titolare di un ampio potere di determinare non solo il *quomodo*, ma anche l'*an* dell'attività istruttoria, solitamente

¹³ A. CARRATTA, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, p. 418 ss.

¹⁴ A. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 267 ss.

¹⁵ A. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 268 ss.

limitata all'acquisizione delle sole prove documentali, risultando le altre tipologie di prove non compatibili con le forme semplificate del procedimento medesimo¹⁶.

In considerazione di quanto appena visto, va ora osservato che le implicazioni derivanti dalla scelta del modello di cognizione sommaria, soprattutto per quanto concerne gli esiti dello stesso, sono piuttosto differenti e variegate rispetto a quelle conseguenti al modello di cognizione piena. Infatti, nel primo caso, il provvedimento conclusivo del procedimento sommario non può mai comportare un effetto preclusivo esterno assimilabile a quello del giudicato, ritenendosi sempre ammessa la possibilità per la parte interessata di agire in via ordinaria allo scopo di ottenere un accertamento pieno e definitivo sul proprio diritto¹⁷. In chiave pratica, da ciò discende l'instabilità degli esiti del processo esecutivo e, quindi, la possibilità per il debitore di chiedere la ripetizione di quanto versato all'esito dell'esecuzione forzata¹⁸. D'altra parte, il creditore che intenda contestare l'accertamento svolto in sede esecutiva è legittimato a promuovere un particolare

¹⁶ A. CARRATTA, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 420 ss.

¹⁷ B. CAPPONI, *L'accertamento dei crediti nell'espropriazione forzata dopo le leggi 80 e 263 del 2005*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 877 ss.

¹⁸ A. CARRATTA, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 421 ss.

giudizio ordinario di cognizione, successivamente alla definizione del processo esecutivo¹⁹.

Fatti questi rilievi, è ora il caso di anticipare che nell'ordinamento giuridico nazionale il legislatore, piuttosto che scegliere rigidamente un modello piuttosto che l'altro, ha preferito agire su due piani differenti. Da una parte, infatti, salve le eccezioni che si analizzeranno nel secondo capitolo, si è cercato di restituire al processo esecutivo quella snellezza e quella celerità necessarie ai suoi scopi, privando il medesimo di parentesi di cognizione interne; d'altra parte si è riservato a giudizi di cognizione esterni all'esecuzione medesima il compito di fornire tutela ai diritti controversi con tutte le garanzie formali, vale a dire nell'ambito di giudizi a cognizione piena.

In tale prospettiva, dunque, emerge chiaramente la considerazione per cui, una volta che il processo esecutivo non abbia più la funzione specifica di risolvere le controversie su diritti, conseguentemente non vi è più l'esigenza di imporre che la cognizione che si svolge nell'ambito dei giudizi esecutivi sia sommaria, ma, anzi, diviene più opportuno che la tipologia di

¹⁹ A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, cit., p. 141 ss.

cognizione ivi esercitata sia idonea ad accertare pienamente e in via definitiva la sussistenza e qualità dei diritti controversi²⁰.

2. Cenni storici: i giudizi esecutivi nel diritto romano e nel Codice del 1940.

In questo capitolo introduttivo, peraltro, è necessario sottolineare, in prospettiva storica, che la disciplina attuale del processo di cognizione costituisce, come sottolineato da illustre dottrina, *“il risultato di una lunga evoluzione tendente ad estendere il campo dell’esecuzione dell’obbligo del debitore: dove per esecuzione deve intendersi il mezzo che si adotta affinché si avveri quella situazione cui il diritto tende col comando disobbedito (profilo funzionale) e che (profilo strutturale) colpisce quel medesimo interesse, al cui sacrificio tende il comando inosservato”*²¹.

L’evoluzione del processo esecutivo, peraltro, ha indubbiamente risentito della centralità da attribuirsi al concetto di fungibilità della prestazione, la cui versione originaria è ricavabile proprio dal

²⁰ A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, cit., p. 142 ss.

²¹ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in AA.VV., *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, p. 222 ss. Sul tema, peraltro, si vedano, altresì, le osservazioni di S. SATTA, *L’esecuzione forzata*, Torino, 1963, p. 25 ss., e di E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell’azione*, in AA.VV., *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, p. 158 ss.

processo esecutivo romano classico, i cui principi muovevano dall'idea che l'inadempimento, essendo impensabile che la prestazione dovuta potesse ottenersi da altri che non fosse l'obbligato, poteva dar luogo solo e sempre ad una condanna pecuniaria. Per il diritto romano classico, infatti, l'esecuzione della condanna aveva carattere universale e personale, avendo ad oggetto la persona stessa dell'obbligato ovvero, successivamente alla *lex Poetelia* del 328 a.C., l'intero patrimonio del medesimo²². In altri termini, come precisato dalla dottrina, nel diritto romano vi era l'affermazione del “*carattere universale e personale nel quale si è visto il riflesso della prevalenza del diritto reale (pur sempre spettante al debitore) su quello di credito e la conseguente necessità di dar luogo ad una esecuzione che annullasse la persona (dapprima in senso stretto, poi quale titolare del potere di disporre del proprio patrimonio) del debitore, e che quindi avesse la struttura della pena (colpendo un bene diverso da quello dovuto) e la funzione dell'esecuzione, e cioè il fine di far conseguire il bene dovuto*”²³.

Va, tuttavia, osservato che nel diritto romano il concetto di processo esecutivo è stato perlopiù affiancato al concetto di espropriazione per pubblica utilità, coinvolgente oggi il diritto amministrativo. Nel diritto romano, invece, il confine tra diritto

²² Sul punto, R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in Es. Forz., 2007, I, p. 1 ss.

²³ R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, cit., p. 3 ss.

pubblico e diritto privato era piuttosto labile, soprattutto in materie che coinvolgevano interessi privati e al contempo statali. L'esistenza dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano consente quindi di ampliare la visione a una serie di principi che, poi modulati, sono stati compendati nella disciplina del processo esecutivo attuale. In ogni caso, la predetta configurazione romanistica è una delle questioni più controverse tra gli interpreti, posto che parte della dottrina, sulla base della connotazione pubblica dell'*ager*, ovvero del territorio dell'Impero in generale, ha infatti negato la possibilità che nell'epoca romana, almeno in quella arcaica, si potesse procedere alla espropriazione di beni privati per il soddisfacimento di un interesse pubblico, anche se vi sono altri autori che sostengono l'esistenza dell'istituto già in tale epoca, seppur con ovvie differenziazioni rispetto a quello dell'età moderna e con un progressivo sviluppo temporale piuttosto interessante²⁴.

Per quello che qui più interessa, tuttavia, è necessario riferirsi all'aspetto privatistico dell'evoluzione del diritto romano, avendo cura di sottolineare che, comunque, in tale contesto anche il processo esecutivo aveva natura privata, risultando peraltro sconosciuto l'istituto del titolo esecutivo. Da ciò conseguiva, come precisato dalla dottrina, che ogni contestazione sullo svolgimento dell'esecuzione comportava necessariamente la retrocessione delle

²⁴ In termini, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, Milano, 1966, p. 229 ss.

parti ad una nuova fase di accertamento, la quale si concludeva poi con un'ulteriore sentenza, idonea ad essere portata a sua volta ad esecuzione²⁵. Più precisamente, si è detto che *“nel processo civile romano, anche quando l'esecuzione forzata segua all'accertamento giurisdizionale, quel che abilita tuttavia il creditore a provocare il compimento degli atti propriamente esecutivi non è il iudicatum, ma l'assoggettamento volontario del debitore alla sanzione esecutiva, non l'accertamento del credito consacrato nella condemnatio, ma la desistenza (indefensio) del debitore di fronte alla pretesa attrice”*²⁶.

Tali specificità caratterizzarono tutto il diritto processuale civile romano, almeno fino all'età imperiale, essendo solo a partire dal periodo postclassico e giustiniano che si rinvengono alcune analogie con i processi moderni di esecuzione forzata. Infatti, all'epoca delle XII Tavole, il già affermato carattere privatistico dell'esecuzione forzata determinava che la protezione del debitore e dei terzi coinvolti fosse piuttosto limitata, posto che, con la *manus iniectio iudicati*, il debitore stesso vedeva consumata la sua possibilità di difendersi, in quanto diventava egli stesso oggetto dell'esecuzione. In tali casi, solamente grazie all'intervento di un

²⁵ Sul punto, A. PALMA, *Il luogo delle regole: riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, p. 12 ss.

²⁶ In questi termini, I. ANDOLINA, *«Accertamento» ed «esecuzione» nel diritto italiano nel tardo Medio Evo*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VI, Milano 1985, p. 6 ss.

terzo, il *vindex*, che fosse subentrato nel processo al fine di contrastare la pretesa vantata dal creditore precedente, poteva essere introdotta una nuova *res litiganda* sulla fondatezza della pretesa. Tale nuova questione, simile a quella che aveva portato alla condanna del convenuto, consentiva di arrestare la *manus iniectio*, essendo necessario procedere ad un nuovo accertamento sulla sussistenza del diritto fatto valere nei confronti del nuovo soggetto²⁷.

Al di là di tale peculiare aspetto, in alcuni casi era ammessa anche l'esecuzione forzata sui beni attraverso la *pignoris capio*, modellata nei medesimi termini dell'esecuzione sulla persona fisica del debitore. Nell'evoluzione successiva, peraltro, emerse anche la cosiddetta *missio in bona*, derivante dall'elaborazione dello *ius honorarium* nel II secolo a.C., che consentiva di procedere ad un'esecuzione in forma reale sui beni del debitore.

Diversamente, nel processo formulare e nel successivo processo imperiale dalla *cognitio*, l'esecuzione avveniva attraverso la proposizione dell'*actio iudicati*, attraverso l'instaurazione di un procedimento di accertamento mendante *litis contestatio*, che si concludeva o attraverso la ricognizione da parte dell'intimato del proprio debito, (cosiddetta *confessio in iure o indefensio*)²⁸ su cui il

²⁷ L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano, 1938, p. 219 ss., nonché G. GUGINO, *Trattato storico della procedura civile romana*, Palermo, 1873, p. 280 ss.

²⁸ R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizione*, Torino, 1993, p. 4

giudice emetteva direttamente un decreto di esecuzione, oppure, qualora il debitore avesse contestato il credito vantato dal precedente, mediante la pronuncia di una sentenza che per essere attuata coattivamente richiedeva l'esperimento di una nuova *actio iudicati*²⁹.

La sentenza di condanna originaria non consentiva, dunque, al creditore precedente di soddisfarsi direttamente sui beni del debitore compiendo atti esecutivi ma gli garantiva la possibilità di accedere ad una azione 'nuova', a lui preclusa fino a quel momento: *l'actio iudicati*.³⁰ Infatti *''L'effetto della sentenza era quello solo di far sorgere una nuova obbligazione, diversa dalla precedente perché aveva la sua fonte nel giudicato anziché nell'originario vincolo giuridico...L'obbligazione originaria, qualunque fosse il suo contenuto o la sua fonte, sarà per così dire purificata e ridotta al comune denominatore della obligatio iudicati, ma si è e si rimane ancora sempre nel campo di un mero rapporto obbligatorio di diritto privato, che non poteva ancora autorizzare il creditore a metter le mani sul patrimonio o sulla persona del debitore''*.³¹

Questo meccanismo 'bifasico', che ad oggi potrebbe sembrare contorto, aveva ragione di esistere poiché la sentenza non era intesa come titolo idoneo a cristallizzare il diritto di credito in un

²⁹ E. ALLORIO, V. COLESANTI, voce *Esecuzione forzata* (diritto processuale civile), in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 729 ss.

³⁰ R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizione*, Torino, 1993, p. 6

³¹ Così E. LIEBMAN, *Opposizione di merito nel processo esecutivo*, cit., p. 2 ss.

atto dotato di *imperium*, essendo frutto di emanazione di un soggetto privato³²(*iudex*) la cui pronuncia aveva valore di parere qualificato. Infatti, riguardo la natura della pronuncia del *iudex*, la dottrina ha affermato che vale “più come pronuncia, sia pure autoritativa, del principio di diritto che come ordine di un organo dello Stato al privato”³³

In tale complesso sistema, peraltro piuttosto delicato stante la necessaria collaborazione del debitore e dei terzi, come il *vindex* o qualunque altro soggetto titolare di un diritto autonomo sul bene oggetto dell'esecuzione, l'elaborazione giuridica romana individuò un sostanziale correttivo negli strumenti di coercizione indiretta, poi sviluppati, come si vedrà, nel diritto intermedio e contemporaneo³⁴.

In ogni caso, è indubbio il fatto che, almeno fino al VI secolo d.C, il diritto romano non abbia conosciuto un vero e proprio processo esecutivo, posto che l'eventuale fase di accertamento sulle contestazioni sollevate dal debitore o da terzi doveva necessariamente precedere l'esecuzione e, in assenza di questa, l'esecuzione doveva concludersi sempre con l'attuazione del diritto fatto valere dal creditore senza che vi fosse la possibilità di

³² R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizione*, Torino, 1993, p. 5 ss.

³³ E. LIEBMAN, *Opposizione di merito nel processo esecutivo*, cit., p. 14

³⁴ A. PALMA, *Il luogo delle regole: riflessioni sul processo civile romano*, cit., p. 16 ss.

introdurre in quella sede nuove contestazioni sul medesimo diritto o sulle forme dell'esecuzione³⁵.

Come ha osservato parte della dottrina, però, proprio a partire dal VI secolo è possibile ipotizzare un sostanziale avvicinamento del processo esecutivo romano a quello moderno e contemporaneo: infatti, grazie all'elaborazione giustiniana, se il giudice dinanzi al quale fosse stata proposta un'*actio iudicati* avesse ravvisato l'infondatezza delle contestazioni sollevate dal debitore o dal terzo, anziché pronunciare una seconda condanna, come avveniva in precedenza, avrebbe dovuto provvedere ad ordinare gli atti esecutivi³⁶. La citata evoluzione, secondo i commentatori, sarebbe stata una diretta conseguenza della nuova struttura del processo civile postclassico, il quale, prevedendo l'accentramento della funzione giurisdizionale nella figura del magistrato o di un suo dipendente, aveva perso la natura privatistica propria del processo formulare antico, nonché la ripartizione dei compiti tra i pretori, cui spettava l'emanazione del decreto di esecuzione, e *iudex*, competente invece a risolvere le contestazioni mosse dal debitore o dal terzo³⁷. Oltre a ciò, in tale periodo storico, nell'ambito dell'*actio iudicati* venne sostanzialmente eliminato il riferimento

³⁵ A. PALMA, *Il luogo delle regole: riflessioni sul processo civile romano*, cit., p. 18 ss.

³⁶ I. ANDOLINA, *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*, Milano, 1982, p. 22 ss.

³⁷ A. PALMA, *Il luogo delle regole: riflessioni sul processo civile romano*, cit., p. 21 ss.

alla litiscrescenza, tanto che, qualora il condannato avesse contestato senza ragione la pretesa avanzata dal creditore, il debito corrispondente sarebbe rimasto invariato, non essendo più necessario concedere la possibilità di esperire una nuova *actio iudicati* prima di procedere all'esecuzione³⁸.

Le brevi osservazioni appena svolte sul sistema romano consentono ora di volgere lo sguardo alla disciplina originaria del codice di procedura civile del 1942, modellata essenzialmente su tale concezione romanistica.

In ossequio alle disposizioni del predetto codice, va osservato che il processo di esecuzione può manifestarsi nelle due diverse forme dell'espropriazione forzata e dell'esecuzione forzata in forma specifica. In particolare, l'espropriazione forzata è utilizzata per ottenere l'attuazione coattiva delle sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro, costituendo, a detta della dottrina prevalente, la forma più complessa di processo esecutivo, come dimostra l'elevato numero di disposizioni che la riguardano, sia nel codice civile (artt. 2910-2929 c.c.), sia in quello di procedura (artt. 483-604 c.p.c.)³⁹.

Diversamente, anche in relazione ai poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione, come si vedrà, si modula l'esecuzione forzata in

³⁸ A. PALMA, *Il luogo delle regole: riflessioni sul processo civile romano*, cit., p. 21 ss.

³⁹ R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, cit., p. 3 ss.

forma specifica, finalizzata alla realizzazione coattiva degli obblighi di consegnare una cosa determinata, mobile o immobile (esecuzione per consegna o rilascio, a seconda se la cosa è mobile o immobile: artt. 2930 c.c. e 605-611 c.p.c.) o di un obbligo di fare o di non fare (esecuzione di obblighi di fare e di non fare: artt. 2931 e 2933 c.c. e 612-614 c.p.c.)⁴⁰.

La differenza essenziale fra il processo di espropriazione e l'esecuzione in forma specifica, come specificato dalla dottrina, *“consiste nel fatto che quest'ultima tende a realizzare l'obbligo primario (consegna di quella data cosa, mobile o immobile; realizzazione o distruzione di quella determinata opera), mentre l'espropriazione produce una soddisfazione solo per equivalente, nel senso che non realizza l'obbligazione primaria, ma appresta un complesso di meccanismi volto a fare conseguire all'avente diritto un risultato dello stesso tenore dell'obbligazione primaria, che può essere equivalente ad essa, ma può anche non esserlo”*⁴¹.

Per quello che qui più interessa, al di là di tali differenze ontologiche, va osservato che l'esecuzione forzata, nelle due diverse forme appena accennate, costituisce essa stessa un procedimento, differente per struttura e funzione da quello di cognizione, ma pur sempre avente pieno carattere

⁴⁰ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 11 ss.

⁴¹ In questi termini, Secondo G.F. RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, cit., p. 8 ss

giurisdizionale⁴². Più precisamente, si è detto che “*la natura giurisdizionale dell’esecuzione forzata è oggi un dato di fatto che nessuno mette più in dubbio, cosicché anche per essa debbono valere i principi del giusto processo previsti dall’art. 111 Cost. e segnatamente il rispetto del principio del contraddittorio, che pur attuandosi qui in forma diversa rispetto al processo di cognizione, è pur sempre presente anche nell’esecuzione forzata*”⁴³.

Da ciò discende la necessità di rispettare il principio di cui all’articolo 2907 c.c., espressivo del divieto della giurisdizione d’ufficio, richiedendosi, anche per il processo esecutivo, l’iniziativa della parte interessata, seppure, si ribadisce, il processo esecutivo sia da considerarsi sostanzialmente autonomo rispetto all’eventuale precedente cognizione. Una conferma di tale autonomia è ricavabile dall’art. 2953 c.c., rubricato *Effetti del giudicato sulle prescrizioni brevi*, il quale afferma che, una volta intervenuta la sentenza di condanna passata in giudicato, il diritto alla tutela esecutiva si prescrive sempre in dieci anni, anche se il corrispondente diritto sostanziale aveva una prescrizione più breve⁴⁴. Così, se la parte non ricorre al giudice per fare accertare il suo diritto entro il termine prescrizionale del diritto sostanziale, questo si estingue; tuttavia, una volta celebrato nei termini il

⁴² B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell’esecuzione civile*, cit., p. 15 ss.

⁴³ Ancora, G.F. RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, cit., p. 10 ss

⁴⁴ G.F. RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, cit., p. 12 ss

processo di cognizione, il diritto del vincitore ad agire *in executivis* acquista una nuova prescrizione, che è di dieci anni ed è quindi diversa da quella dell'azione che stava alla base del processo di cognizione⁴⁵.

Senonché, elemento indefettibile per dare inizio al processo di esecuzione è il titolo esecutivo, spiegandosi, tale necessità, in relazione agli effetti di esso che, a differenza di quelli del processo di cognizione, sono materialmente incisivi sul patrimonio dell'obbligato. Per tali ragioni è richiesto che il diritto dell'istante presenti un grado di certezza ritenuto sufficiente dall'ordinamento, tanto da consentire l'aggressione materiale dei suoi beni⁴⁶. Secondo illustre dottrina, infatti, il titolo esecutivo andrebbe considerato come una prova legale del diritto dell'istante, considerata dalla legge idonea a consentire la tutela coattiva del diritto di quest'ultimo, indipendentemente da ogni contraria contestazione dell'avversario⁴⁷. In altri termini, se l'istante è in possesso di un titolo esecutivo, anche se l'esecutando documentasse l'avvenuto pagamento del credito, l'ufficiale giudiziario non potrebbe ugualmente esimersi dal procedere *in executivis*, potendo le eventuali doglianze dell'esecutato essere

⁴⁵ G.F. RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, cit., p. 12 ss

⁴⁶ G.F. RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, cit., p. 12 ss

⁴⁷ Sul punto F. CARNELUTTI,, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., p. 228 ss.

fatte valere solo attraverso le forme previste dalla legge, ovvero attraverso le opposizioni al processo esecutivo, non potendo essere tali da impedire *sic et simpliciter* l'inizio dell'esecuzione forzata e cioè l'efficacia del titolo esecutivo⁴⁸.

3. La cognizione piena nel giudizio esecutivo francese: *astreinte* e art. 614 bis c.p.c. nell'ottica dell'attualizzazione delle somme

Venendo ora ad esaminare il modello di cognizione piena del giudizio esecutivo francese, per poi ampliare la trattazione all'*astreinte* e all'art. 614 bis del codice di procedura civile italiano, va osservato che l'esecuzione forzata francese è attualmente disciplinata dal *Code des procédures civiles d'exécution* (c.p.c.e.), introdotto dall'*Ordonnance* 19 dicembre 2011, n. 1895, *relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution*, seguito poi dal *Décret* 30 maggio 2012, n. 783, *relatif à la partie réglementaire*⁴⁹.

In tale sistema, in via di prima approssimazione, è possibile affermare che la competenza a risolvere le controversie cognitive potenzialmente insorte durante l'esecuzione forzata è affidata

⁴⁸ G.F. RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, cit., p. 14 ss

⁴⁹ Sul punto, A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2013, p. 953 ss.

esclusivamente al giudice dell'esecuzione, il quale, come precisato dalla dottrina, è caratterizzato da attribuzioni e competenze piuttosto particolari rispetto a quanto previsto nell'ordinamento italiano.

L'art. L213-6 del *Code de l'organisation judiciaire* prevede, infatti, che *le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée*, oltre ad essere il medesimo competente per il riconoscimento delle sentenze straniere, nonché per l'*exequatur* dei lodi arbitrari, in ossequio al successivo art. R212-8. Da tale disposizione emerge dunque chiaramente che il giudice dell'esecuzione francese è un soggetto altamente specializzato, non compreso tra *les personnes chargées de l'exécution* e il cui compito è sostanzialmente limitato alla risoluzione delle controversie che hanno origine dall'esecuzione, ovvero, alla trattazione di quei procedimenti definiti giudizi esecutivi. Ciò, peraltro, si dimostra aderente agli intenti del legislatore francese del 2011, il quale si era posto l'obiettivo di degiurisdizionalizzare il processo esecutivo, privandolo di ogni possibile parentesi di cognizione interna⁵⁰.

⁵⁰ G. TAORMINA, *Le nouveau droit des procédures d'exécution et de distribution*, Parigi, 1993, p. 113 ss.

Dal lato pratico, dunque, gli accertamenti esecutivi posti in essere dal giudice dell'esecuzione nel caso in cui insorga una controversia nel corso del processo di esecuzione possono avere ad oggetto direttamente la pretesa sostanziale coinvolta nel processo. In prospettiva temporale, tali accertamenti si svolgono nell'ambito dei giudizi esterni all'esecuzione stessa, concludendosi poi con una decisione idonea ad acquisire l'*autorité de la chose jugée*, così da precludere ogni ulteriore contestazione sul punto nell'ambito di un diverso giudizio⁵¹.

Tali considerazioni preliminari consentono di rilevare che il giudice dell'esecuzione francese è funzionalmente preposto a conoscere l'intero contenzioso che può insorgere successivamente o durante l'esecuzione forzata e ciò sia quando la controversia riguardi la legittimità funzionale dell'esecuzione, sia quando essa si riferisca al suo aspetto sostanziale. Così, l'art. L213-6 del *Code de l'organisation judiciaire*, prevedendo che il giudice dell'esecuzione debba conoscere anche delle contestazioni *sur le fond du droit*, stabilisce che tali accertamenti vadano svolti, successivamente alla proposizione di un'istanza di parte, nell'ambito di un giudizio di cognizione strutturalmente distinto

⁵¹ A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 954 ss.

dal processo esecutivo in senso stretto, il quale segue le forme del procedimento descritto dagli artt. R121-1 ss. c.p.c.e.

Sintetizzando ora la predetta procedura va osservato che essa è piuttosto rapida e poco onerosa, attribuendo alle parti la possibilità di tutelare i propri diritti coinvolti nell'ambito del processo esecutivo ed evitando che le tempistiche di definizione della controversia favoriscano la proposizione di iniziative giudiziarie aventi carattere dilatorio⁵². Nel dettaglio, il procedimento è modellato sulla base della *procédure des référés* che si svolge dinanzi ai Tribunali di Istanza e ha natura contenziosa stante il riferimento all'oggetto della pretesa sostanziale su cui si fonda il processo esecutivo stesso. Sulla base di tali presupposti, l'epilogo del giudizio è rappresentato da un provvedimento emanato dal giudice dell'esecuzione suscettibile di acquisire l'autorità di cosa giudicata sia nel caso in cui esso non venga impugnato con i mezzi previsti dal codice, sia in caso di esperimento infruttuoso degli stessi. Come rilevato dalla dottrina, quindi, *“si viene in tal modo a formare un accertamento definitivo sui diritti oggetto di contestazione, i quali non potranno essere assoggettati ad un nuovo sindacato da parte di un altro giudice nell'ambito di un separato giudizio”*⁵³.

⁵² A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 954 ss.

⁵³ A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 957 ss.

Ciò premesso, va ora sottolineato che oltre alle disposizioni generali di cui all'articolo L213-6 sopra citato, l'ordinamento francese prevede ulteriori incidenti cognitivi, come, ad esempio, quello relativo alle modalità di individuazione del credito nell'ambito dell'espropriazione presso terzi. Più precisamente, sul punto, si è osservato che l'atto di pignoramento viene eseguito mediante notificazione di un processo verbale di sequestro al terzo, il quale è onerato a dichiarare *sur-le-cham* all'ufficiale giudiziario notificante *l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures*, vale a dire l'esistenza e le caratteristiche del credito vantato dal debitore principale nei propri confronti.

Successivamente alla notifica del pignoramento al debitore, da espletarsi entro otto giorni, pena l'inefficacia della procedura, l'esecutato ha poi un mese di tempo per contestare l'esito del pignoramento dinanzi al giudice dell'esecuzione, *ex art. R211-11 c.p.c.*⁵⁴. Ebbene, in quest'ultima ipotesi, interviene il giudice dell'esecuzione, il quale avrà il compito di risolvere la controversia e di dichiarare efficace il pignoramento per la parte non contestata del debito del terzo, disponendo, così, la condanna

⁵⁴ A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 959 ss.

al pagamento di una somma che egli stesso determina a titolo di provvisoriale ⁵⁵ . Nel medesimo contesto, il giudice deve pronunciarsi, con un provvedimento dotato del crisma del giudicato, sulla controversia eventualmente insorta a seguito del rifiuto del terzo di adempiere nonostante la dichiarazione positiva resa. In particolare, qualora venga accertata l'illegittimità del rifiuto, potrà essere emesso un titolo esecutivo contro il soggetto inadempiente, vedendo così salvaguardate le ragioni creditizie⁵⁶.

Va precisato che in aggiunta a tali attribuzioni, il giudice dell'esecuzione ha il potere/dovere di risolvere le controversie insorte in sede di distribuzione del ricavato e ci sia in sede di espropriazione mobiliare sia in sede di espropriazione immobiliare. Nella pratica, la decisione delle menzionate controversie sorte sui diritti di credito vantati in sede distributiva si declina in ossequio alle regole della procedura ordinaria, tanto che, all'esito della parentesi di accertamento, il giudice dell'esecuzione pronuncerà una sentenza di ripartizione (susceptibile di essere appellata entro quindici giorni dalla notifica), nonché provvederà alla distribuzione tra i creditori delle

⁵⁵ A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 959 ss.

⁵⁶ A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 960 ss.

somme ricavate dalla vendita dei beni pignorati attraverso la redazione di un apposito piano di rientro⁵⁷.

Tali considerazioni, in definitiva, permettono di concedere che l'ordinamento giuridico francese riconosce l'*autorité de la chose jugée al règlement judiciaire*, cosicché, una volta che sia stata pronunciata l'ordinanza di chiusura dell'*ordre*, è definitivamente impedita la proposizione di eventuali domande di collocazione tardive⁵⁸.

Soluzione parzialmente differente, peraltro, è stata adottata nell'ambito della fase esecutiva dell'espropriazione forzata su beni immobili, posto che ai sensi dell'art. 213-6 *Code de l'organisation judiciaire* il giudice *connaît de la procédure de saisie immobilière*. In altri termini, la legge, in questi casi, affida all'organo giudiziario il compito di decidere sulle *contestations qui s'élèvent à l'occasion de la procédure de saisie immobilière* e sulle *demandes nées de cette procédure ou s'y rapportant directement*.

Così, la maggiore differenza di assetto tra poteri esecutivi e cognitivi del giudice dell'esecuzione nell'ambito dell'espropriazione forzata immobiliare emerge soprattutto con riferimento all'*audience d'orientation*. L'art. R322-15 c.p.c.e., sul

⁵⁷ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, Parigi, 2012, p. 757 ss.

⁵⁸ A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 962 ss.

tema, dispone che nella citata udienza il giudice, dopo aver sentito le parti o i loro rappresentanti, nonché verificato le condizioni dell'azione esecutiva, statuisce sulle eventuali contestazioni sollevate e determina le modalità del procedimento⁵⁹. Come osservato in dottrina, peraltro, le contestazioni che il giudice deve risolvere al fine di pronunciare il *jugement d'orientation* e disporre, quindi, la prosecuzione dell'esecuzione, possono riguardare sia questioni processuali, come quelle relative alla sussistenza di eventuali nullità formali del procedimento, sia questioni di merito, concernenti l'esistenza o l'ammontare dei crediti azionati⁶⁰. Tuttavia, anche in questi casi per così dire incidentali, le decisioni del giudice dell'esecuzione sono impugnabili con i mezzi ordinari, essendo dunque idonee ad acquisire efficacia definitiva sull'accertamento compiuto in ordine alla pretesa sostanziale contestata⁶¹.

Per comprendere meglio il sistema francese è importante fare riferimento ad un esempio pratico, rappresentato dal procedimento di accertamento del passivo, là dove è evidente l'emersione del

⁵⁹ A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 963 ss.

⁶⁰ A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 964 ss.

⁶¹ J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, II, Parigi, 1938, p. 694 ss.

modello di tutela a cognizione piena dei giudizi esecutivi⁶². In particolare, nell'ambito delle procedure fallimentari, la *procédure de vérification de créances* è disciplinata dagli artt. L624-1 e seguenti del Codice di Commercio, così come era disciplinata sostanzialmente anche dall'ordinamento italiano dalla legge fallimentare all'articolo 157 prima dell'avvento del Nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza⁶³. Ebbene, nel sistema francese, non essendo presente una fase necessaria di verifica del passivo in contraddittorio con tutti gli interessati, l'art. L622-24 del Codice prevede che il *mandataire judiciaire*, sulla base delle domande eventualmente presentate dai creditori e delle prove allegare, sentito il debitore, predisponga un progetto di stato passivo, il quale viene successivamente presentato al *juge-commissaire* che *décide de l'admission ou du rejet des créances*. In tale contesto, i creditori esclusi e i creditori concorrenti hanno la possibilità di impugnare la decisione emessa dal predetto giudice dinnanzi alla Corte d'Appello, la quale decide in via ordinaria sulla domanda avente ad oggetto il diritto di credito⁶⁴. Questo procedimento, dunque, è evidentemente incluso nell'ambito del modello monitorio, cosicché, all'esito del giudizio,

⁶² J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, cit., p. 700 ss.

⁶³ J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, cit., p. 700 ss.

⁶⁴ A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 967 ss.

si sostanzii un vero e proprio *giudicato* sui diritti di credito ammessi alla procedura concorsuale, in tal modo confermandosi l'inquadramento di tale specifica parentesi cognitiva nell'ambito del modello di tutela a cognizione piena⁶⁵.

Segue: l'*astreinte* e l'attualizzazione delle somme

Così delineate le caratteristiche essenziali del modello d'oltralpe di cognizione piena è ora necessario esaminare l'istituto dell'*astreinte*, anch'esso di matrice francese, consistente essenzialmente in una tecnica di coercizione della volontà dell'obbligato rappresentata da una condanna pecuniaria accessoria ed eventuale, generalmente fissata in un *tantum* per ogni giorno di ritardo o qualunque altra unità di tempo nell'ipotesi in cui quest'ultima non sia eseguita entro il termine stabilito dal giudice⁶⁶.

Dal punto di vista della *ratio*, l'*astreinte* ha lo scopo di ottenere dal debitore l'esecuzione in natura delle obbligazioni assunte personalmente dietro la *minaccia* di un aumento progressivo della predetta somma di denaro, mentre, nel caso di obblighi di non fare,

⁶⁵ A. NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, cit., p. 968 ss.

⁶⁶ Sul tema, si vedano i rilievi di L. MARAZIA, *Astreinte e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in Riv. es. forz., 2004, 2, p. 333 ss, nonché, B. CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta*, Padova, 2011, p. 8 ss.

mira ad ottenere una condanna preventiva al pagamento di una indennità per ogni violazione futura, salvo a disporsi che, dopo un certo numero di violazioni, il provvedimento debba essere riveduto, così da eventualmente aumentare l'importo dell'indennità⁶⁷. Con riguardo all'evoluzione dell'istituto si deve notare che il medesimo, di creazione originariamente, giurisprudenziale, era stato strutturato in conseguenza della necessità di superare l'ostacolo posto dall'art. 1142 del Code Napoleon secondo cui, a fronte dell'inadempimento di obbligazioni aventi ad oggetto un fare o un non fare, al creditore era attribuita solamente la possibilità di adire l'autorità giudiziaria al fine di ottenere una pronuncia che condannasse il debitore al risarcimento del danno ed alla corresponsione degli interessi⁶⁸.

Se in origine, quindi, l'*astreinte* poteva essere utilizzata solo con riferimento alle statuizioni aventi ad oggetto un obbligo di fare infungibile o di non fare, non essendo possibile in questi casi sostituire un terzo al soggetto inadempiente al fine di ottenere il medesimo risultato, nel corso del tempo, come rilevato dalla dottrina, l'ambito applicativo dell'istituto è stato ampliato sino a ricomprendervi le pronunce giurisdizionali aventi ad oggetto

⁶⁷ F. DE STEFANO, A. M. CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, in Riv. es. forzata, 2009, I, p. 43 ss.

⁶⁸ F. DE STEFANO, A. M. CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, cit., p. 44 ss.

obblighi di fare fungibile, di consegna e rilascio, nonché quelli di condanna al pagamento di una somma di denaro⁶⁹.

In prospettiva normativa, il provvedimento centrale in materia di *astreinte* è rappresentato dalla *Loi n°72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'execution et relative a la reforme de la procedure civile*, la quale ha certificato la natura generale dell'istituto, attribuendo all'organo giudicante il potere di adottare, anche d'ufficio, misure sanzionatorie pecuniarie ogniqualvolta ciò si renda necessario al fine di assicurare l'esecuzione delle proprie statuizioni⁷⁰. Sennonché, tale compendio normativo è stato successivamente modificato dal legislatore con la *Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution* e con il successivo decreto attuativo n° 92-755 del 1992. A seguito di tali interventi normativi, oggi, qualunque giudice può pronunciare, su istanza di parte o anche d'ufficio, la misura compulsoria dell'*astreinte* al fine di assicurare l'esecuzione delle proprie decisioni. Per quello che qui più interessa, va rilevato che il medesimo potere è attribuito anche al giudice della fase

⁶⁹ F. DE STEFANO, A. M. CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, cit., p. 45 ss.

⁷⁰ F. DE STEFANO, A. M. CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, cit., p. 45 ss.

esecutiva in relazione a provvedimenti assunti precedentemente da altro magistrato⁷¹.

Secondo la dottrina, non sussisterebbero limiti temporali all'irrogazione della sanzione, ben potendo essere comminata anche in sede di impugnazione⁷². Ciò detto, va ora precisato che l'*astreinte* può essere provvisoria o definitiva: nel primo caso, peraltro quello ordinario in caso di diversa indicazione, essa sarà sempre modificabile ad opera del giudice che l'ha pronunciata, sia relativamente all'ammontare quanto alle modalità pratica di attuazione, soprattutto qualora dovesse rivelarsi insufficiente a coartare la volontà del debitore determinato periodo senza esito positivo⁷³. Con riferimento al *quantum*, esso dovrà essere determinato dal giudice con il precipuo scopo di *intimidire* il debitore rendendo così al medesimo sconveniente l'inadempimento degli obblighi impostigli.

In relazione agli effetti, invece, va precisato che l'art. 51 del decreto del 1992 stabilisce che l'*astreinte* inizia a produrre i propri effetti dalla data fissata dal giudice o, in mancanza, dal giorno della pronuncia della condanna principale, purché quest'ultima sia provvisoriamente esecutiva. Sul punto merita di essere rilevato

⁷¹ R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in Riv. dir. proc., 1996, p. 664 ss.

⁷² R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, cit., p. 665 ss.

⁷³ F. DE STEFANO, A. M. CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, cit., p. 48 ss.

che, trattandosi di una sanzione accessoria rispetto all'obbligazione principale, là dove quest'ultima venga meno per qualsiasi ragione anche la misura coercitiva è destinata alla caducazione, non essendo possibile, in questa fase, procedere in via esecutiva contro il debitore inadempiente al fine di recuperare gli importi maturati a titolo di sanzione, essendo necessaria l'attivazione specifica del creditore, il quale dovrà chiedere al giudice dell'esecuzione di provvedere alla liquidazione dell'*astreinte*, a meno che il magistrato che ha pronunciato la condanna principale non abbia riservato in capo a sé questo potere⁷⁴. In ogni caso, è sempre possibile ottenere *medio tempore*, la pronuncia di una misura conservativa del patrimonio del debitore, come previsto dall'art. 53 del decreto del 1992.

Così, in definitiva, mentre l'*astreinte* definitiva è già determinata in origine nel suo ammontare, per cui il giudice in sede di liquidazione dovrà limitarsi ad una mera operazione di calcolo, diversamente, l'*astreinte* provvisoria deve essere sempre liquidata tenendo conto del comportamento del debitore e delle difficoltà che questi abbia incontrato nel porre in essere quanto intimatogli con il provvedimento giudiziale, potendo pertanto il giudice discostarsi dal *quantum* originariamente stabilito, manifestandosi

⁷⁴ F. DE STEFANO, A. M. CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, cit., p. 48 ss.

proprio in questo caso una sorta di cognizione piena del giudice dell'esecuzione in materia di *astreinte*⁷⁵.

Va tuttavia precisato che, diversamente da quanto avviene in caso di applicazione della misura coercitiva, in sede di liquidazione dell'*astreinte*, la discrezionalità del giudice non è assoluta, essendo quest'ultimo sempre tenuto ad instaurare il contraddittorio tra le parti prima di provvedere, nonché a motivare la propria decisione. Nel dettaglio, infatti, il giudice, prima di poter procedere alla liquidazione, dovrà verificare la presenza in capo al debitore della resistenza colposa nell'esecuzione del provvedimento di revoca dell'*astreinte* o di una sua riduzione laddove sia accertato l'adempimento all'obbligazione principale, oppure sia emerso che il ritardo nell'adempimento dipende da causa del tutto o in parte estranea ad debitore, quindi nelle ipotesi di caso fortuito o forza maggiore, di fatto del terzo e di fatto del creditore⁷⁶. La parte gravata dall'obbligo, quindi, avrà l'onere di dimostrare l'avvenuto adempimento o l'impossibilità di provvedervi per causa ad essa non imputabile, mentre il creditore dovrà fornire la prova che la mancata ottemperanza alla statuizione

⁷⁵ F. DE STEFANO, A. M. CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, cit., p. 50 ss.

⁷⁶ F. DE STEFANO, A. M. CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, cit., p. 52 ss.

del magistrato dipende esclusivamente dalla volontà dell'obbligato⁷⁷.

Fatti questi rilievi, prima di analizzare, dal punto di vista interno, l'articolo 614 bis c.p.c., è interessante, in materia di recepimento nazionale dell'istituto dell'astreinte, fare riferimento a una recente ordinanza del Tribunale di Roma⁷⁸, la quale ha affermato che l'astreinte è titolo per ottenere da un giudice della cognizione un provvedimento condannatorio, quantunque l'astreinte stessa venga giudicata titolo esecutivo valido ed efficace. In tale prospettiva, dunque, secondo i giudici capitolini sarebbe *“il precetto che non appare sorretto dal requisito della liquidità del titolo sotto il profilo dell'accertamento del se ricorrano le violazioni”*. Secondo la dottrina, il predetto ragionamento, pur apparendo *prima facie* contraddittorio, testimonierebbe il fatto che *“la domanda esecutiva è nel caso data, appunto, dalla combinazione tra titolo esecutivo e precetto: non certo nel senso che il secondo dovrà integrare (o autonomamente presentare) i requisiti di cui all'art. 474, comma 1, c.p.c., bensì nel diverso significato per cui è il precetto che, sulla base del titolo esecutivo (che come sempre*

⁷⁷ F. DE STEFANO, A. M. CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, cit., p. 52 ss.

⁷⁸ Il riferimento è a Tribunale di Roma, Ord. del 2 febbraio 2017, con nota di B. CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Judicium* del 12 settembre 2017, p. 2 ss.

individua diritti “certi” e “liquidi” anche coi criteri per la relativa specificazione), dovrà quantificare la domanda esecutiva sulla scorta degli elementi obiettivi risultanti dal titolo”⁷⁹.

Segue: l’art. 614 bis c.p.c.

Come si è anticipato nel paragrafo precedente, la legge n. 69 del 2009 ha aggiunto nel codice di procedura civile l'art. 614-bis⁸⁰, codificando, così, per la prima volta, una previsione generale di misura coercitiva in un sistema che in precedenza, come rilevato dalla dottrina, *“prevedeva solo misure coercitive di carattere particolare ed occasionale, misura che troverà spazio applicativo ove la legge non preveda norme speciali istitutive di misure coercitive peculiari”⁸¹.*

⁷⁹ B. CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, cit., p. 2 ss.

⁸⁰ *Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.*

⁸¹ In questi termini, M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all’art. 614-bis c.p.c.*, in *Judicium* del 29 aprile 2010, p. 1 ss.

Così, in seguito all'entrata in vigore della predetta disposizione, si è detto che la misura coercitiva contribuisce a rafforzare un provvedimento di condanna, venendo irrogata in funzione della realizzazione di un rapporto obbligatorio. Sennonché, in chiave critica, si è sottolineato che, *“se dalla rubrica della norma emerge chiaramente come il suo campo di applicazione sia limitato alle obbligazioni infungibili, nel testo della norma stessa questa delimitazione non è ripetuta. Da qui può sorgere il dubbio, rafforzato anche dall'osservazione del sistema francese, che certamente ha ispirato il nostro legislatore, nel quale è previsto che l'astreinte possa essere concessa anche in riferimento a prestazioni fungibili”*⁸².

Ebbene, secondo parte della dottrina sarebbe il caso di operare una interpretazione restrittiva del problema appena sollevato, posto che, da un lato, così suggerirebbe la collocazione della disposizione, dall'altro, *“sembra chiaro come essa vada a chiudere il quadro di un sistema nel quale si afferma che, se per le obbligazioni fungibili soccorrono gli articoli 612 ss. c.p.c., per quelle infungibili, e solo per queste, l'interessato ha l'ancora di salvezza dell'art. 614-bis c.p.c.”*⁸³.

Al di là di tale quesitone, per quello che qui più interessa, soprattutto con riguardo alle linee di demarcazione tra fase

⁸² M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 2 ss.

⁸³ M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 2 ss.

cognitiva e fase esecutiva, va osservato che la misura coercitiva prevista dall'articolo 614 bis c.p.c. può essere concessa solo dal giudice della cognizione, come elemento accessorio ad un provvedimento di condanna, e non anche dal giudice dell'esecuzione. Il provvedimento di condanna rafforzabile con la concessione della misura, in particolare, può essere sia una sentenza sia un altro provvedimento che contenga un ordine di prestazione, emergendo in tutti i casi le questioni interpretative riguardanti il rapporto tra il giudice della cognizione ed il giudice dell'esecuzione forzata.

Con riferimento, infatti, all'attuazione forzata della misura coercitiva, va rilevato che essa si presenta come una condanna condizionale, posto che la legge consente all'interessato di precostituirsi un titolo esecutivo, prima che si sia verificato l'inadempimento, per l'eventualità che si verifichi il predetto inadempimento. In tali casi, nell'ordinamento nazionale il creditore può agire in via esecutiva senza che si accerti preliminarmente che l'inadempimento si sia verificato, sulla base della sua sola affermazione, evidentemente effettuata nell'atto di precetto, in cui si dovrà anche quantificare l'importo in base a ciò che ha stabilito il giudice della cognizione. D'altro canto, il soggetto obbligato può reagire proponendo opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c., non potendo, tuttavia,

contestare la concedibilità della misura o il suo ammontare così come era stato fissato dal giudice della cognizione⁸⁴.

In considerazione di ciò, quindi, il margine che residua all'obbligato in sede di opposizione all'esecuzione della misura coercitiva può riguardare soltanto due aspetti: il primo, relativo alla contestazione dell'avveramento della condizione dell'operatività in concreto della misura, ossia l'inadempimento; il secondo relativo alla quantificazione effettuata dal creditore nell'atto di precetto, assumendo che essa non sia corretta in applicazione del criterio di liquidazione assunto dal giudice della cognizione.

Con riguardo, infine, alla ripartizione dell'onere della prova nella fase di opposizione all'esecuzione è necessario distinguere tra *facere* infungibile e *non facere*. Nel primo caso, infatti, se al creditore basta affermare il suo diritto al fare in positivo, sta all'obbligato provare di aver adempiuto senza ritardo, per poter sfuggire alla misura coercitiva. Nel secondo caso, invece, nel giudizio di opposizione sarà il creditore a dovere provare se e quante volte l'obbligato ha fatto ciò che non avrebbe dovuto⁸⁵.

⁸⁴ M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 8 ss.

⁸⁵ M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 8 ss.

Capitolo II

I singoli istituti implicanti cognizione sommaria

1. L'evoluzione del processo esecutivo: le riforme dal 2005 al 2015 e la disciplina attuale

Venendo ora ad esaminare nel dettaglio quegli istituti che implicano un'incertezza relativamente alla natura di cognizione sommaria o piena nell'ambito del processo esecutivo, è importante prendere le mosse da alcune osservazioni sull'evoluzione di quest'ultimo, sottolineando le innovazioni che il legislatore, nel corso degli anni, ha apportato alla generale disciplina dell'esecuzione civile⁸⁶.

Ebbene, come osservato efficacemente dalla dottrina, il processo esecutivo, fino a qualche decennio fa, “*ha vissuto ai margini dell'interesse del legislatore e della giurisprudenza*”⁸⁷. La prima riforma organica della materia, infatti, dopo l'intervento del 1940, risale al 1998, anno in cui il legislatore, con la L. 3 agosto 1998, n. 302, ha avuto cura di inserire la figura del notaio nell'ambito dell'espropriazione forzata, da una parte legittimandolo a rilasciare le certificazioni ipocatastali ai sensi dell'art. 567 c.p.c., dall'altra affermando la possibilità che questo venga delegato dal giudice dell'esecuzione nelle operazioni di vendita con incanto dei beni immobili e mobili registrati⁸⁸.

⁸⁶ Sul tema, in generale, si vedano le osservazioni di R. GIORDANO, *Processo esecutivo e PCT: tutte le novità*, Milano, 2015, p. 20 ss.

⁸⁷ In questi termini, G. MICCOLIS, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*, in *Judicium*, 2017, II, p. 79 ss.

⁸⁸ L. IACUMIN, *La conversione del sequestro conservativo in pignoramento*, in *Giur. It.*, 2014, VI, p. 1403 ss.

Su queste premesse, l'intervento normativo di maggiore rilievo, prima della riforma del 2015⁸⁹, è rappresentato dalle leggi n. 80/2005, n. 263/2005 e n. 52/2006, le quali hanno rivisitato sostanzialmente nel suo complesso la materia del processo esecutivo⁹⁰:

- creando nuovi titoli esecutivi;
- introducendo nuovi criteri per individuare i beni occultati dal debitore, modificando così l'art. 492 c.p.c.;
- modificando, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, l'istituto della conversione del pignoramento;
- introducendo una nuova vendita immobiliare modulata dapprima nella vendita senza incanto, poi, in caso di esito negativo di quest'ultima, con incanto;
- estendendo la delega nelle vendite dei beni immobili e mobili registrati anche alle altre figure professionali diverse dal notaio;
- introducendo una nuova esecuzione mobiliare;
- operando sensibili interventi nell'ambito dell'espropriazione presso terzi;

⁸⁹ G. MICCOLIS, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*, cit., p. 80 ss.

⁹⁰ G. MICCOLIS, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*, cit., p. 80 ss.

- modificando le procedure di opposizione e di sospensione del processo esecutivo⁹¹.

Prima della fondamentale riforma del 2015, ancora, il legislatore è intervenuto con il D.L. n. 132 del 12 settembre 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 162 del 10 novembre 2014, attraverso cui, in primo luogo, si è cercato di adeguare il processo esecutivo al processo telematico, con l'introduzione dell'istituto della iscrizione a ruolo, semplificando poi la fase dell'estinzione del processo esecutivo con la contestuale inefficacia del pignoramento in caso di mancata iscrizione a ruolo, soprattutto qualora ciò avvenga a seguito di intervenuto accordo tra creditore e debitore subito dopo il pignoramento e prima della scadenza del termine per l'iscrizione a ruolo⁹². Inoltre, con il medesimo intervento normativo, il legislatore ha attribuito all'ufficiale giudiziario la legittimazione a consultare banche dati nazionali al fine di reperire i beni occultati del debitore, predisponendo, altresì, una disciplina specifica per l'espropriazione degli autoveicoli e ridimensionando la vendita con incanto, che da necessaria dopo la

⁹¹ G. MICCOLIS, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*, cit., p. 82 ss.

⁹² G. MICCOLIS, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*, cit., p. 82 ss.

infruttuosa vendita senza incanto è divenuta soltanto eventuale e lasciata al prudente apprezzamento del giudice dell'esecuzione⁹³.

Con specifico riferimento al pignoramento presso terzi, il legislatore del 2014 ha previsto, nel *corpus* normativo di riferimento, l'inserimento nell'atto di pignoramento o, in caso di pignoramento *ex art. 492 bis c.p.c.*, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza per la vendita delle cose mobili o l'assegnazione dei crediti pignorati, dell'avvertimento in ordine alle conseguenze in caso di inerzia del terzo *debitor debitoris*, sottolineando la necessità che la dichiarazione del terzo avvenga in ogni caso con il mezzo della raccomandata e della posta elettronica certificata, anche per il pignoramento degli stipendi⁹⁴.

Così riformata parzialmente la materia, si è giunti, quindi, al D.L. n. 83/2015, convertito con modificazioni dalla legge n. 132/2015, ciò dimostrando, secondo la dottrina, il fatto che *“il cantiere delle riforme è sempre aperto, ma non per adeguare il processo esecutivo alle mutate condizioni socio-economiche e tecnologiche, bensì soltanto per riparare i vizi di quanto appena realizzato. Il*

⁹³ A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015 ... in attesa della prossima puntata ...*, in *Il Corr. Giur.*, 2016, II, p. 155 ss.

⁹⁴ A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015 ... in attesa della prossima puntata ...*, cit., p. 156 ss.

che conferma ancora una volta l'assoluta superficialità con la quale il legislatore affronta il tema delle riforme processuali"⁹⁵.

Al di là di tali critiche, va osservato che, con la riforma del 2015, il legislatore ha, in primo luogo, modificato, come si vedrà, il dispositivo dell'articolo 492 *bis* c.p.c. sulla ricerca telematica dei beni da pignorare, dell'art. 159 *ter* disp. att. c.p.c. sulla disciplina della iscrizione a ruolo e dell'art. 521 *bis* c.p.c. sulla espropriazione forzata degli autoveicoli⁹⁶. Oltre a ciò, è stato introdotto l'obbligo del creditore di avvisare il debitore della possibilità di attivare la procedura di sovraindebitamento, precisando che tutti gli avvisi devono essere pubblicati, a pena di estinzione del processo esecutivo, sul portale del Ministero della giustizia. In tale prospettiva di rinnovamento, inoltre, si è ulteriormente intervenuti sull'istituto della conversione del pignoramento, allungando il termine della rateizzazione del versamento della somma da sostituire al bene pignorato ed estendendo la facoltà di rateizzare il versamento anche all'esecuzione mobiliare⁹⁷. Con l'obiettivo di assicurare la ragionevole durata anche del processo esecutivo, poi, il legislatore del 2015 ha ridotto tutti i termini di questo,

⁹⁵ G. MICCOLIS, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*, cit., p. 82 ss.

⁹⁶ S. VINCRE, *Le riforme dell'esecuzione forzata dell'estate 2015*, in Riv. Dir. Proc., 2016, II, p. 427 ss.

⁹⁷ G. MICCOLIS, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*, cit., p. 82 ss.

modificando, da un lato, la disciplina del pignoramento presso terzi, rendendo non più automatici gli effetti negativi della inerzia del terzo; dall'altro, la vendita immobiliare, espungendo dall'ordinamento la fase con incanto della vendita⁹⁸.

Ciò detto, prima di passare all'analisi dei singoli istituti implicanti una cognizione sommaria, è appena il caso di accennare brevemente al recentissimo schema di decreto legislativo trasmesso dal Governo alle Camere il 2 agosto 2022, sul quale, peraltro, le commissioni competenti di Camera e Senato hanno espresso un parere favorevole, seppure condizionato dall'accoglimento di una serie di rilievi⁹⁹.

Nel dettaglio, il predetto schema di decreto si compone di 52 articoli suddivisi in 5 capi. Il Capo I (artt. 1-2), più precisamente, contiene le modifiche al codice civile e alle sue disposizioni di attuazione, mentre, per quello che qui più interessa, il Capo II dello schema (artt. 3-4) prevede modifiche al codice di procedura civile e alle sue disposizioni di attuazione. In tal senso, la riforma amplia la competenza del giudice di pace, prevede la prevalenza del rito semplificato di cognizione nei casi di connessione, apporta alcune modifiche acceleratorie al procedimento per regolamento di competenza, riduce i casi nei quali il tribunale è chiamato a

⁹⁸ M. CIRULLI, *La riforma del processo esecutivo*, in *Judicium*, 2015, f. 14 dicembre 2015.

⁹⁹ Camera dei Deputati, *Misure per l'efficienza del processo civile*, in *Pubbl. Servizio Studi*, del 23 settembre 2022.

giudicare in composizione collegiale, prevede, nei casi di condanna, sanzioni pecuniarie a carico della parte soccombente, a compensazione del danno arrecato all'Amministrazione della giustizia, interviene in materia di notificazioni e di svolgimento delle udienze mediante collegamenti audiovisivi¹⁰⁰. In relazione al processo di cognizione, lo schema di decreto apporta una serie di modifiche al procedimento davanti al tribunale e, oltre ad intervenire sulla disciplina della fase introduttiva, per perseguire una maggiore concentrazione e pervenire alla prima udienza con la già avvenuta completa definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, consente al giudice lo svolgimento di verifiche preliminari anticipate. Grande importanza riveste la nuova disciplina del procedimento semplificato di cognizione, applicabile sia davanti al tribunale in composizione monocratica che in composizione collegiale, quando i fatti della causa siano solo parzialmente controversi e l'istruzione si basi su prova documentale o non richieda un'attività complessa, agevolandosi, altresì, il passaggio dal rito ordinario a quello semplificato. In relazione al procedimento davanti al giudice di pace, la riforma ha previsto, poi, che la domanda si proponga nelle forme del procedimento semplificato di cognizione, adattando il procedimento davanti al giudice onorario alle esigenze del processo telematico¹⁰¹. Con riguardo alle impugnazioni, la

¹⁰⁰ Camera dei Deputati, *Misure per l'efficienza del processo civile*, cit.

¹⁰¹ Camera dei Deputati, *Misure per l'efficienza del processo civile*, cit.

riforma ha previsto, per il giudizio di appello, una rivalutazione della figura del consigliere istruttore e la devoluzione in capo allo stesso di ampi poteri di direzione del procedimento oltre alla revisione dell'attuale disciplina dei filtri nelle impugnazioni; per il giudizio in Cassazione, oltre a prevedere modifiche volte a rendere più celere, rispetto all'ordinaria sede camerale, la definizione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati, la riforma introduce l'istituto del rinvio pregiudiziale in Cassazione, inserendo una nuova ipotesi di revocazione delle sentenze il cui contenuto sia stato dichiarato dalla Corte di Strasburgo, in tutto o in parte, contrario alla Convenzione EDU¹⁰².

In materia di processo di esecuzione, per quello che qui più interessa, la riforma apporta, nell'ottica della ragionevole durata, una serie di modifiche finalizzate a snellire le attività procedurali ed a velocizzare l'attività di esecuzione, intervenendo sulla disciplina della custodia dei beni pignorati e sulla delega delle operazioni di vendita al professionista delegato, disciplinando, in ossequio al dogma della celerità, l'istituto della vendita diretta¹⁰³.

2. La limitazione del cumulo dei mezzi di espropriazione ex articolo 483 c.p.c.

¹⁰² Camera dei Deputati, *Misure per l'efficienza del processo civile*, cit.

¹⁰³ Camera dei Deputati, *Misure per l'efficienza del processo civile*, cit.

Al fine di individuare la possibile presenza di elementi di cognizione piena nel processo esecutivo, è necessario trattare, in primo luogo, della disciplina della limitazione del cumulo dei mezzi di espropriazione ex art. 483 c.p.c.¹⁰⁴. Sul punto, si è detto che la disposizione appena citata si inquadra fra le misure speciali di salvaguardia a tutela del debitore e intese ad evitare eccessi nell'uso del procedimento di esecuzione forzata¹⁰⁵. La competenza, in tali casi, è del giudice dell'esecuzione e, non implicando la predetta opposizione una contestazione del diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata, non sussistono i presupposti dell'opposizione all'esecuzione che, invece, implica un giudizio di accertamento circa l'idoneità del titolo esecutivo a fondare l'esecuzione forzata¹⁰⁶.

Dal punto di vista degli effetti pratici, va osservato che il presupposto perché il debitore possa invocare la limitazione prevista dall'art. 483 c.p.c. consiste nella eccessività del ricorso ai vari mezzi di espropriazione previsti dalla legge. Per tali ragioni, la dottrina ha sottolineato che la norma menzionata “*costituisce estrinsecazione del principio del minimo mezzo, nonché, del*

¹⁰⁴ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 483 c.p.c.*, in Comment. Codice di Proc. Civ., Milano, 2019, p. 344 ss.

¹⁰⁵ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 483 c.p.c.*, cit., p. 345 ss.

¹⁰⁶ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, rist. 1966, p. 122 ss.

principio di lealtà e probità nel compimento degli atti processuali di cui all'art. 88 c.p.c."¹⁰⁷.

La valutazione dell'eccessività deve essere apprezzata dal giudice caso per caso, tenendo conto degli interessi del creditore pignorante e degli intervenuti, nonché del valore dei beni eseguiti e dell'ammontare del credito dell'istante, dei crediti degli intervenienti e di coloro che vantino cause legittime di prelazione¹⁰⁸. Secondo parte della dottrina, peraltro, la valutazione dovrebbe tener conto anche del presumibile ricavato della vendita e della probabilità di interventi successivi da parte di creditori privilegiati¹⁰⁹. In tutti i casi va ricordato che il maggior valore dei beni oggetto dell'espropriazione rispetto al credito vantato di per sé solo non costituisce eccesso dei mezzi di espropriazione tale da legittimare il giudice ad intervenire¹¹⁰.

Va, infine, precisato che, al di fuori delle ipotesi di eccessività, sono ammessi più procedimenti di diverso tipo per lo stesso credito, e tutti danno diritto al conseguimento delle spese; tuttavia, in queste eventualità, il creditore che sia stato soddisfatto in uno di essi non può ottenere in quella sede anche il rimborso delle spese

¹⁰⁷ Sul punto, P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, II, Torino, 1957, p. 33 ss.

¹⁰⁸ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3a ed., Napoli, 1964, p. 62 ss.

¹⁰⁹ In questi termini, G. VERDE, *Pignoramento in generale*, in Enc. Dir., XXXIII, Milano, 1983, p. 787 ss.

¹¹⁰ AA.VV., *Lezioni sul processo civile*, II, 3^a ed., Bologna, 2005, p. 329 ss.

di un altro procedimento, non potendo comunque mai porsi, come presupposto di una responsabilità per illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'eventuale eccesso di beni gravati da pignoramento rispetto al valore del credito da garantire, non può mai porsi¹¹¹.

3.1. La conversione del pignoramento ex articolo 495 c.p.c.

Con riguardo all'istituto della conversione del pignoramento va preliminarmente affermato che il medesimo è stato oggetto di numerosi interventi del legislatore, fino alla recente L. n. 12 dell'11 febbraio 2019 che ha convertito il D.L.n. 135 del 14 dicembre 2018. Nonostante gli interventi di riforma succedutisi nel tempo, l'istituto in esame continua ad esprimere la preferenza dell'ordinamento per forme espropriative che eliminino o semplifichino i problemi propri della fase di liquidazione dei beni aggrediti e cioè della loro trasformazione in denaro¹¹².

Più precisamente, secondo la dottrina, *“il ricorso alla conversione risponde all'esigenza di evitare l'immobilizzazione di beni quando*

¹¹¹ Efficacemente si è detto che *“nel nostro sistema processuale, pertanto, non esiste un principio in ragione del quale può qualificarsi come illecita una richiesta del quale può qualificarsi come illecita una richiesta di pignoramento, poiché il potere discrezionale di ridurre, anche d'ufficio, il pignoramento, non consente di configurare una forma di illegittimità o invalidità”*. P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 483 c.p.c.*, cit.

¹¹² Per tutti, G. TARZIA, *La conversione del pignoramento con versamento rateale*, in RDPr, 1976, p. 453 ss.

il debitore esecutato sia disposto a versare del denaro, ma non intenda farlo al di fuori del processo e ciò per avere un controllo del giudice in merito alla sussistenza, all'ammontare o al rango dei crediti; si deve però aggiungere che una diversa esigenza è soddisfatta dalla facoltà di versamento rateale, introdotta per la prima volta dalla L. 10.5.1976, n. 358 (ed oggetto poi di diversi interventi normativi), che consente al debitore di ottenere la dilazione del pagamento”¹¹³.

Tali affermazioni, dal punto di vista pratico, consentono di sottolineare che, nei casi concreti, l'esecutato, versando la somma, non si libera dall'obbligazione, a differenza di quanto avviene con il pagamento nelle mani dell'ufficiale giudiziario, previsto dall'art. 494; ciò perché, il versamento non ha alcuna incidenza né sul titolo esecutivo, né sul credito dal quale tale titolo trae origine e pertanto non comporta l'estinzione dell'obbligazione sostanziale e del credito vantato dai creditori pignoranti o intervenuti, né comporta il venir meno della procedura esecutiva, che continua sulle somme pagate dal debitore¹¹⁴. Oltre a ciò, la giurisprudenza maggioritaria è granitica nell'affermare che la conversione del pignoramento non comporta perdita della garanzia ipotecaria, posto che la cancellazione dell'ipoteca può essere ordinata solo dopo l'estinzione dei crediti per il cui soddisfacimento è stata promossa

¹¹³ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 495 c.p.c.*, in Comment. Codice di Proc. Civ., Milano, 2019, p. 401 ss.

¹¹⁴ *Ex multis*, Corte di Cass., sentenza n. 4525/1998 in Foro. It., f. 1444, 1998.

l'azione esecutiva¹¹⁵. Ancora, secondo la giurisprudenza di legittimità le somme versate dal debitore in sede di conversione del pignoramento, divenendo esse stesse assoggettate al vincolo esecutivo, devono, in caso di residuo attivo, essere in parte riconsegnate al debitore stesso, considerando, infine, che, tra le diverse ipotesi di versamento di somme previste, quella che ha come destinazione un libretto di deposito bancario intestato al creditore non può qualificarsi in termini di pagamento rateale del credito, e non è quindi suscettibile di revocatoria¹¹⁶.

Con riferimento agli effetti, va precisato che l'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 495, in sede di conversione del pignoramento, determina la somma di denaro da versare in sostituzione delle cose pignorate non esplica alcuna funzione risolutiva delle contestazioni sulla sussistenza e sull'ammontare dei singoli crediti o sulla sussistenza dei diritti di prelazione, né ha contenuto decisorio rispetto al diritto di agire in *executivis*, anche se, in caso di mancata determinazione, nella predetta sede, del credito azionato, il creditore è tenuto a proporre impugnazione avverso la predetta ordinanza e non anche ad agire autonomamente per somme giuridicamente incluse nella stessa¹¹⁷.

¹¹⁵ *Ex multis*, Corte di Cass., sentenza n. 1145/1999 in Giur. It., 1999.

¹¹⁶ R. CONTE, *Conversione del sequestro conservativo in pignoramento e vicende del titolo esecutivo (e su contrasti in seno alla suprema Corte)*, in Giur. It., 2014, IV, p. 880 ss.

¹¹⁷ R. CONTE, *Conversione del sequestro conservativo in pignoramento e vicende del titolo esecutivo (e su contrasti in seno alla suprema Corte)*, cit., p. 881 ss.

La natura esecutiva o d'accertamento dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione ha sollevato molteplici dubbi interpretativi. È d'uopo segnalare come, nonostante il prevalente orientamento giurisprudenziale, autorevole dottrina ritenga che questa abbia inevitabilmente natura "intrinsecamente cognitiva".¹¹⁸ Questa teoria prende le mosse dal testo dell'articolo 495 che prevedendo che il giudice pronunci l'ordinanza "...sentite le parti", riconosce implicitamente una fase d'accertamento svolta in contraddittorio¹¹⁹ in cui il debitore, dopo aver presentato l'istanza, potrà effettuare contestazioni anche sulla determinazione dell'importo da versare o sulle modalità dell'eventuale versamento rateale. È con questo potere delle parti di "*influire sul provvedimento del giudice affinché esso sia secondo i casi più giusto e più opportuno*"¹²⁰ che si parifica, almeno strutturalmente, l'attività decisoria del giudice svolta in questa sede con quella del giudice della cognizione, non potendosi più ritenere l'esercizio del potere del giudice circoscritto al mero controllo formale della regolarità degli atti.¹²¹

A corollario di ciò vi è anche il dato che non tutti i creditori intervenuti saranno muniti, al momento dell'istanza e delle fase in contraddittorio propedeutica all'emanazione dell'ordinanza, di un

¹¹⁸ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2020, p. 284 ss.

¹¹⁹ B.CAPPONI, *Conversione del pignoramento e cognizione sui crediti*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 485 ss.

¹²⁰ G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, cit., p. 206, richiamando R.VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., p.88

¹²¹ B. CAPPONI, *Conversione del pignoramento e cognizione sui crediti*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1898, p. 488

titolo esecutivo che permetta di individuare immediatamente *an e quantum* della pretesa creditizia.

Parrebbe, dunque, illogico prevedere per il debitore la possibilità di essere sentito in contraddittorio senza consentirgli però di pronunciarsi al fine di realizzare il suo primario interesse in questa sede: far determinare al giudice il giusto importo da pagare per il soddisfacimento integrale dei creditori.

In conclusione occorre ricordare come, per questa parte della dottrina, la conversione del pignoramento sia un finale alternativo rispetto al “classico” epilogo liquidatorio ed espropriativo del bene oggetto di pignoramento che si conclude con la fase distributiva,¹²² ed infatti : “ *se il provvedimento ex art. 495, comma 3 già individua nella prospettiva di una concreta soddisfazione esistenza e ammontare dei crediti in concorso viene di fatto meno la logica concorsuale della distribuzione e, con essa, la possibilità stessa di controversie distributive ex art. 512 c.p.c.* ”¹²³

¹²² L. MONTESANO, *Conversione del pignoramento e distribuzione del denaro*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 377 ss.

¹²³ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit, p. 285 La giurisprudenza però è stata restia ad accogliere questa interpretazione, *Ex multis* si veda Cass., Sez. III, n. 6994/1992

3.2. La riduzione del pignoramento ex articolo 496 c.p.c.

In relazione alla riduzione del pignoramento, è il caso di precisare che tale istituto deve essere inquadrato tra le misure speciali che sono previste, oltre che dall'articolo 496 c.p.c., anche dagli artt. 483, 504, 558, nonché dall'art. 2911 c.c., elaborate al fine di evitare eccessi nell'uso del procedimento di espropriazione forzata e quindi l'uso abnorme del processo esecutivo¹²⁴. In ogni caso, la giurisprudenza ha da tempo affermato che la relativa istanza postula la non contestazione dell'*an* o del *quomodo* dell'esecuzione, realizzatori così quelle situazioni per le quali permane la necessità delle opposizioni ex artt. 615 o 617. In altri termini, infatti, laddove si contesti l'eccessività della pretesa, si verterà in tema di opposizione all'esecuzione; mentre il rimedio in esame è solo finalizzato ad eliminare la divergenza tra credito per il quale si agisce e valore dei beni staggiti¹²⁵.

Tali considerazioni, peraltro, consentono di cogliere la differenza tra l'istituto in esame ed il rimedio di cui all'art. 483, avente la medesima ratio: nel dettaglio, mentre il cumulo riguarda il

¹²⁴ Sul punto, P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 496 c.p.c.*, in Comment. Codice di Proc. Civ., Milano, 2019, p. 401 ss.

¹²⁵ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 496 c.p.c.*, cit., p. 402 ss.

concorso di più espropriazioni, la riduzione opera all'interno di una singola espropriazione.

Al di là di ciò, la natura giuridica della riduzione del pignoramento è stata al centro di un vivace dibattito dottrinale, essendo stato per lungo tempo incerto se esso costituisse un rimedio di legittimità oppure di mera opportunità. Secondo la prevalente dottrina, la soluzione dipende dall'inquadramento sistematico del pignoramento eccessivo, consentito da una parte della dottrina e ritenuto invece illegittimo da altre correnti di pensiero. Più precisamente, secondo alcuni¹²⁶, al creditore sarebbe, infatti, sempre consentito pignorare beni di valore superiore all'importo del proprio credito, per evitare il rischio di rimanere insoddisfatto in caso di intervento di altri creditori. Così, come affermato da una parte della dottrina, il creditore procedente avrebbe un onere di agire in tal modo nell'interesse dei potenziali concorrenti, tanto che, la riduzione del pignoramento avrebbe natura di mero rimedio di opportunità affidato alla discrezionalità del giudice, la quale non sarebbe affatto concepibile ove il giudice dovesse rilevare un'invalidità del pignoramento¹²⁷. Dal lato pratico, nell'esercizio di tale discrezionalità, il giudice dovrebbe tenere conto della

¹²⁶ BONSIGNORI, voce *Pignoramento*, in NN.D.I., XIII, Torino, 1966, p. 80 ss., MARTINETTO, *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, Milano, 1963, p. 197 ss., SALETTI, *Cumulo ed eccesso dei mezzi di espropriazione forzata*, in RDPr, 1984, 506; VERDE, *Pignoramento in generale*, cit., p. 787 ss.

¹²⁷ *Ex multis*, BORRÈ, Pluralità di espropriazioni per lo stesso titolo e difesa del debitore, in RDPr, 1970, p. 293 ss.

possibilità di eventuali ulteriori interventi, in particolar modo di creditori privilegiati, che, anche se intervenuti tardivamente, conserverebbero la loro prelazione¹²⁸.

Secondo una diversa opinione, tuttavia, il pignoramento eccessivo, e quindi realizzato oltre il titolo, sarebbe illegittimo, con la conseguenza che la riduzione in forza dell'art. 496 c.p.c. acquisterebbe natura di rimedio di legittimità¹²⁹. A sostegno di tale tesi si è fatto riferimento, in primo luogo, al dato letterale dell'art. 474, il quale prevede i requisiti di certezza e liquidità del credito, che verrebbero svuotati di qualunque contenuto concreto ove si svincolasse il pignoramento dai limiti del titolo; in secondo luogo si è richiamato la previsione dell'ultimo comma dell'art. 494 c.p.c., che fa riferimento, ai fini della sottoposizione a vincolo di una somma di denaro in luogo di altri beni, ad una somma pari all'importo del credito vantato dal creditore procedente e di quelli intervenuti, oltre alle spese; infine, è stato chiamato in causa anche il dato letterale dell'art. 527 c.p.c., disposizione oggi abrogata dalla L. 14.5.2005, n. 80 ma il cui contenuto appare trasfuso nell'art. 499, 4° co., il cui disposto normativo costituisce in capo al creditore procedente un diritto di prelazione, di fonte processuale, conseguente all'intervento di altri creditori che si siano rifiutati di

¹²⁸ SALETTI, *Cumulo ed eccesso dei mezzi di espropriazione forzata*, cit., p. 507 ss.

¹²⁹ LEPRI, *La riduzione del pignoramento prima dell'udienza per l'assegnazione o la vendita*, in REF, 2000, p. 119 ss.

estendere il pignoramento, configurando quindi in capo a questi ultimi l'onere dell'estensione¹³⁰.

Una definitiva conferma di questo orientamento, peraltro, è stata rinvenuta nella nuova previsione dell'art. 546 c.p.c., così come modificato dalla L. 14.5.2005, n. 80, secondo cui nel caso di pignoramento presso il terzo, questo è vincolato nei limiti dell'importo del credito precettato aumentato della metà. Così, si è detto che *“coerentemente il rimedio in questione avrebbe natura di rimedio di legittimità, volto a rimuovere una situazione antigiusuridica; secondo tale impostazione, la discrezionalità del giudice (riconosciuta nell'uso del verbo può) avrebbe quindi ad oggetto esclusivamente l'apprezzamento del valore del bene pignorato”*¹³¹.

In tal senso, per quello che qui più interessa, si è espressa anche la giurisprudenza di merito e di legittimità, la quale ha ritenuto inesistente un principio attraverso il quale si possa qualificare come illecita la richiesta di pignoramento da chiunque provenga e comunque sia stata posta in essere, proprio alla luce della presenza nel sistema della discrezionalità del giudice, quale prevista dall'art. 496¹³².

¹³⁰ LEPRI, *La riduzione del pignoramento prima dell'udienza per l'assegnazione o la vendita*, cit., p. 121 ss.

¹³¹ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 496 c.p.c.*, cit., p. 404 ss.

¹³² P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 496 c.p.c.*, cit., p. 404 ss.

4. La risoluzione delle controversie ex articolo 512 c.p.c.: assetto pre e post riforma e tesi differenti in ordine alla natura della cognizione

Analizzando ora il delicato profilo applicativo dell'articolo 512 c.p.c., prima e dopo la riforma, va detto, in ottica di premessa, che il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 510 c.p.c., se vi è un solo creditore pignorante, senza intervento di altri creditori, sentito il debitore, dispone a favore del suddetto creditore il pagamento di quanto gli spetta per capitale, interessi e spese¹³³. Diversamente, nel caso di concorso tra creditori, una volta accertata la sussistenza e la misura dei rispettivi crediti, nonché le eventuali cause legittime di prelazione, e previo eventuale 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, il giudice approva il piano di distribuzione del ricavato ed ordina che alla stregua dello stesso si effettuino i pagamenti¹³⁴. Come osservato dalla dottrina *“le controversie che possono sorgere in questa fase dell'esecuzione tra i creditori concorrenti o tra creditore e debitore o terzo assoggettato all'espropriazione possono (anche) avere ad oggetto la*

¹³³ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, in *Esecuzione Forzata*, 2014, I, p. 171 ss.

¹³⁴ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 172 ss.

*sussistenza o l'ammontare di uno o più crediti ovvero la sussistenza dei diritti di prelazione, determinando una questione incidentale che andrà risolta prima che al piano di riparto sia data esecuzione*¹³⁵.

Ebbene, tali controversie, prima della riforma dell'art. 512 c.p.c., operata dalla più volte citata legge n. 80/2005, davano luogo ad un ordinario incidente di cognizione, considerando che “*non rientravano nella competenza funzionale del G.E. (il quale solo se competente istruiva la causa, altrimenti rimessa innanzi il giudice competente secondo le ordinarie regole); che il giudizio si svolgeva con piena cognizione; che la distribuzione, in tutto o in parte, fosse inevitabilmente sospesa; che la decisione era adottata con sentenza soggetta all'ordinario regime di impugnazioni*”¹³⁶.

L'attuale disposto normativo dell'articolo 512 c.p.c. dispone, invece, che il giudice dell'esecuzione, sentite le parti e compiuti i necessari accertamenti, provvede con ordinanza impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'art. 617, 2° co., c.p.c.¹³⁷. In tale contesto, quindi, la disposizione così novellata delinea una controversia attribuita alla competenza funzionale del giudice dell'esecuzione decisa, a cognizione sommaria, con ordinanza per

¹³⁵ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 174 ss.

¹³⁶ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 174 ss.

¹³⁷ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 175 ss.

la quale è prevista, quale impugnazione obbligata, l'opposizione agli atti esecutivi, rimedio volto al mero controllo di forma degli atti¹³⁸. Da ciò, secondo una parte della dottrina, “*deriva la possibilità di concludere per la portata endoprocessuale della decisione sulla controversia perché idonea a spiegare effetti solo nell'ambito del procedimento esecutivo e al limitato fine di consentire la distribuzione del ricavato, senza che le si possa riconoscere alcuna valenza esterna*”¹³⁹. La predetta soluzione, peraltro, sarebbe confermata dalle ulteriori modifiche apportate con l. n. 69 del 2009, la quale ha reso nuovamente soggette ad appello le sentenze pronunciate a seguito di opposizione all'esecuzione e di opposizione di terzo, mentre quelle che decidono sull'opposizione agli atti esecutivi sono rimaste inappellabili¹⁴⁰. La modifica legislativa, in particolare, è stata giudicata “*coerente con la limitazione della partecipazione alla distribuzione, salvo quanto previsto dall'art. 499 c.p.c., ai soli creditori muniti di titolo (sicché, presumibilmente, in fase di distribuzione non dovrebbero residuare molti spazi per contestazioni di merito risultando il diritto già cristallizzato) e dell'esigenza, imposta dal canone costituzionale di durata*

¹³⁸ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 340 ss.

¹³⁹ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 176 ss.

¹⁴⁰ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 176 ss., nonché BALENA, BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 255 ss.

ragionevole del processo, di non dilatare ulteriormente i tempi di attuazione dei diritti, così come accadeva prima della riforma, allorché la mera pendenza della controversia distributiva determinava la sospensione necessaria del procedimento in attesa della sua decisione a conclusione di un giudizio ordinario a cognizione piena”¹⁴¹.

Così, attribuendo al giudice dell’esecuzione il potere di risolvere le controversie insorte nella fase distributiva, con una cognizione sommaria comunque suscettibile di essere approfondita nell’eventuale giudizio di opposizione agli atti esecutivi avverso l’ordinanza conclusiva, il legislatore ha inteso garantire una rapida risoluzione dell’incidente, a tutto vantaggio della certezza dei diritti *“che postula, inevitabilmente, quella sui tempi di loro effettiva attuazione*”¹⁴². In conseguenza di ciò, in chiave critica, si è anche detto che *“non sono condivisibili, pertanto, le preoccupazioni di quanti lamentano che, in tal modo, si sia rinunciato ad un accertamento pieno e completo delle questioni controverse*”¹⁴³. Da un lato, infatti, il sistema dell’accertamento a cognizione piena, quale modello esclusivo ed obbligato di esercizio del potere giurisdizionale, è nella sostanza un’utopia, stante il grande numero di pendenze e la necessità di deciderle in

¹⁴¹ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 178 ss.

¹⁴² A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 178 ss.

¹⁴³ DE STEFANO, *Il nuovo processo di esecuzione*, Milano, 2005, p. 73 ss.

tempi accettabili¹⁴⁴. Per tali ragioni, è evidente la tendenza del legislatore di preferire forme snelle e duttili di cognizione, ciò almeno per tutte quelle controversie che, in ragione della loro natura o complessità, non esigono particolari approfondimenti¹⁴⁵.

Senza contare che attraverso l'opposizione distributiva non si contesta il diritto di procedere all'esecuzione, quanto solo il diritto a partecipare alla distribuzione, con la conseguente delimitazione delle contestazioni astrattamente proponibili¹⁴⁶. Sennonché, la dottrina ha precisato che *“l'aver previsto la possibilità di accantonamento dei crediti privi di titolo e non riconosciuti dal debitore e, ancor più, l'aver inserito tra i titoli esecutivi le scritture private autenticate (ex art. 474, 2° co., n. 2, c.p.c.) espone al concreto rischio di sviluppo esponenziale delle controversie che potranno sorgere nella fase della distribuzione, non interessando la stessa solo crediti già formati in sede giudiziale ed in ordine ai quali, quindi, già è stato possibile proporre eventuali contestazioni”*¹⁴⁷. Di conseguenza, *“è incontrovertibile che a fronte di opposizioni spesso palesemente infondate o comunque di facile risoluzione sarebbe irragionevole prevedere*

¹⁴⁴ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 179 ss.

¹⁴⁵ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 180 ss.

¹⁴⁶ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 180 ss.

¹⁴⁷ SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Torino, 2012, p. 456 ss.

*obbligatoriamente un giudizio di cognizione piena con inevitabile differimento della definizione del procedimento esecutivo con il quale, giova evidenziarlo, i diritti non si accertano ma (auspicabilmente) si attuano”*¹⁴⁸. In ogni caso, il giudice dell'esecuzione deve comunque garantire il contraddittorio ed effettuare una pur essenziale attività istruttoria consistente negli ordinari atti istruttori sebbene in un contesto di minore rigore formale¹⁴⁹.

Ciò premesso, va ora ribadito che l'oggetto diretto del procedimento instaurato ai sensi dell'art. 512 c.p.c. è il diritto processuale a partecipare alla distribuzione del ricavato¹⁵⁰. Più precisamente, secondo parte della dottrina, il giudice dell'esecuzione, chiamato esclusivamente a distribuire il ricavato, risolve le controversie distributive, accertando l'esistenza e il grado dei crediti con effetti limitati al processo esecutivo, cioè soltanto al fine di consentire la soddisfazione del diritto, e non anche per accertare se tale soddisfazione è *secundum ius*¹⁵¹.

A tal proposito merita di essere richiamata una risalente pronuncia della Cassazione, secondo cui, nella fase satisfattiva

¹⁴⁸ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 181 ss.

¹⁴⁹ A. L. BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, cit., p. 181 ss.

¹⁵⁰ FERRI, in COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, II, Bologna, 2006, p. 385 ss.

¹⁵¹ CANALE, *Risoluzione delle controversie*, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 737 ss.

dell'espropriazione mobiliare, se vi sono più creditori, il giudice dell'esecuzione, al fine di procedere, sentite le parti, alla distribuzione della somma ricavata, deve necessariamente predisporre, anche se la legge non lo prevede espressamente, un piano di riparto e graduazione tra i creditori, cosicché le eventuali controversie di cui all'art. 512 c.p.c. vanno in sostanza configurate come azioni di accertamento della illegittimità del piano di riparto e graduazione¹⁵².

Come si è visto, prima della riforma del 2005, in ossequio alla disciplina allora vigente, la dottrina prevalente riconosceva un'ulteriore funzione particolare alla disposizione di cui all'articolo 512 c.p.c: infatti, posto che il previgente testo dell'art. 499 c.p.c. consentiva di intervenire nell'espropriazione anche ai creditori sprovvisti di titolo esecutivo e anche senza una prova scritta del proprio credito, (senza considerare che si riteneva essere precluso al giudice dell'esecuzione di compiere qualsiasi valutazione in ordine all'ammissibilità o alla fondatezza degli interventi che fossero stati spiegati), si affermava che il procedimento di cui all'art. 512 c.p.c. fosse l'unico strumento idoneo a consentire, ancorché su istanza del debitore o degli altri creditori concorrenti, un controllo sulla legittimità degli

¹⁵² P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, in Comment. Codice di Proc. Civ., Milano, 2019, p. 581 ss.

interventi¹⁵³. Il citato orientamento era peraltro condiviso anche dalla giurisprudenza, che, di conseguenza, riteneva ammissibile l'intervento nell'espropriazione mobiliare anche il credito *sub iudice*, così come deciso dalla Cassazione nel 1987, allorquando era stato dichiarato ammissibile l'intervento dell'amministrazione finanziaria, il cui credito risultava da provvedimenti di natura fiscale, sebbene l'esistenza dello stesso fosse oggetto di controversia innanzi alle commissioni tributarie¹⁵⁴.

Ebbene, questa peculiare funzione, secondo la dottrina contemporanea, non può più essere riconosciuta al procedimento di cui all'art. 512 c.p.c., stante la presenza di requisiti di carattere formale imposti dalla nuova formulazione dell'art. 499 c.p.c. per poter ammissibilmente intervenire nell'espropriazione¹⁵⁵. A conferma di ciò, la Cassazione, nel 2005, pronunciandosi su una domanda di riconoscimento dell'indennità per irragionevole durata di un processo di espropriazione forzata, ha chiarito che nel computo della durata complessiva di questo devono includersi anche i tempi, ricollegabili a vicende tipiche, impiegati per la risoluzione di fasi parallele o incidentali, quali quelli occorsi per la definizione del giudizio di opposizione avverso il piano di riparto, che ineriscono all'unico processo da considerare¹⁵⁶.

¹⁵³ *Ex multis*, VERDE, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano, 1968, p. 80 ss.

¹⁵⁴ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 582 ss.

¹⁵⁵ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 582 ss.

¹⁵⁶ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 583 ss.

Nella medesima linea interpretativa, inoltre, si è detto che alle opposizioni relative alla distribuzione della somma ricavata in sede di esecuzione forzata, proposte ai sensi dell'art. 512 c.p.c. non si applica la sospensione feriale dei termini processuali, prevista dall'art. 1, L. n. 742 del 1969 avuto riguardo alla sostanziale identità, strutturale e funzionale, dell'incidente cognitivo in sede distributiva con l'opposizione all' esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c., espressamente esclusa dal regime della sospensione feriale dall'art. 92, R.D. n. 12 del 1941, ed alla comune esigenza di non ritardare il soddisfacimento dei creditori, nonché all'inoperatività della sospensione in tema di reclamo avverso i decreti di riparto in materia fallimentare, ed alla coerenza dell'interpretazione indicata con il canone costituzionale della ragionevole durata del processo¹⁵⁷.

Sul tema, approfondendo la declinazione pratica dell'istinto, peraltro, la dottrina oggi prevalente ha sottolineato che, più dell'identità strutturale tra l'opposizione all'esecuzione e l'opposizione distributiva, deve darsi rilievo alla volontà legislativa di sottrarre determinati casi all'ordinaria disciplina della sospensione dei termini processuali, che in materia esecutiva deve ricondursi alla volontà di pronta realizzazione dei crediti, affinché non siano pregiudicati i diritti dei creditori. In altri termini, si è detto che *“l'analogia tra le due ipotesi dipende dunque dalla*

¹⁵⁷ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 583 ss.

*medesima esigenza di ragionevole durata del processo e di effettività della tutela giurisdizionale*¹⁵⁸.

In riferimento alla natura giuridica dell'istituto si è poi detto che, anche a seguito della riforma, *“la controversia distributiva è e resta un giudizio cognitivo (seppure strutturato nelle forme sommarie) volto ad un accertamento idoneo al giudicato sulla sussistenza o l'ammontare del credito perché così essa opera sotto il profilo applicativo, tuttora concorrendo con l'incidente cognitivo che più degli altri punta all'accertamento sui diritti (l'opposizione all'esecuzione) e distanziandosi dagli altri episodi dell'esecuzione (conversione e riduzione del pignoramento, riconoscimento del credito ex art. 499, 6° co., c.p.c.) in cui, pur essendo inevitabili atti (esecutivi, ma volti alla) verificazioni sui diritti, nessun accertamento cognitivo può ad essi ascrivere”*¹⁵⁹.

Con riferimento alla declinazione dell'istituto, nella previgente formulazione, la disposizione prevedeva che il giudice dell'esecuzione dovesse provvedere all'istruzione e alla decisione della causa, soltanto a condizione che fosse competente, altrimenti dovendo rimettere le parti davanti al giudice competente ai sensi dell'art. 17 (fissando un termine perentorio per la riassunzione della causa). In tal senso, secondo il disposto dell'art. 17, il valore

¹⁵⁸ Sul punto, PILLONI, *Controversie distributive ed inapplicabilità della sospensione feriale dei termini processuali (brevi considerazioni a margine del "nuovo" art. 512 c.p.c.)*, in CG, 2010, 10, p. 1305 ss.

¹⁵⁹ TISCINI, *Le controversie distributive di nuova generazione. riflessioni sulla natura e sui rapporti con altri incidenti cognitivi*, in REF, 2015, 1, p. 1 e ss.

della controversia ai fini della competenza si determinava in base al valore del maggiore dei crediti contestati¹⁶⁰.

In ordine alle modalità di svolgimento del processo di risoluzione delle controversie in sede di distribuzione, la Cassazione, prima della riforma, ha precisato che le norme dettate per l'iscrizione della causa a ruolo (artt. 168-171) non trovano applicazione né nelle ipotesi di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi proposta dopo l'inizio dell'esecuzione né negli altri casi di processi di cognizione ordinaria che insorgono incidentalmente in un processo esecutivo già in corso¹⁶¹. Dal canto proprio, la giurisprudenza di merito ha invece affermato che, qualora, per una controversia in sede di distribuzione del ricavato, il giudice dell'esecuzione rimetta le parti avanti a sé in funzione di giudice della cognizione, per essere legittimate ad intervenire nel relativo giudizio, le parti, hanno onere di costituirsi mediante iscrizione a ruolo della causa¹⁶².

Tornando alla lettera della norma novellata nel 2015, va ora ribadito che proprio l'art. 512, nel prevedere che, in caso di contestazioni insorte in sede di riparto, il giudice dell'esecuzione, ove competente, debba provvedere all'istruzione della causa, inevitabilmente postula l'iscrizione a ruolo contenzioso della stessa, non diversamente da quanto disposto, per le opposizioni

¹⁶⁰ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 584 ss.

¹⁶¹ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 586 ss.

¹⁶² T. Roma 14.7.1994.

esecutive, dagli artt. 616 e 618, atteso che l'espletamento della fase a cognizione piena del processo distributivo avviene, a fortiori mediante la costituzione in giudizio della parte che intende promuoverla, *id est* proprio attraverso l'iscrizione a ruolo, che, pertanto, non si riduce ad un adempimento di carattere meramente fiscale, ma si concreta in uno specifico atto di impulso processuale¹⁶³.

Come si è accennato, la riforma del 2005 ha semplificato piuttosto incisivamente il procedimento da seguire nei casi di risoluzione delle controversie sorte in sede di distribuzione, prevedendo, appunto, la diretta cognizione del giudice dell'esecuzione e, in seconda battuta, l'opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza di tale giudice.

In chiave ricognitiva, dunque, anche tirando le somme sulle diverse opinioni espresse dalla dottrina in ordine alla natura piena o sommaria della cognizione in tali casi, va precisato che con la riforma, in primo luogo, è stata soppressa la previsione della rimessione ad altro giudice, con la conseguenza che, attualmente, la competenza a decidere le contestazioni in esame è funzionalmente attribuita al medesimo giudice dell'esecuzione avanti al quale le stesse sono state sollevate. In particolare, si è detto che *“questa innovazione risponde chiaramente all'esigenza di accelerazione del procedimento di espropriazione, evitando i*

¹⁶³ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 587 ss.

tempi morti che inevitabilmente provocava la translatio iudicii”¹⁶⁴.

Per quello che qui più interessa, inoltre, nella medesima ottica di restringere quanto più possibile la durata del processo di espropriazione, il legislatore ha abbandonato le forme e le garanzie proprie del processo ordinario a cognizione piena, così come confermato anche dalla giurisprudenza. La Cassazione, infatti, ha affermato che solo “*nel giudizio che fosse insorto fra creditori circa la sussistenza o l'ammontare di un credito, ai sensi dell'art. 512 nel testo anteriore a quello sostituito con effetto dal 1° marzo 2006 dall'art. 39 quater, D.L. 30.12.2005, n. 273, convertito in L. 23.2.2006, n. 51, le regole della cognizione ed in particolare quelle probatorie erano quelle proprie della cognizione ordinaria*”, mentre oggi tali regole non possono più essere applicate. In particolare, il legislatore del 2005 ha dettato una disciplina piuttosto scarna, circa il procedimento da seguire, imponendo soltanto la preventiva audizione delle parti e il compimento dei necessari accertamenti¹⁶⁵. Sul tema, merita di essere menzionata quella tesi dottrinale secondo cui, “*volendo confrontare questa formula con quella usata dall'art. 669 sexies per il procedimento cautelare (ove si stabilisce che il giudice, «sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli*

¹⁶⁴ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 588 ss.

¹⁶⁵ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 588 ss.

atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto»), potrebbe prima facie concludersi che l'attività di istruzione da compiersi ex art. 512 c.p.c. sia perfino più semplificata, accelerata ed informale di quella da svolgersi in sede cautelare”¹⁶⁶. Tuttavia, la stessa dottrina ha avuto modo di chiarire che, pur dovendosi svolgere in modo informale, il procedimento in esame, avendo natura giurisdizionale, deve essere conforme ai principi costituzionali del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. (la necessità della conformità alle regole costituzionali è affermata anche da Arieta, De Santis, 801) e di cui il procedimento cautelare uniforme sembra costituire la forma minima¹⁶⁷. Oltre a ciò, è indubbio il fatto che, per quanto assolutamente deformalizzato, nel procedimento dovrà ritenersi ammissibile l'espletamento di qualsiasi attività istruttoria, potendo le parti avvalersi di prove sia precostituite sia costituende. Nel dettaglio, la dottrina ha osservato che, con specifico riferimento alla possibilità che nella pratica possa effettivamente essere disposta una consulenza contabile come elemento di prova, in molti tribunali, tra i quali quello di Roma, il progetto di distribuzione viene predisposto con l'ausilio di un consulente contabile, sicché appare agevole che il medesimo esperto già nominato possa essere chiamato a svolgere le ulteriori indagini

¹⁶⁶ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 590 ss.

¹⁶⁷ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 590 ss.

tecniche che dovessero rendersi necessarie¹⁶⁸. Tuttavia, la dottrina prevalente, concludendo per il carattere sommario della cognizione, dubita della possibilità di ricorrere a prove costituenti ed in particolare dell'assunzione di testimonianze.

L'onere della prova viene poi modulato considerando che il creditore contestato assume il ruolo di colui che afferma l'esistenza del proprio diritto, sicché è a questi che incombe provare i fatti costitutivi del relativo diritto, considerando che, in caso di controversia insorta in sede di distribuzione della somma ricavata all'esito di procedura esecutiva, ai sensi del vigente testo dell'art. 512 c.p.c., la cognizione sommaria del giudice dell'esecuzione è regolata, sul piano della ripartizione degli oneri probatori, dal principio per cui chi contesta la posizione di vantaggio altrui coinvolta nella distribuzione non è tenuto a fornire la prova, negativa, dell'insussistenza di quegli elementi, spettando a colui che rivendica la posizione di vantaggio dimostrarne l'esistenza¹⁶⁹.

Il provvedimento che chiude il processo esecutivo, infine, pur non avendo, in ragione della mancanza di contenuto decisorio, efficacia di giudicato, è tuttavia caratterizzato da una definitività insita nella chiusura di un procedimento esplicito nelle forme atte a salvaguardare gli interessi delle parti, incompatibile con qualsiasi sua revocabilità, atteso che nell'ambito del procedimento

¹⁶⁸ SOLDI, *Il progetto di distribuzione e le controversie distributive*, in REF, 2007, p. 43 ss.

¹⁶⁹ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 591 ss.

esecutivo sussiste un sistema di garanzie di legalità per la soluzione di eventuali contrasti tra le parti. Ciò significa che, il soggetto esecutato che non si sia avvalso dei rimedi oppositivi specificatamente previsti nell'ambito del procedimento esecutivo, in questo dell'opposizione ex art. 512 c.p.c. avverso all'ordinanza di assegnazione della somma conseguente alla conversione del pignoramento, non può esperire, dopo la chiusura del procedimento di esecuzione forzata, autonoma azione di ripetizione di indebito contro il creditore procedente per ottenere la restituzione di quanto costui ha riscosso, sul presupposto dell'illegittimità dell'esecuzione forzata per ragioni sostanziali¹⁷⁰.

In ogni caso, non va dimenticato che, come sottolineato dalla Cassazione, *“la previsione del rimedio dell'opposizione distributiva non esclude che il debitore esecutato, il quale contesti l'esistenza o anche solo l'ammontare del credito di un creditore intervenuto, di cui si presume l'ammissione alla distribuzione, possa tutelarsi anche prima della suddetta fase attraverso lo strumento dell'opposizione all'esecuzione, di cui all'art. 615, 2° co., sussistendo in ogni momento dell'esecuzione il suo interesse a contestare l'andamento o il quantum di uno o più tra detti crediti, né rileva che, successivamente alla proposizione della relativa opposizione, il naturale sviluppo della procedura ne comporti il transito alla fase della distribuzione della somma ricavata, comprensiva anche*

¹⁷⁰ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 590 ss.

di quanto ritualmente versato a seguito di ordinanza ammissiva di conversione”¹⁷¹.

5. L'accertamento dell'obbligo del terzo negli articoli 548-549 c.p.c.: assetto pre e post riforma e tesi differenti in ordine alla natura della cognizione

L'accertamento giudiziale dell'obbligo del terzo, come affermato efficacemente dalla dottrina, costituisce una delle modalità attraverso le quali si perfeziona la fattispecie complessa dell'espropriazione mobiliare presso terzi, in alternativa alla dichiarazione di quantità resa, ai sensi degli artt. 543 e 547 c.p.c., al creditore procedente ¹⁷². In relazione all'individuazione dell'oggetto del giudizio di accertamento, prima della riforma dell'articolo 549 c.p.c., la dottrina era divisa su due opinioni diametralmente opposte. Secondo un primo filone interpretativo, al creditore era riconosciuta una legittimazione straordinaria a domandare in nome proprio (mediante la proposizione di una domanda introduttiva di un ordinario processo di cognizione, strutturalmente autonomo dal processo esecutivo, ma a esso funzionalmente coordinato) l'accertamento del diritto vantato dal

¹⁷¹ P. PELLEGRINELLI, F. LOCATELLI, *sub. Art. 512 c.p.c.*, cit., p. 592 ss.

¹⁷² P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, in *Esecuzione Forzata*, 2021, IV, p. 949 ss.

debitore esecutato nei confronti del terzo pignorato, sotto il profilo dell'esistenza e dell'ammontare del debito di quest'ultimo, vale a dire il medesimo accertamento che il primo, in veste di creditore, avrebbe potuto promuovere in via autonoma nei confronti del secondo, senza escludere la legittimazione ordinaria ad agire spettante all'esecutato in ordine al medesimo diritto oggetto del giudizio¹⁷³. Seguendo tale tesi, parte della dottrina concludeva che la pronuncia finale assumeva, così, un contenuto di carattere sostanziale, riguardando il rapporto intercorrente tra debitore esecutato e terzo pignorato ed essendo idonea a fare stato fra le parti anche oltre il processo esecutivo, precludendo eventuali future controversie aventi il medesimo ambito soggettivo e oggettivo¹⁷⁴.

Secondo la tesi opposta, il creditore procedente agirebbe non già *utendo iuribus* del proprio debitore, bensì *iure proprio*, ossia in funzione dell'azione esecutiva intrapresa, poiché l'accertamento espletato assume un contenuto prettamente processuale, nel senso che il giudizio in questione ha per oggetto l'accertamento dell'esistenza del credito di cui alla pretesa esecutiva così come indicata nell'atto di pignoramento e non del rapporto sostanziale

¹⁷³ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 550 ss.

¹⁷⁴ PARISI, *Oggetto e natura del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo pignorato*, in *Esecuzione Forzata*, 2020, p. 342 ss.

intercorrente tra il debitore esecutato e il terzo pignorato¹⁷⁵. In tale prospettiva, dunque, l'accertamento è considerato strettamente attinente all'azione esecutiva, senza rilevanza esterna, così da “*crystallizzare il credito a seguito della notifica dell'atto di pignoramento, al fine di ottenerne la destinazione specifica all'espropriazione forzata*”¹⁷⁶.

D'altra parte, secondo la giurisprudenza antecedente alla riforma, il giudizio di accertamento, anche per ragioni di economia e celerità processuale, si concludeva con una sentenza dal duplice contenuto accertativo:

- l'uno riguardante il diritto di credito dell'esecutato nei confronti del terzo pignorato, idoneo ad acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale tra le parti del rapporto;
- l'altro, di rilevanza meramente processuale, attinente all'assoggettabilità del credito pignorato all'esecuzione forzata, efficace nei rapporti tra creditore precedente e terzo pignorato e, come tale, rilevante ai soli fini dell'esecuzione in corso, secondo la forma dell'accertamento incidentale ex lege¹⁷⁷.

¹⁷⁵ FINOCCHIARO, Il perfezionamento del pignoramento attraverso l'accertamento giudiziario (art. 549 c.p.c.), in ARIETA-DE SANTIS-DIDONE (a cura di), Codice commentato delle esecuzioni civili, Milano, 2016, p. 1110 ss.

¹⁷⁶ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 552 ss.

¹⁷⁷ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 552 ss.

Ebbene, le riforme del 2012 e del 2015, secondo la dottrina, *“hanno messo in evidenza la scelta del legislatore di porre in stretta e reciproca correlazione tra loro la funzione e la struttura del giudizio di accertamento quale fase incidentale di cognizione endoesecutiva, volta esclusivamente a delimitare l'oggetto del pignoramento, come confermerebbe la precisazione per cui l'ordinanza che conclude l'accertamento demandato al giudice dell'esecuzione produce effetti ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione, risultando, così, priva di attitudine al giudicato sostanziale (ex art. 2909 c.c.) ed extraprocessuale”*¹⁷⁸.

Da ciò deriva che l'attuale accertamento di cui all'art. 549 c.p.c. riguarderebbe in via esclusiva il diritto del creditore di aggredire esecutivamente i beni ovvero i crediti pignorati. Dal canto proprio, la giurisprudenza, interrogandosi proprio sulle conseguenze delle riforme del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, ha affermato che le modifiche apportate agli artt. 548 e 549 c.p.c. hanno delineato un accertamento incidentale, da condursi con rito camerale, devoluto alla cognizione funzionale diretta del giudice dell'esecuzione, pur sempre rivolto alla verifica dell'esistenza o meno di un rapporto di dare e avere fra il terzo pignorato e il debitore esecutato, sebbene con una pronuncia non destinata a fare

¹⁷⁸ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 554 ss.

stato nei loro confronti¹⁷⁹. In altri termini, come esemplificato dalla dottrina, *“l'accertamento dell'obbligo del terzo è ora compiuto incidenter tantum dal giudice dell'esecuzione e definito con un'ordinanza sommaria, suscettibile di opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c.”*¹⁸⁰.

Ora, se questa è l'opinione certamente dominante, non sono mancate tesi di segno opposto, le quali hanno affermato che, anche a seguito delle riforme, l'oggetto del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo continua a essere rappresentato dal diritto di credito vantato dall'esecutato nei confronti del debitor debitoris¹⁸¹. Più precisamente, si è detto che, *“se è vero, infatti, che l'accertamento condotto da giudice dell'esecuzione è caratterizzato da un'accentuata sommarietà della cognizione, non vi sono elementi decisivi che inducano a concludere nel senso che l'oggetto di tale cognizione incidentale sia rappresentata esclusivamente dal diritto del creditore di procedere a esecuzione forzata nei confronti del terzo pignorato, anziché dal diritto di credito vantato nei confronti di quest'ultimo dal debitore esecutato”*¹⁸².

¹⁷⁹ TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. 132/2014*, in *Corr. Giur.*, 2015, 3, p. 394 ss.

¹⁸⁰ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 555 ss.

¹⁸¹ CARRATTA, *Riforma del pignoramento presso terzi e accertamento dell'obbligo del terzo*, in *GI*, 2014, p. 1034 ss.

¹⁸² P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 555 ss.

Secondo tale corrente di pensiero, dunque, si tratterebbe di un procedimento a cognizione sommaria, assimilabile al primo grado di giudizio di cui all'art. 702-ter c.p.c. nell'ambito del rito sommario di cognizione, destinato a essere eventualmente seguito da una fase a cognizione piena, introdotta mediante ricorso ex art. 617 c.p.c., come espressamente previsto dall'art. 549 c.p.c.¹⁸³. A sostegno di tale conclusione, secondo la dottrina, deporrebbe proprio la forma individuata dal legislatore per l'impugnazione dell'ordinanza resa dal giudice dell'esecuzione all'esito del proprio accertamento incidentale, in grado, appunto, di rafforzare l'affermazione tale per cui il suo oggetto non sarebbe mutato rispetto a quanto si sosteneva sotto il vigore della precedente disciplina. Ciò perché con l'introduzione di una fase a cognizione piena, qual è quella che si instaura a seguito della proposizione di un ricorso ex art. 617 c.p.c., viene meno qualsiasi eventuale preclusione a un accertamento completo e assimilabile a quello che risulterebbe dalla celebrazione di un giudizio da svolgersi secondo le regole dettate dagli artt. 163 ss. c.p.c.; ma anche perché il provvedimento conclusivo è rappresentato da una sentenza avente carattere decisorio e definitivo, suscettibile di formare cosa

¹⁸³ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 556 ss.

giudicata e, come tale, ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, 7° co., Cost.¹⁸⁴.

In ogni caso, la dottrina prevalente è concorde nell'affermare che le contestazioni che possono muoversi attraverso l'ordinanza ex art. 549 c.p.c. non attengono solamente alle irregolarità formali del provvedimento, ma possono investire anche il merito degli accertamenti condotti dal giudice dell'esecuzione, vale a dire le questioni sostanziali che attengono e ineriscono direttamente alla natura e al contenuto del rapporto tra esecutato e debitor debitoris dedotto in pignoramento¹⁸⁵.

Più nel dettaglio, infatti, ciò sarebbe confermato dal fatto che, anche dopo le modifiche degli artt. 548 e 549 c.p.c., vi è litisconsorzio necessario tra creditore procedente, debitore esecutato e terzo pignorato, sia nella fase sommaria condotta innanzi al giudice dell'esecuzione, sia in quella a cognizione piena che si instaura a seguito dell'opposizione ex art. 617 c.p.c.¹⁸⁶. In tale contesto, si è osservato che *“tutti e tre i protagonisti del processo esecutivo sono titolari di interessi rilevanti (il creditore, alla dimostrazione della sussistenza di situazioni pignorabili, idonee a procurare la soddisfazione del proprio credito;*

¹⁸⁴ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 556 ss.

¹⁸⁵ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 557 ss.

¹⁸⁶ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 557 ss.

l'esecutato e il terzo, all'accertamento dell'esistenza o meno di un rapporto obbligatorio intercorrente tra di loro, anche nell'ottica dell'eventuale esperimento di successive azioni restitutorie o di recupero) e risultano direttamente coinvolti dalle indagini che debbono essere espletate nell'ambito dell'espropriazione mobiliare presso terzi"¹⁸⁷. Da ciò risulterebbe, quindi, difficile "giustificare la necessità di condurre dette indagini nei confronti di tutte le parti coinvolte e, allo stesso tempo, sostenere che a esse rimanga estranea qualsiasi valenza di carattere sostanziale, preclusiva di ulteriori rilievi e contestazioni sollevate in una diversa sede (ossia in un giudizio autonomamente promosso al di fuori del processo esecutivo)"¹⁸⁸.

Gli effetti pratici dell'ultimo orientamento analizzato, quindi, sono riassumibili nel fatto che, secondo certa dottrina, le novità introdotte dalle riforme avrebbero influito sulla struttura, ma non sull'oggetto del giudizio di accertamento, che sarebbe rimasto il medesimo. Senonché, si è acutamente rilavorò che "resta da spiegare perché il nuovo testo dell'art. 549 c.p.c. afferma che l'ordinanza resa dal giudice dell'esecuzione esplica effetti ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sull'ordinanza

¹⁸⁷ CORDERO, *Litisconsorzio necessario nel giudizio di accertamento ex artt. 548 e 549 c.p.c.*, in *Esecuzione Forzata*, 2020, p. 1033 ss.

¹⁸⁸P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 557 ss.

*di assegnazione ivi emessa*¹⁸⁹. Sul punto, in particolare, “viene posto l'accento, da un lato, sul fatto che la norma prevede sì che gli effetti di tale ordinanza sono limitati all'esecuzione in corso o a quella eventualmente instaurata nei confronti del terzo pignorato in forza del provvedimento emesso ai sensi degli artt. 552 e 553 c.p.c., ma - quanto meno *expressis verbis* - non in via esclusiva e, dall'altro lato, sul fatto che sarebbe contraddittorio sostenere un'efficacia meramente endoesecutiva dell'ordinanza quando è lo stesso art. 549 c.p.c. ad affermare che essa la assume pure nei confronti del terzo in una procedura esecutiva distinta rispetto a quella nel cui ambito è stata pronunciata”¹⁹⁰. Il predetto inciso, quindi, espliciterebbe solamente l'efficacia di titolo esecutivo che l'ordinanza di assegnazione emessa all'esito degli accertamenti compiuti ai sensi dell'art. 549 c.p.c. possiede già nei confronti del debitore, legittimando l'avvio di un'espropriazione forzata qualora non adempia spontaneamente quanto previsto¹⁹¹. Ciò comporta che l'ordinanza ex art. 549 c.p.c., laddove non impugnata con il ricorso ex art. 617 c.p.c., sarebbe destinata ad assumere valenza definitiva, con la conseguenza che quanto accertato non potrebbe essere rimesso in discussione dal debitore

¹⁸⁹ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 558 ss.

¹⁹⁰ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 560 ss.

¹⁹¹ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 560 ss.

esecutato o dal terzo pignorato, mediante l'avvio, in pendenza del processo esecutivo o successivamente alla sua definizione, di un'autonoma azione di cognizione in separata sede. Sul tema, la dottrina ha concluso affermando che, *“alla luce del fatto che il giudizio di opposizione è destinato ad accogliere tutte le argomentazioni - di rito e di merito - volte a rimettere in discussione l'accertamento sommario compiuto dal giudice dell'esecuzione, quanto statuito nella sentenza conclusiva di tale giudizio osterebbe all'avvio di azioni miranti a sovvertire la situazione sostanziale così venutasi a cristallizzare, facendo leva su ragioni che avrebbero potuto e dovuto essere fatte valere in quella sede, in virtù del principio in base al quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile”*¹⁹².

Così, la predetta limitazione dell'efficacia dell'ordinanza emessa dal giudice dell'esecuzione cui fa riferimento l'art. 549 c.p.c. è stata intesa *“come volta a escludere che tale provvedimento sia suscettibile di essere impiegato come titolo esecutivo da un soggetto diverso dal creditore procedente ed essere, così, posto a fondamento di un'azione espropriativa promossa dal terzo (qualora, in ipotesi, fosse accertata l'esistenza di un suo controcredito eccedente quello assoggettato a pignoramento)”*¹⁹³.

¹⁹² P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 561 ss.

¹⁹³ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 561 ss.

In altri termini, l'ordinanza stessa *“pur recando l'accertamento sostanziale del rapporto tra l'esecutato e il di lui debitore, non potrebbe legittimare un'azione esecutiva al di fuori di quella in corso e a favore di un soggetto che non sia il creditore procedente, contenendo - per esempio - statuizioni di carattere condannatorio delle quali possa avvalersi il terzo pignorato”*¹⁹⁴.

In definitiva, solo ricostruendo in tal senso il significato della norma si potrebbe concludere per la cristallizzazione definitiva dell'accertamento, idoneo ad assumere valenza definitiva, anche al fine di consentire l'avvio di iniziative che non andrebbero più a interferire con i risultati dell'esecuzione presso terzi¹⁹⁵. Dopo tutto, conclude la dottrina, *“suonerebbe obiettivamente distonico riconoscere al debitore esecutato e al terzo pignorato (quest'ultimo facoltizzato a formulare tutte le opportune difese, mediante le pertinenti contestazioni ed eccezioni, onde escludere che venga affermata la sussistenza di un suo obbligo) la possibilità di non mettere sul piatto fin da subito ogni elemento utile o financo decisivo per assumere le determinazioni inerenti all'espropriazione in corso, confidando sul fatto che vi possano essere altre occasioni per giocare eventuali assi nella manica, in grado di neutralizzare o vanificare, magari a distanza di*

¹⁹⁴ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 562 ss.

¹⁹⁵ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 564 ss.

parecchio tempo, ciò che è stato acquisito nell'ambito o all'esito dell'esecuzione forzata”¹⁹⁶.

Ebbene, la predetta conclusione non è stata accolta dalla Corte Costituzionale, la quale, recentemente, con la sentenza n. 172 del 20 giugno 2019, ha dichiarato infondate le questioni di legittimità sollevate con riguardo alla nuova disciplina dell'accertamento dell'obbligo del terzo, evidenziando come nessuna lesione dei diritti di quest'ultimo possa ravvisarsi nel momento in cui gli va riconosciuto il potere di proporre, oltre all'opposizione ex art. 617 c.p.c., un'autonoma azione di ripetizione per indebito oggettivo¹⁹⁷.

Nel medesimo contesto, inoltre, la Corte ha escluso che l'ordinanza resa ai sensi dell'art. 549 c.p.c. possa portare alla formazione di un giudizio sull'*an* o sul *quantum* del debito del terzo nei confronti dell'esecutato, assumendo la natura e l'efficacia propria di un atto esecutivo endoprocessuale, privo di alcun accertamento sull'esistenza o sull'esatto ammontare del credito, ovvero sulla presenza del bene del debitore, presso il terzo, tanto che è evidente *“l'insanabile divaricazione che caratterizza i due orientamenti”*¹⁹⁸. Secondo la dottrina, peraltro, *“lasciare impregiudicata la facoltà di porre in discussione il rapporto*

¹⁹⁶ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 564 ss.

¹⁹⁷ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 565 ss.

¹⁹⁸ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 565 ss.

*sostanziale tra debitore esecutato e terzo si traduce indefettibilmente nel disconoscere la stabilità del bene della vita oggetto dell'accertamento, anche quando sia divenuto irretrattabile l'atto (titolo esecutivo) che l'ha riconosciuto e attribuito*¹⁹⁹.

6. L'ordinanza abnorme del GE nell'esecuzione ex articolo 612 c.p.c.

In conclusione del capitolo, alcune brevi osservazioni devono essere fatte in riferimento alla possibilità che l'ordinanza ex art. 612 c.p.c. sia caratterizzata dal crisma dell'abnormità. La norma appena menzionata dispone che *1. Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare, dopo la notificazione del precetto, deve chiedere con ricorso al giudice dell'esecuzione che siano determinate le modalità dell'esecuzione. 2. Il giudice dell'esecuzione provvede sentita la parte obbligata. Nella sua ordinanza designa l'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione e le persone che debbono provvedere al*

¹⁹⁹ P. CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, cit., p. 566 ss.

compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta.

Ebbene, per risolvere la questione relativa all'ordinanza abnorme, i rilievi svolti nei precedenti paragrafi consentono di affermare che, a seguito degli interventi legislativi succedutisi nel corso degli anni, è evidente una tendenza volta a riconoscere al giudice dell'esecuzione la potestà di accertare diritti al fine di attuarli. In tale ambito, è interessante menzionare la sentenza delle Sezioni Unite n.11066/2012, secondo cui il titolo esecutivo non è più semplicemente il documento-sentenza, quanto la sua ricostruzione alla luce degli atti del processo e delle richieste delle parti, oggetto di contraddittorio anche interno all'esecuzione. In altri termini, dottrina e giurisprudenza hanno cominciato a considerare la precisa individuazione dell'obbligo dichiarato dal giudice *“non tanto come un requisito formale del provvedimento giudiziario, ma come ciò che il giudice di merito deve essere stato messo in grado di accertare ed è dimostrabile abbia accertato. Quando si integri ciò che nel provvedimento è dichiarato con ciò che gli è stato chiesto e vi appare discusso, si ottiene il sicuro vantaggio di costringere le parti del rapporto controverso al parlare chiaro: il creditore procedente indicando con precisione nel precetto la prestazione richiesta ed i suoi perché; il debitore con altrettanta precisione contestando ciò che ritenga non dovuto, perché negato o non accertato, ponendolo a base delle opposizioni che possono*

precedere o seguire l'inizio dell'esecuzione od affidandole al giudice dell'esecuzione ai fini del suo controllo sull'estensione del titolo; il creditore dal canto suo proponendo domanda riconvenzionale a fini di accertamento di quanto possa essere ritenuto già non accertato o controbattendo le allegazioni interne al processo esecutivo fatte dal debitore''²⁰⁰.

Sulla base di queste premesse, con riferimento all'esecuzione per obblighi di fare, compresi nell'ambito dell'art. 612 c.p.c., la dottrina, indagando la possibilità di individuare l'abnormità dell'ordinanza, ha affermato alcuni punti fermi, ovvero:

- il giudice dell'esecuzione non pronuncia mai sentenza perché non ha il potere di decidere il merito di questioni controverse, sia pure strumentalmente alla loro esecuzione forzata. La predetta regola non è contraddetta né dall'art. 612 c.p.c. né dagli artt. 530, comma 4 e 569 c.p.c.;
- le ordinanze del giudice dell'esecuzione sono revocabili e modificabili fin tanto che non abbiano avuto completa esecuzione;

²⁰⁰ B. CAPPONI, *Ordinanze decisorie "abnormi" del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, in Atti convegno, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall'Università di Roma Tre, su L'interpretazione del titolo esecutivo e i poteri del giudice dell'esecuzione, 27 marzo 2017.

- esiste uno strumento per la loro impugnazione (l'art. 617 c.p.c.), che non concorre né con l'appello, né col ricorso ex art. 111 Cost.

In chiave pratica, il giudice potrebbe incorrere nel vizio dell'abnormità, allorquando adotti il provvedimento a norma dell'art. 612 c.p.c. e:

- neghi la tutela esecutiva, sul presupposto che l'esecutato si sia spontaneamente adeguato al comando del titolo esecutivo;
- la tutela per inesistenza del diritto portato nel titolo esecutivo;
- neghi la tutela per eccesso di indeterminatezza del titolo esecutivo, non emendabile coi provvedimenti attuativi;
- adotti modalità di attuazione contrastanti col contenuto del titolo esecutivo;
- adotti modalità che integrano in modo sostanziale il contenuto del titolo esecutivo;
- risolvendo contrasti di merito tra le parti.

In questi casi la giurisprudenza ha ammesso il rimedio dell'appello, sul presupposto che l'ordinanza del giudice possa configurarsi quale sentenza in senso sostanziale²⁰¹.

²⁰¹ Cass., sez. III, n. 27185/2016, B. CAPPONI, *Ordinanze decisorie "abnormi" del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, cit.

Capitolo III

L'intervento della Corte di Giustizia europea

1.1. Premessa e brevi cenni sulla direttiva europea 93/13

Al fine di esaminare l'intervento della normativa e della giurisprudenza europea nel delicato settore della tutela, anche esecutiva, dei consumatori, è necessario svolgere alcuni brevi rilievi sull'impianto dispositivo della direttiva 93/13/CEE. Sul tema va premesso che i sistemi economici contemporanei hanno imposto particolari tecniche di contrattazione e di perfezionamento degli accordi contrattuali, rendendo ancora più necessaria l'esigenza di certezza dei traffici commerciali, secondo una logica di *favor* per la circolazione dei beni giuridici che ne formano oggetto.

Il fenomeno della contrattazione standardizzata²⁰² si fonda sulla predisposizione unilaterale²⁰³ da parte di un contraente del contenuto del regolamento negoziale, sottraendo all'aderente la possibilità di una trattativa individuale, perseguendo così la finalità di favorire la circolazione dei beni giuridici in un'ottica di tutela del mercato concorrenziale. Tali modalità di perfezionamento del contratto mettono ampiamente in luce la posizione di primazia vantata da talune imprese o gruppi di imprese che, in forza di tale primato, impongono ai potenziali

²⁰² Nella Relazione al c.c., n. 612 si parla espressamente di << *contratto per adesione* >>.

²⁰³ Sugli elementi caratterizzanti il contratto *standard*, si veda MAIORCA, voce Contratti standard, in Noviss. Dig. It., Appendice, II, Torino, 1981, p. 620 ss. Sul fenomeno della contrattazione standardizzata come conseguenza diretta della contrattazione di massa v. C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, II, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988, p. 1

clienti le singole clausole del rapporto negoziale. La Dir. 93/13/CEE rappresenta il prodotto di lunghi anni di confronto e di lavoro. Infatti, tale direttiva è solo il risultato finale di un lungo percorso evolutivo che ha preso le mosse dalla Carta dei diritti dei consumatori – approvata dall’assemblea consultiva del Consiglio d’Europa con la risoluzione n. 543 del 1973 – , a cui è seguita la risoluzione sulle clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori -- adottata dal Consiglio d’Europa il 16 novembre 1976. Il 14 aprile 1975, il Consiglio CEE aveva proposto, nel contesto del programma comunitario per la tutela del consumatore, l’adozione di misure funzionali alla protezione del consumatore contro gli abusi perpetrati dal professionista, mediante la formazione di contratti tipo predisposti unilateralmente o l’esclusione dal contenuto del contratto di diritti essenziali²⁰⁴.

Risale all’agosto del 1976 il primo progetto preliminare di quelle che sarebbe poi diventata la Dir. 93/13/CEE, il quale fu assoggettato alla disamina da parte di vari esperti nazionali e su di esso il Comitato consultivo dei consumatori espresse un parere. A seguito dell’approvazione da parte del Parlamento europeo del secondo programma comunitario per la tutela del consumatore nel maggio del 1971, la Comunità Europea, dopo un periodo di stasi

²⁰⁴ Per una interessante analisi della direttiva citata, soprattutto in relazione alla trasparenza, si vedano i rilievi contenuti nel paragrafo 2 di COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte Ur, Corte costituzionale e Cassazione*, in *I contr: riv. dottr. e giur.*, 2015, III, p. 260.

parallelo al proliferare nei vari Paesi europei di leggi in tema di condizioni generali di contratto (si pensi all'adozione in Germania dell'*AGB – Gesetz* il 9 dicembre 1976), continuò nell'elaborazione di questa nuova normativa, quando nel 1984 venne presentato dalla commissione CEE un documento di riflessione, che trova la sua formulazione in una comunicazione della Commissione al Consiglio del 14 febbraio 1984. Tale documento fotografava il panorama dei diversi scenari legislativi nazionali europei. Nel 1985 e nel 1986, la Commissione Giuridica e la Commissione Consumatori formularono dei pareri su tale documento. Dopo il susseguirsi di differenti progetti preliminari di direttiva tra il 1987 ed il 1990, il testo finale fu definitivamente approvato dalla Commissione il 24 luglio 1990. La proposta venne riformulata a seguito dei pareri espressi dal Comitato Economico e Sociale e dal Parlamento europeo. All'approvazione del testo definitivo della direttiva con una sostanziale riduzione della sua portata rispetto alla proposta modificata dalla Commissione, si giunse il 5 aprile 1993. Delineato per sommi capi l'*iter* che ha condotto alla formazione della direttiva in esame, occorre fare un cenno al momento attuativo di tale atto europeo. In particolare, con l'art. 25 delle 6 febbraio 1996 n. 52 il legislatore nazionale ha dato attuazione alla direttiva nell'ordinamento italiano. Intervenuta ben oltre la scadenza del termine per darne attuazione, il legislatore italiano poteva fare affidamento su due modelli di recepimento: egli poteva, in alternativa, dar vita ad una *lex*

*specialis*²⁰⁵ o procedere ad una novella del codice civile²⁰⁶. Sulla base della considerazione per cui la nuova normativa avrebbe condotto all'introduzione di principi generali astrattamente applicabili ad una molteplicità indeterminata – e non aprioristicamente individuabile – di rapporti giuridici, il legislatore del '96 ritenne di escludere la strada della legislazione speciale e decise di introdurre tali principi innovatori nella disciplina generale del contratto. Per tal via si giunse alla creazione del Capo XIV - bis, costituito da cinque disposizioni e recante la disciplina << *Dei contratti del consumatore* >>. Il legislatore italiano, nell'opera di attuazione della Direttiva in esame, ne ha recepito fedelmente le disposizioni, comprese le formulazioni che si rivelarono il risultato di un'erronea traduzione dei testi in lingua francese ed inglese. In sede di recepimento della Direttiva, il legislatore italiano optò per la locuzione di clausole vessatorie – anziché di clausole abusive – sulla base di diverse argomentazioni. Sotto un profilo di carattere sistematico, si trattava di una qualificazione già fatta propria dalla letteratura relativa

²⁰⁵ Tale modalità era quella individuata nella Proposta di legge Peraboni ed altri, «Norme per la tutela del consumatore nei rapporti contrattuali», presentata alla Camera dei deputati il 2 maggio 1994 e nella successiva Proposta di legge Perlingieri ed altri, «Disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori», comunicata alla Presidenza del Senato l'8 febbraio 1995.

²⁰⁶ Tale era la via prescelta dalla Proposta Alpa - Bianca ed altri, presentata tramite il ministro Conti al Presidente del Consiglio dei ministri Ciampi e ripresa dalla Proposta di Legge Berlusconi - Comino, presentata alla Camera dei deputati il 16 gennaio 1995, con uno spostamento della normativa dalle condizioni generali di contratto ai rapporti d'impresa.

all'elencazione tassativa di cui all'art. 1341 comma 2 c.c., contenente le condizioni generali di contratto tipicamente vessatorie e onerose per l'aderente, e per le quali il legislatore ha previsto un meccanismo di controllo di carattere meramente formale fondato sull'onere della doppia sottoscrizione.²⁰⁷ In secondo luogo, l'attribuzione a tali clausole della qualificazione di abusive avrebbe rievocato concetti e comportamenti di rilevanza penale. Non è mancato chi in letteratura ha evidenziato l'opportunità di utilizzare uno schema concettuale diverso dalla nozione di vessatorietà, proprio al fine di evidenziare la distinzione tra nuova disciplina di matrice comunitaria e quella contenuta negli artt. 1341 e 1342 c.c.²⁰⁸.

Con specifico riguardo agli obiettivi perseguiti dalla direttiva in esame, essa ha come finalità quella di armonizzazione minima, volta a creare un livello *standard* minimo di tutela per il

²⁰⁷ Invero, la qualificazione «vessatorie» delle clausole indicate dall'art. 1341, comma 2 c. c., non si ritrova nella norma, ma è stata coniata dalla giurisprudenza. In dottrina, invece, molteplice è la varietà delle qualificazioni proposte: si parla sovente di clausole «onerose» per porre l'accento sul loro carattere gravoso per l'aderente, di clausole «pericolose», di clausole «inique», con specifico riferimento al loro contenuto, l'aggettivo «vessatorio» si è tuttavia affermato come prevalente, in considerazione del fatto che esso riesce meglio degli altri a esprimere «l'idea di una sproporzione tra le parti contraenti che ha origine nell'attività di predisposizione unilaterale, pur senza esaurire in tale dato il suo significato» (così L. FRANCIOSI, *Clausole vessatorie*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. VI, p. 3).

²⁰⁸ D. TAVOLARO, *Contratti di massa, tutela del contraente debole e clausole «abusive»: aspetti problematici relativi all'attuazione della direttiva 93/13/CEE*, in *Documenti giustizia*, 1996, c. 1333.

consumatore – al fine di uniformare le singole legislazioni nazionali – derogabile *in melius* dal singolo ordinamento interno, al fine di innalzare il vincolo di tutela in favore del consumatore. Pertanto, tale direttiva mira a creare un livello minimo di tutela per il consumatore, contro le clausole vessatorie che non abbiano formato oggetto di specifica trattativa individuale nel contratto perfezionato tra professionista e consumatore. La ratio evocata dalle disposizioni in essa contenute è ispirata alla protezione del consumatore, quale parte strutturalmente debole del rapporto con il professionista. Oltre a ciò, tale direttiva si pone come obiettivo da perseguire quello di favorire la creazione e lo sviluppo di un mercato interno, servendosi proprio dello strumento dell'armonizzazione minima e delle logiche ad essa sottese. Tali obiettivi espressamente perseguiti dalla direttiva in esame, poggiano sul presupposto per cui il consumatore sia collocato in una posizione di inferiorità – quasi di soggezione – rispetto al professionista, e ciò sia con riguardo il potere di trattativa circa le singole clausole sia con riferimento all'asimmetria informativa che connota tale rapporto.²⁰⁹ Attraverso il carattere non vincolante

²⁰⁹ A tal riguardo, la Corte ha ripetutamente definito la protezione fornita dalla direttiva come una questione di «interesse pubblico». Come espresso all'articolo 114 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) base giuridica della direttiva, nonché all'articolo 169 del TFUE e all'articolo 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la direttiva offre un elevato livello di protezione dei consumatori.

In tal senso cfr. Causa C-243/08, *Pannon GSM*, punto 31; causa C-168/05, *Mostaza Claro*, punto 3; causa C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*, punto 78.

delle clausole abusive inserite nel contratto stipulato tra professionista e consumatore, la direttiva mira alla creazione di un equilibrio reale tra le parti, eliminando quello squilibrio economico giuridico derivante dall'inserimento nel regolamento contrattuale di clausole abusive.²¹⁰

Con riguardo all'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della direttiva in esame, ai sensi dell'art. 1, essa trova applicazione con esclusivo riguardo ai regolamenti contrattuali conclusi tra un professionista ed un consumatore, rispettivamente definiti all'art.

²¹⁰ Secondo la giurisprudenza costante della Corte il sistema di protezione introdotto dalla direttiva 93/13/CEE si basa su: l'idea [...] che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere di trattativa sia il livello di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse [...]. La direttiva mira quindi ad occuparsi delle situazioni di disuguaglianza delle parti in relazione alle clausole contrattuali, che può essere dovuta a una *asimmetria dell'informazione e delle competenze tecniche o del potere di trattativa* in relazione alle clausole contrattuali. In particolare, attraverso il carattere non vincolante delle clausole abusive nei contratti di cui all'articolo 6, paragrafo 1, la direttiva mira a creare un *equilibrio reale* tra le parti del contratto, eliminando lo squilibrio creato dalle clausole abusive nei contratti, al fine di compensare la posizione di inferiorità dei consumatori. Inoltre, la direttiva mira a dissuadere i professionisti dall'utilizzare clausole abusive in futuro. La Commissione ricorda che, nella sua relazione del 2000 sull'applicazione della direttiva, ha evidenziato gli effetti dannosi dell'utilizzo delle clausole abusive nei contratti per l'ordine giuridico ed economico dell'UE nel suo insieme e ha sottolineato l'importanza della direttiva al di là della protezione dei singoli consumatori direttamente interessati da clausole abusive nei contratti. In particolare, v. causa C-147/16, *Karel de Grote*, punto 54. Alla fine di tale punto, la Corte fa riferimento alla causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, punto 31, e alla causa C-110/14, *Costea*, punto 18, della giurisprudenza ivi citata. Affermazioni simili si ritrovano in molte altre sentenze, ad esempio nella causa C-169/14, *Sánchez Morcillo*, punto 22.

2 lett. c) e b) Dir. 93/13 /CEE. Con riferimento ai criteri enucleati dalla giurisprudenza comunitaria al fine di creare un *discimen* tra professionista e consumatore, la Corte di Giustizia ha ripetutamente sottolineato come le nozioni di professionista e di consumatore si connotino per il requisito della funzionalità: più precisamente, esse dipendono dal ruolo svolto dal singolo contraente nell'accordo in questione. La Corte ha anche chiarito che, stante gli obiettivi e le ratio che connotano la presente direttiva, il concetto di professionista di cui all'art. 2, lett. c) deve essere inteso in senso ampio: pertanto una persona fisica o giuridica dovrà essere considerata professionista ai fini applicativi della direttiva ogni qualvolta sia parte di un contratto che si riferisca in qualche modo all'attività professionale svolta, quantunque quest'ultima persegua un interesse generale o sia connotata da rilievi di natura pubblicistica.²¹¹ Sul grado di riferibilità del contratto all'attività del contraente, la Corte di Giustizia si è espressa nel senso di ritenere che è sufficiente che

²¹¹ Pertanto, qualsiasi persona fisica o giuridica è da considerarsi un professionista quando il contratto si riferisce alla sua attività professionale, incluso il caso in cui l'attività sia di carattere pubblico o di interesse generale o abbia uno status di diritto pubblico. Le organizzazioni o gli organismi che perseguono una missione di interesse pubblico ovvero obiettivi caritatevoli o etici saranno considerati professionisti in relazione ai contratti sulla vendita di prodotti o servizi di qualunque tipo ai consumatori. A tal riguardo, è irrilevante che un'attività venga svolta «senza scopo di lucro». Cfr. causa C-147/16, *Karel de Grote*, punto 48, che fa riferimento alla causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, punto 28; Causa C-147/16, *Karel de Grote*, punti da 49 a 51.; Causa C-59/12, *Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, punto 32.; Causa C-147/16, *Karel de Grote*, punto 51.

esso si riferisca ad una attività di tipo accessorio²¹² svolta dal contraente professionista, non necessitandosi che l'accordo si ponga in stretto legame con un'attività svolta in via principale dal soggetto forte del rapporto. In conclusione, l'interprete è chiamato ad operare una valutazione case by case al fine di accertare se con riferimento ad una specifica operazione negoziale un soggetto sia da qualificarsi come professionista o come consumatore, tenuto conto di alcuni parametri quali la natura ed il fine del contratto alla luce della ratio della direttiva che si pone quale precipuo obiettivo quello di dare una forma sostanziale di tutela nei confronti del consumatore, avvinto da una debolezza strutturale ed informativa che connota il rapporto contrattuale con il professionista.

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo della presente direttiva, essa trova applicazione con riferimento ai contratti conclusi tra un professionista ed un consumatore, con particolare riferimento a quelli riguardanti l'acquisto di beni o la fornitura di servizi, con estesa applicazione a tutti i settori dell'attività economica.²¹³ E' opportuno in tal senso sottolineare come, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia, tali disposizioni non richiedano che sia presente quale elemento tipo del contratto la corresponsione di un corrispettivo in denaro a fronte della dazione di un bene o della fornitura di un servizio. Tali qualificazioni preliminari hanno dei riflessi anche con riferimento

²¹² Causa C-590/17, *Pouvin Dijoux.*; Causa C-147/16, *Karel de Grote*;

²¹³ Causa C-290/16, *Air Berlin*, punto 44.

al fenomeno del collegamento negoziale: infatti, nel caso in cui un contratto accessorio venga a perfezionarsi tra due contraenti qualificabili rispettivamente come professionista e consumatore, esso sottostà alle regole poste dalla direttiva comunitaria in questione, quantunque il rapporto principale non veda coinvolti un soggetto professionista ed uno consumatore, e che quindi sia esorbitante rispetto alle regole comunitarie.²¹⁴

²¹⁴ La direttiva *non richiede* che il consumatore fornisca un *corrispettivo in denaro* per un bene o servizio. La Corte non ha ritenuto necessario che vi sia un corrispettivo in denaro. Ha sostenuto, ad esempio, che i privati che forniscono una fideiussione per un contratto di prestito stipulato da un altro soggetto possono essere protetti dalla direttiva anche laddove il contratto di fideiussione non preveda un corrispettivo in denaro per uno specifico servizio. Pertanto, anche i contratti tra i consumatori e i fornitori di servizi di social media devono essere considerati oggetto della direttiva, indipendentemente dal fatto che i consumatori debbano pagare determinati importi o dal fatto che il corrispettivo per i servizi consista nei contenuti generati dai consumatori e nella loro profilazione: cfr. Tale aspetto è confermato dalla posizione comune assunta dalle autorità nazionali nell'ambito della rete di autorità pubbliche di vigilanza creata con il regolamento 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori («regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori») (GU L 364 del 9.12.2004, pag. 1) sulla tutela dei consumatori sui social network, disponibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-631_it.htm (novembre 2016). Cfr. anche il concetto di remunerazione di cui al considerando 16 della direttiva (UE) 2018/1792 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (GU L 321 del 17.12.2018, pag. 36).

1.2. (segue) Le nullità di protezione e il rilievo d'ufficio dell'abusività della clausola

Limitando in questa sede l'indagine all'inquadramento generale della disciplina posta dal legislatore comunitario, dalla lettura del combinato disposto degli artt. 2 lett a) e 3, comma 1 della direttiva, si mette in luce che possono formare oggetto dell'applicazione della normativa sulle clausole abusive le sole clausole contrattuali che non siano state oggetto di una specifica trattativa tra le parti.²¹⁵ Ciò che *ictu oculi* emerge da una sommaria lettura delle disposizioni contenute nella direttiva è la totale estraneità alla stessa di ogni sorta di requisito formale delle clausole negoziali: infatti, come ripetutamente affermato dalla Corte di Giustizia, non rilevano ai fini applicativi della disciplina in esame la forma rivestita dalle singole clausole, la modalità con cui si è giunti alla stipulazione del contratto o financo la collocazione topografica delle stesse nel documento contrattuale. Ciò che realmente rileva è che tali clausole incidano sul fascio di diritti e di obblighi nascenti dal contratto – generando uno squilibrio di natura

²¹⁵ E. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive*, Milano, 2018, p. 90 ss, secondo cui si tratta di un particolare modello di contrattazione per adesione che trova applicazione tutte le volte in cui un contratto od una singola clausola siano stati predisposti unilateralmente da una parte ed accettati dall'altra senza che l'aderente abbia avuto la possibilità di svolgere delle trattative negoziali: ciò anche quando non si tratti di un contratto standard stipulato sulla base di condizioni generali di contratto di cui all'art 1341 c.c.

sostanziale tra il consumatore ed il professionista –, e che su tali clausole non si sia svolta alcuna forma di trattativa, la quale avrebbe come effetto quello di sottrarre la clausola al c.d. giudizio di vessatorietà.²¹⁶ Viene quindi legittimo interrogarsi sul soggetto legittimato a condurre la verifica circa l'esistenza di una specifica trattativa sulla singola clausola: tale indagine dovrà essere svolta dal giudice competente nazionale, servendosi dei criteri enucleati dall'art. 3 dir. 93/13/CEE. Ovviamente, sempre in applicazione del criterio di armonizzazione minima che permea l'intera direttiva in esame, il singolo legislatore nazionale, in una logica di maggior tutela per il consumatore, estenda tale tutela anche alle clausole che siano state rese oggetto di trattativa individuale.

Proseguendo nella delineare i limiti applicativi della direttiva sulle clausole abusive nel contratto del consumatore, viene in rilievo l'art. 1 par. 2 Dir. 93/13/CEE, in forza del quale << *le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative e disposizioni o principi di convenzioni internazionali delle quali gli Stati membri sono parte, non sono soggette alle disposizioni della presente direttiva* >>. La Corte di Giustizia ha chiarito il significato da attribuire, ai fini applicativi della direttiva, al concetto di disposizione imperativa²¹⁷, per tale

²¹⁶ Sul concetto di negoziato v. Causa C-452/18, *Ibercaja Banco*

²¹⁷ In tal senso v. Cause C-266/18, *Aqua Med*, punto 33, C-446/17, *Woonhaven Antwerpen*, punto 25, C-186/16, *Andriciuc*, punto 29; C-280/13, *Barclays Bank*, punti 31 e 42; C-34/13, *Kušionová*, punto 77; e C-92/11, *RWE Vertrieb*, punto 26.

intendendosi le disposizioni che si applicano al contratto indipendentemente dalla volontà dei soggetti contraenti, nonché quelle che presentino un carattere suppletivo, trovando applicazione solamente in assenza di una diversa volontà delle parti. La disciplina posta dal legislatore europeo in materia di clausole abusive può cumularsi con altre disposizioni dell'Unione europea, quali ad esempio le norme orizzontali sull'informazione precontrattuale e sul diritto di recesso di cui alla direttiva 2011/83/UE,²¹⁸ o norme relative a particolari tipi di contratti, come ad esempio, la direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, la direttiva 2008/122/CE sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio: in siffatta ipotesi occorrerà interpretare la direttiva di guisa da garantire l'effetto utile della stessa e di una disposizione che si ponga potenzialmente in conflitto con la prima.

Accennando ai profili aventi rilevanza per il diritto costituzionale italiano, occorre soffermarsi, in tale presentazione dei caratteri essenziali della direttiva, nel rapporto tra quest'ultima ed il diritto nazionale, sotto la lente di ingrandimento della c.d.

²¹⁸ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 304 del 22.11.2011, pag. 64)

armonizzazione minima. La norma che è rappresentazione icastica del fenomeno dell'armonizzazione minima nel contesto delle clausole abusive nel contratto del consumatore è l'art. 8 della direttiva, in forza del quale il singolo stato membro può derogare in melius le disposizioni di tutela poste dalla direttiva, fornendo una tutela più stringente in favore del contraente strutturalmente più debole, *rectius* il consumatore.²¹⁹ In particolare, ai sensi dell'art. 8 bis della direttiva in esame, il singolo stato membro ha l'onere di notificare alla Commissione le norme nazionali che fissano una forma di tutela più forte per il consumatore o che estendono l'ambito di applicazione delle norme nazionali di recepimento della direttiva, derogando in melius la disciplina posta dal legislatore comunitario. Talvolta può accadere infatti che il singolo ordinamento nazionale applichi le norme interne di recepimento della direttiva sulle clausole abusive anche con riferimento a singole clausole contrattuali che siano state oggetto di trattativa individuale tra i contraenti. Oppure, può accadere che il legislatore nazionale, come ad esempio quello tedesco, crei *de plano* un'equivalenza giuridica tra il difetto di trasparenza della clausola negoziale unilateralmente posta del professionista ed il giudizio di vessatorietà: nella creazione di tale automatismo, per

²¹⁹ Nel punto 61 della causa C-143/13, *Matei e Matei*, la Corte ha confermato che una «lista nera» delle clausole da considerarsi abusive costituisce una delle misure più severe che gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla direttiva, per garantire il massimo livello di protezione per il consumatore compatibile con il diritto dell'Unione.

cui ad un accertamento del difetto dei requisiti di chiarezza ed intelligibilità del contenuto della clausola segue l'immediata declaratoria di vessatorietà e di invalidità della stessa, rappresenta una forma di tutela più stringente per il singolo consumatore, in quanto sottrae dall'ambito di indagine dell'interprete il giudizio di incidenza del difetto di trasparenza sul contenuto del contratto, al fine di verificare se ne derivi un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi da esso nascenti. Oltre a ciò, la Corte di Giustizia ha chiarito che la giurisprudenza dei massimi organi giurisdizionali dell'ordinamento interno non è inquadrabile nel concetto di disposizioni nazionali più severe, con ciò creando una discontinuità con il concetto di "law" elaborato dalla Corte edu, la quale oltre a riferirsi alla legge in senso formale, contempla anche la giurisprudenza sovranazionale.²²⁰ La disciplina contenuta negli artt. 3, 4 e 5 Dir. 93/13/CEE, sarà oggetto specifico del secondo approfondimento dedicato all'analisi del giudizio di vessatorietà ed all'individuazione degli elementi costitutivi della trasparenza in materia di clausole abusive che accedono al contratto del consumatore, al fine di individuarne i tratti differenziali rispetto alla sopra richiamata disciplina del codice civile relativa al contratto predisposto. E' opportuno pur tuttavia evidenziare in questa sede che il *quid novi* della disciplina posta dal legislatore

²²⁰ Cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, punto 69; Cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, punti da 62 a 71; causa C-118/17, *Dunai*, punti da 60 a 64.

comunitario è rappresentato proprio dalla nozione di clausola vessatoria

Nell'ordinamento interno, come si è anticipato, è possibile procedere al rilievo d'ufficio dell'abusività della clausola, considerando, ora, gli effetti derivanti dalla declaratoria di abusività ai sensi della disciplina posta dal legislatore comunitario.

Trovandosi il consumatore in una posizione contrattuale contrassegnata da una forma di asimmetria strutturale che connota l'intero rapporto contrattuale sia dal punto di vista informativo sia da quello relativo al potere di negoziazione, l'art. 6 della direttiva statuisce il carattere non vincolante della clausola dichiarata abusiva. Nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia, tale disposizione integra una c.d. norma imperativa di cui il legislatore europeo si serve al fine di creare un equilibrio reale tra le parti.²²¹

Più nello specifico, si tratta di una norma che nella sostanza equivale alle norme dell'ordinamento interno poste a tutela dell'ordine pubblico in quanto, argomenta la Corte, la tutela del consumatore a fronte dell'inserimento nel contratto di clausole abusive integra una questione di interesse pubblico. Dal carattere imperativo della norma in questione deriva che il consumatore non

²²¹ Cause C-421/14, *Banco Primus*, punto 41; C-169/14, *Sánchez Morcillo e Abril García*, punto 23, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo e altri*, punti 53 e 55. Causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, punto 38 con riferimenti alla causa C-618/10, *Banco Español de Crédito*, punto 40, e alla causa C-472/11, *Banif Plus Bank*, punto 20.

può abdicare a siffatta forma di tutela né attraverso la stipulazione di un accordo, né in via unilaterale.²²²

Come si vedrà nel dettaglio nei prossimi paragrafi, proprio nel contesto delle vessatorietà inerente le clausole contenute nei contratti bancari, la Corte di Giustizia ha individuato un caso di separazione di disposizioni contenute nella medesima clausola con riferimento alla condizione che fissa gli obblighi fondamentali in capo al consumatore ai fini del rimborso di un prestito in una determinata valuta, che spesso risulta collegata a quella che specifica il meccanismo di conversione valutaria.²²³ Quanto al tema strettamente legato alla quantificazione degli interessi relativi ad un contratto di mutuo ipotecario, la Corte ha specificato che costituiscono condizioni diverse racchiuse nella stessa clausola quelle relative alla previsione ed alla quantificazione di interessi corrispettivi e moratori, stante la diversa funzione da essi svolta. Pertanto, ai fini della separazione delle disposizioni

²²² La Corte ha tuttavia chiarito che, nei procedimenti giurisdizionali, dopo essere stati informati riguardo il carattere abusivo di una clausola contrattuale, i consumatori possono decidere di non avvalersi di tale protezione. Nella causa C-452/18, *Ibercaja* (pendente al 31 maggio 2019) la Corte è chiamata a considerare le clausole contrattuali contenute in un accordo di novazione secondo cui un consumatore avrebbe rinunciato al diritto di avanzare richieste di restituzione sulla base di clausole contrattuali che potrebbero essere state abusive nell'ambito di una «conciliazione» riguardante le conseguenze di una clausola contrattuale abusiva, e potrebbe fornire ulteriori orientamenti su tale principio.

²²³ Causa C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai* e causa C-186/16, *Andriiciuc* in associazione con l'articolo 4, paragrafo 2. Causa C-472/11, *Invitel* e causa C-92/11, *RWE Vertrieb*.

contenute nella singola clausola, occorre avere riguardo al contenuto delle singole clausole, di modo tale che la cancellazione parziale non sarà praticabile qualora l'eliminazione di una sola delle disposizioni inciderebbe sostanzialmente sulla ragion d'essere dell'altra.

Con riferimento al principio delineato dall'art 6, par. 1 Dir. 93/13/CEE, in caso di declaratoria di abusività, la parte rimanente del contratto continua a produrre effetto, a condizione che mantenga tale idoneità nonostante la caducazione di una sua parte che si rivela dunque non essenziale. Sul punto occorrerà porre in essere una valutazione di carattere schiettamente giuridico tenuto conto delle norme di diritto nazionale che troveranno applicazione.²²⁴ Più nello specifico, si tratta di un'analisi condotta *case by case* circa la possibilità di portare ad esecuzione il contratto senza la clausola contrattuale dichiarata abusiva. Ciò premesso, deve trattarsi dunque di un'analisi di tipo obiettivo, a nulla rilevando che il professionista non avrebbe stipulato il contratto senza la suddetta clausola. Secondo il criterio sopra elaborato, non potrà trovare esecuzione il contratto dal cui contenuto si provveda, a seguito di un giudizio di abusività, alla

²²⁴ Nella causa C-618/10, *Banco Español de Crédito*, punto 65, e nella causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, punto 57, la Corte di giustizia ha affermato che «[il] contratto in questione deve rimanere in essere, in linea di principio, senza alcun'altra modifica se non quella risultante dalla soppressione della clausola suddetta, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile».

rimozione di una clausola che definisca l'oggetto principale del contratto o, ad esempio, fissi i criteri di liquidazione del corrispettivo o della remunerazione dovute dal consumatore. Tenuto conto della *ratio* sottesa alla disposizione di cui all'art. 6, funzionale al ripristino dell'equilibrio reale tra i contraente mediante la rimozione delle clausole abusive del contratto, salvaguardando, per quanto è possibile la tenuta dell'accordo negoziale. Anche sotto tale profilo, tuttavia, potrebbe venire in rilievo con un ruolo decisivo l'armonizzazione minima, che consente al singolo legislatore nazionale di dichiarare la nullità dell'intero regolamento contrattuale qualora contenga al suo interno clausole abusive; ciò al dichiarato fine di adottare una tutela più stringente per il consumatore. Non si è mancato di sottolineare come la nullità dell'intero contratto potrebbe condurre a delle conseguenze fortemente onerose per il consumatore che, a fronte della caducazione dell'intero regolamento contrattuale, si troverebbe, ad esempio, a dover restituire immediatamente quanto ricevuto a titolo di credito al consumo, di fatto perdendo la possibilità di accedere ad un sistema rateale di restituzione. In casi eccezionali, seguendo le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, il giudice nazionale può sostituire la singola clausola abusiva con una norma nazionale di natura suppletiva al fine di evitare la caducazione dell'intero contratto che possa risultare eccessivamente onerosa per il contraente consumatore. Il giudice nazionale, prima di sostituire una clausola tacciata di abusività con

una disposizione suppletiva nazionale ha l'obbligo di verificare se, secondo una valutazione di tipo oggettivo, l'eliminazione di una clausola abusiva determinerebbe la caducazione dell'intero regolamento contrattuale; dovrà anche verificare²²⁵ se dalla caducazione dell'intero contratto possano derivare conseguenze patrimoniali particolarmente onerose per il consumatore, avuto riferimento alle norme di diritto interno, financo di carattere puramente processuale. Nel valutare le conseguenze particolarmente gravose per il consumatore, il giudice nazionale dovrà tener conto degli interessi ad esso riferibili nel momento in cui la questione venga sollevata dinanzi al giudice nazionale.

Gli articoli 6 e 7 della direttiva in esame, quindi, contengono le disposizioni circa i profili rimediali e di tutela del consumatore a fronte dell'inserzione da parte del professionista di clausole abusive nel regolamento contrattuale. Con riferimento alla seconda delle norme sopra citate, essa fonda il diritto del

²²⁵ La Corte ha confermato i principi sanciti nella causa C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*, punto 85, nelle cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, *Unicaja Banco y Caixabank*, punto 33, nelle cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, punto 74, e nelle cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria e Bankia*, punti da 56 a 63. La Corte ha sottolineato la condizione per cui le conseguenze devono essere «particolarmente dannose» per i consumatori e tali da «penalizzarle» questi ultimi nelle cause C-118/17, *Dunai*, punto 54, C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander e Escobedo Cortés*, punto 74, C-51/17, *OTP Bank e OTP Factoring*, punto 61 o «in contrasto con gli interessi» del consumatore, *Dunai*, punto 55. Cause riunite, C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria e Bankia*, punti 61 e 62.

consumatore ad un ricorso effettivo²²⁶ per la violazione dei diritti garantiti dalla disciplina comunitaria. Nonostante tale norma non contenga disposizioni di carattere eminentemente processualistico, gli obiettivi da essa posti possono essere perseguiti solo nell'ipotesi in cui le norme processuali poste dal legislatore nazionale favoriscano il loro raggiungimento senza precludere in alcun modo la piena tutela del consumatore. Difettando una forma di armonizzazione tra le legislazioni nazionali, benché solo minima, in tale contesto si assiste all'affermarsi dell'autonomia processuale dei singoli stati membri, con un conseguente maggior onere da parte degli stessi di garantire i diritti derivanti dall'applicazione del diritto comunitario. Qualora la normativa interna di natura processuale incida su diritti posti da quella comunitaria, come nel caso della direttiva oggetto di esame, essa deve rispettare i principi di equivalenza ed effettività, fonte dell'obbligo generale per il singolo Stato membro di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti al singolo individuo in forza del diritto dell'Unione. In particolare, in forza del principio di equivalenza le norme processuali funzionali a tutelare i diritti derivanti dalla normativa comunitaria non devono essere meno

²²⁶ Causa C-176/17, *Profi Credit Polska*, punto 59. La Corte ha altresì spiegato che il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della CEDU e confermato dall'articolo 47 della Carta (cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Alassini*, punto 61).

favorevoli e vantaggiose di quelle che si applicano per la tutela di analoghi diritti che trovino base legale nel diritto interno. Con riferimento al secondo dei principi summenzionati, quello di effettività, postula che le norme processuali interne non devono rendere difficile o addirittura impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Proprio prendendo le mosse da tali principi la Corte li coniugati con riferimento al *quid proprium* della direttiva a tutela del consumatore contro le clausole abusive, facendone discendere una serie di ulteriori requisiti di natura processuale ai fini di garantire una tutela effettiva anche in sede giurisdizionale.

A fronte dell'asimmetria strutturale ed informativa che caratterizza la posizione del consumatore, quest'ultimo potrebbe essere ignaro dei diritti che gli spettano e delle relative tutele accordate. Per tali ragioni, il giudice è tenuto a verificare *ex officio* il carattere abusivo delle singole clausole sospettate di abusività, qualora manchi una contestazione svolta in tal senso dal consumatore. In particolare, il meccanismo del controllo di abusività svolto *ope iudicis* dal legislatore mira a realizzare gli obiettivi prefigurati dal legislatore comunitario agli articoli 6 e 7 della direttiva, favorendo anche un effetto dissuasivo rispetto all'inserimento di clausole vessatorie nel regolamento negoziale. Tale obbligo di controllo *ex officio* dell'abusività della clausola trova ulteriormente applicazione qualora il consumatore contesti

tout court l'equità dell'intero accordo senza tuttavia formulare specifiche doglianze relative a specifiche clausole.

2. La causa C-693/19, SPV Project 1503 s.r.l., Dobank S.p.A.: inerzia del consumatore e *superabilità* del giudicato

Ciò detto, per quello che qui più interessa, dal lato pratico è interessante analizzare la causa C-693/19, SPV Project 1503 s.r.l., Dobank S.p.A., riguardante il caso dell'inerzia del consumatore e della possibile *superabilità* del giudicato.

In punto di fatto, va premesso che il rinvio alla Corte di Giustizia era conseguito successivamente ad un procedimento di espropriazione presso terzi, nel quale il giudice dell'esecuzione, sul presupposto che la clausola determinativa del tasso di interesse moratorio potesse reputarsi vessatoria, disponeva la produzione dei contratti sulla cui base era stato emesso il decreto ingiuntivo non opposto e contestualmente invitava il debitore a comparire all'udienza successiva per manifestare la volontà di avvalersi della vessatorietà di detta clausola²²⁷. Come sintetizzato efficacemente della dottrina, *“all'udienza successiva, il debitore manifestava la volontà di denunciare il vizio; di talché il giudice dell'esecuzione, sulla scorta di un precedente della Corte di giustizia UE del 2010 che ha riconosciuto poteri istruttori officiosi per rilevare*

²²⁷ In questi termini, S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in Nuove Leggi Civ. Comm., 2020, V, p. 1265 ss.

l'eventuale vessatorietà di clausole relative alla quantificazione del tasso di interesse moratorio, fissava una nuova udienza per dare modo alle parti di interloquire sulla questione"²²⁸.

Sulla base di tale premessa, il creditore metteva in luce la questione relativa alla superabilità concreta o meno del giudicato, ciò a fronte di un consumatore rimasto inerte nel suo diritto e onere di proporre una tempestiva opposizione al decreto ingiuntivo. In tal senso, è stato richiamato un precedente della Corte di giustizia UE del 2009, nel cui *corpus* i giudici avevano affermato che il principio di effettività non può supplire alla totale passività del consumatore nel procedimento all'esito del quale si è formato il titolo esecutivo²²⁹.

L'insieme dei problemi sollevati dalla causa in esame può essere schematizzato nei termini che seguono, considerando che, come affermato dalla dottrina, *“da un lato abbiamo infatti l'esatta delimitazione dei poteri officiosi quando si verte in materia di tutela del consumatore; dall'altro il problema, non meno pressante, della superabilità del giudicato a svantaggio dell'esigenza di certezza del diritto; da un altro ancora il coordinamento di questi aspetti con l'art. 647 c.p.c., per il quale la (volontaria) inerzia dell'ingiunto rende il decreto ingiuntivo*

²²⁸ S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, cit., p. 1266 ss.

²²⁹ S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, cit., p. 1267 ss.

esecutivo, precludendone la proposizione (o la prosecuzione) dell'opposizione, nonché con le peculiarità della struttura del nostro processo esecutivo"²³⁰.

Secondo il giudice rimettente milanese, peraltro, il giudice di legittimità nazionale ha tralatiziamente esteso la portata del giudicato implicito anche al decreto ingiuntivo non opposto, ritenendo che a seguito di mancata opposizione il provvedimento acquisti l'efficacia di giudicato non soltanto in relazione al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento della domanda, che ne costituisce, appunto implicitamente, il presupposto logico-giuridico. Da ciò deriva la preclusione di ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a sostegno di quella domanda²³¹. Particolarmente interessante, per i fini della presente trattazione, si dimostra l'osservazione del rimettente secondo cui, oggi, non è possibile attribuire al giudice dell'esecuzione un potere officioso di controllo, dovendo il suo vaglio restare circoscritto alla sola esistenza del titolo esecutivo. Sennonché, come riportato dalla dottrina, *"è vero pure che il noto brocardo nulla executio sine titulo resterebbe poco più di una formula vuota se il sindacato giudiziale, come la giurisprudenza ritiene, non può involgere anche aspetti inerenti al contenuto intrinseco del titolo esecutivo,*

²³⁰ S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, cit., p. 1267 ss.

²³¹ A. CARRATTA, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, in *Giur. It.*, 2022, II, p. 487 ss.

*sì da paralizzarne l'efficacia sulla base di eccezioni che devono o avrebbero dovuto essere sollevate nel processo ove lo stesso è stato emesso*²³².

In definitiva, il rinvio pregiudiziale della causa in esame si è fondato sull'esigenza di garantire un'effettiva tutela al consumatore, considerando, peraltro, che la stessa Corte Ue ha in più occasioni affermato che *“il sistema delle tutele a favore del consumatore va letto dalla specola della condizione di fisiologica sudditanza nella quale versa il consumatore, il quale, vuoi per un minore potere contrattuale in sede di trattativa, vuoi per un minore grado di informazione, si trova ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza potere in qualche misura incidere sul contenuto delle clausole contrattuali”*²³³.

In questi limitati casi, la Corte UE ha in passato ritenuto superabile il giudicato, alle volte facendo riferimento al principio di effettività della tutela giurisdizionale, in altre occasioni richiamando il principio di equivalenza, che consente il rilievo d'ufficio della vessatorietà delle clausole contenute nel contratto concluso tra professionista e consumatore²³⁴.

²³² S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, cit., p. 1268 ss.

²³³ S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, cit., p. 1268 ss.

²³⁴ S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, cit., p. 1269 ss.

In definitiva, il giudice rimetteva alla Corte di Giustizia la seguente questione: se ed a quali condizioni gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea ostino ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato e che preclude allo stesso giudice, in caso di manifestazione di volontà del consumatore di volersi avvalere della abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito.

3. La causa C-831/19, Banco di Desio e della Brianza S.p.A.: inerzia incolpevole dell'ingiunto consumatore

Il secondo rinvio pregiudiziale che viene in rilievo, poi riunito al primo dalla Corte UE, ha riguardato una fattispecie nella quale il giudice dell'esecuzione ha riconosciuto in capo ad uno dei due resistenti fideiussori, lo *status* di consumatore, potendo, così, quest'ultimo fare valere la vessatorietà di una clausola contrattuale anche ove l'espropriazione risulti fondata sulla base di un decreto ingiuntivo non opposto. Anche in tale caso, dunque, si è reclamato il superamento del giudicato prodottosi a seguito del comportamento inerte del debitore-consumatore.

Sennonché, come sintetizzato dalla dottrina, “*il punto saliente del discorso va ravvisato nella circostanza che nel tempo intercorrente tra l’emanazione del decreto ingiuntivo non opposto e la successiva instaurazione dell’espropriazione immobiliare, non solo sono intervenute due pronunce della Corte di giustizia UE, ma si è registrato anche un cambio di rotta della nostra Cassazione che, preso atto dell’overruling in Lussemburgo, ha dato nuova veste al requisito soggettivo della qualità di consumatore nei contratti di fideiussione*”²³⁵.

In sintesi, sul punto, va ricordato che, se nel recente passato la giurisprudenza della Cassazione è stata piuttosto granitica nell’affermare che l’attribuzione della qualifica di consumatore si debba modellare sull’obbligazione garantita, in forza del rapporto di accessorietà tra l’obbligazione del fideiussore rispetto a quella garantita, nel 2018, per la prima volta, ha affermato che il perimetro di applicabilità della disciplina consumeristica va definito avendo riguardo alle parti del contratto di fideiussione, in quanto, in base alla disciplina europea, i fattori rilevanti attengono all’entità della partecipazione al capitale sociale o all’eventuale qualità di amministratore della società garantita assunta dal fideiussore²³⁶.

²³⁵ S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, cit., p. 1271 ss.

²³⁶ Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225, in Rep. Foro it., 2018.

Ebbene, nella causa oggetto di trattazione nel presente paragrafo, solo ad uno dei debitori veniva riconosciuta la qualifica di consumatore, portando così il creditore a contestare il riconoscimento della predetta qualifica, richiamando il precedente di *Asturcom Telecomunicaciones SL*, secondo cui principio di effettività della tutela giurisdizionale non può dare luogo al superamento del giudicato che si è prodotto a seguito della condotta totalmente passiva del consumatore interessato²³⁷.

Sulla base di tali premesse, il giudice rimettente ha richiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sul se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea osti ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato, allorquando il consumatore, avuta consapevolezza del proprio status (consapevolezza precedentemente preclusa dal diritto vivente), richieda di effettuare un simile sindacato. B) se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea osti ad un ordinamento come quello nazionale che, a fronte di un giudicato implicito sulla mancata vessatorietà di una clausola contrattuale, preclude al giudice dell'esecuzione,

²³⁷ S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, cit., p. 1272 ss.

chiamato a decidere su un'opposizione all'esecuzione proposta dal consumatore, di rilevare una simile vessatorietà e se una simile preclusione possa ritenersi esistente anche ove, in relazione al diritto vivente vigente al momento della formazione del giudicato, la valutazione della vessatorietà della clausola era preclusa dalla non qualificabilità del fideiussore come consumatore.

4. L'arresto della Corte di Giustizia UE

Con decisione del 23 febbraio 2021, le cause sono state rinviate dinanzi alla Grande Sezione e riunite ai fini della fase orale del procedimento e della sentenza.

La Corte di Giustizia, sulle questioni pregiudiziali esaminate nei precedenti paragrafi, ha affermato che l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa - per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità -

successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come consumatore ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo²³⁸.

Più in particolare, i giudici del Lussemburgo hanno precisato che il sistema di tutela istituito con la direttiva 93/13, così come sintetizzato nella prima parte del capitolo, si fonda sull'idea che il consumatore si trovi in una posizione di inferiorità nei confronti del professionista per quanto concerne sia il potere negoziale sia il livello di informazione. Per tali ragioni, il giudice nazionale è tenuto a esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in tal modo, a ovviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista, laddove disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, anche, per ipotesi teorica, nel corso del giudizio di esecuzione²³⁹.

²³⁸ Sul punto, E. ROSANÒ, *Tutela dei consumatori e giudicato implicito: è incompatibile con il diritto U.E. una normativa nazionale che preclude al giudice dell'esecuzione un sindacato sulla vessatorietà delle clausole di un contratto in relazione al quale è stato emesso un decreto ingiuntivo passato in giudicato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2022, I, p. 2 ss.

²³⁹ E. ROSANÒ, *Tutela dei consumatori e giudicato implicito: è incompatibile con il diritto U.E. una normativa nazionale che preclude al giudice dell'esecuzione un sindacato sulla vessatorietà delle clausole di un contratto in relazione al quale è stato emesso un decreto ingiuntivo passato in giudicato*, *cit.*, p. 3 ss.

In tale contesto, secondo la Corte UE, il diritto dell'Unione non armonizza le procedure applicabili all'esame del carattere asseritamente abusivo di una clausola contrattuale che, quindi, rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell'autonomia processuale di questi ultimi, a condizione, tuttavia, che esse non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe assoggettate al diritto interno e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione. In altri termini, secondo i giudici, *“in assenza di un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto di cui trattasi, il rispetto dei diritti conferiti dalla direttiva 93/13 non può essere garantito”*.

Con riguardo ai casi di specie, la Corte ha premesso che la normativa italiana prevede che, nell'ambito del procedimento di esecuzione dei decreti ingiuntivi non opposti, il giudice dell'esecuzione non può esercitare un controllo nel merito del decreto ingiuntivo né controllare, d'ufficio o su domanda del consumatore, il carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di tale decreto ingiuntivo, in ragione dell'autorità di cosa giudicata implicita acquisita da quest'ultimo²⁴⁰. Così, secondo la

²⁴⁰ E. ROSANÒ, *Tutela dei consumatori e giudicato implicito: è incompatibile con il diritto U.E. una normativa nazionale che preclude al giudice dell'esecuzione un sindacato sulla vessatorietà delle clausole di un contratto in relazione al quale è stato emesso un decreto ingiuntivo passato in giudicato*, cit., p. 3 ss.

Corte UE, “una normativa nazionale secondo la quale un esame d’ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall’autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell’importanza dell’interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l’obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d’ufficio dell’eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali”. Da ciò deriva, in definitiva, che “in un caso del genere, l’esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell’esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l’eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione”.

Con riguardo, poi, alla questione concernente la rilevanza, ai fini del potere del giudice di rilevare d’ufficio il carattere abusivo della clausola contrattuale, della circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come consumatore, la Corte ha concluso affermando che “il fatto che il debitore ignorava, al momento in cui questa precedente decisione giurisdizionale è divenuta definitiva, il proprio status di consumatore, ai sensi della direttiva 93/13, è irrilevante, poiché, il giudice nazionale è tenuto a

valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale rientrante nell'ambito di applicazione di tale direttiva”.

Sulla base di queste osservazioni, la Corte ha quindi ritenuto che la normativa nazionale violi il principio di effettività di tutela, posto che l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione. Come sottolineato dalla dottrina, dunque, la pronuncia della Corte UE supera l'orientamento della Cassazione italiana la quale ritiene, ormai graniticamente, che il decreto ingiuntivo non opposto acquisisca autorità di cosa giudicata non soltanto rispetto al credito azionato, ma anche rispetto al titolo, affermando così la perdurante valenza del giudicato implicito, in forza del quale si presume che il giudice, nel pronunciarsi su una certa questione, abbia risolto anche le altre preliminari²⁴¹.

5. Notazioni conclusive: l'effetto della pronuncia della CGUE sull'assetto attuale dei poteri di cognizione del G.E.

²⁴¹ Sul punto, C. BOVINO, *Clausole contrattuali abusive, la Corte Ue supera il principio del giudicato implicito*, in Quot. Giur., del 20 maggio 2022.

L'impatto degli arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia europea non ha tardato a farsi sentire nel nostro ordinamento sollevando un dibattito sull'attuale assetto dei poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione dinanzi alla Corte di cassazione.

La questione è stata rimessa alla terza Sezione sulla base di un ricorso in Cassazione ex articolo 111 comma 7 Cost.; nel caso specifico la ricorrente debitrice, qualificata dal Tribunale di Busto Arsizio come consumatrice²⁴², reagiva con tale mezzo di impugnazione alla soccombenza conseguita nel giudizio di opposizione ex articolo 617 c.p.c. avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione con cui veniva dichiarata l'esecutività del progetto di distribuzione in un procedimento espropriativo.

La debitrice presentava due motivi di ricorso:

- Con il primo motivo lamentava la violazione della direttiva n. 93/13 e dell'articolo 19 TFUE laddove le veniva negata la possibilità del rilievo d'ufficio, da parte del giudice dell'esecuzione, dell'abusività della clausola in violazione del principio di effettività della tutela del consumatore;
- Con il secondo motivo lamentava la violazione della direttiva n. 93/13 e dell'art. 19 TFUE laddove le veniva negata la tutela garantita al consumatore in assenza di opposizione al decreto ingiuntivo nei termini di cui all'articolo 641 c.p.c.;

²⁴² Tribunale di Busto Arsizio, sentenza n. 1184/2021.

Nonostante la rinuncia al ricorso della ricorrente il Procuratore Generale richiedeva alla III Sez. della Corte di cassazione l'enunciazione del principio di diritto ex articolo 363 c.p.c. alla luce delle sopravvenute pronunce della Corte di Giustizia europea del maggio 2002 C-693/19 e C-831/19.

Prendendo le mosse dalla requisitoria del Procuratore Generale nell'udienza pubblica del 12 luglio 2022 innanzi la III Sez., sarà possibile indagare i risvolti più pratici che potrebbero avere i predetti arresti della giurisprudenza europea sul nostro diritto processuale e, per quel che più ci interessa, sui poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione.²⁴³

Il Procuratore Generale nel tentativo di indicare le modalità attuative delle indicazioni pervenute dal diritto euro-unitario ha precisato che, in virtù del vigente principio d'autonomia processuale, è possibile autodeterminarsi riguardo al *quomodo* deve avvenire il rilievo dell'abusività della clausola da parte del GE, cercando lo strumento meno invasivo dei principi processuali dell'ordinamento coinvolto.

La soluzione prospettata dal PG è che : *'il giudice dell'esecuzione deve rilevare d'ufficio l'eventuale natura vessatoria della clausola inserita nel contratto tra professionista e consumatore, non essendogli tanto precluso*

²⁴³ Nella consapevolezza che per avere risposte più certe si dovrà attendere l'enunciazione del principio diritto da parte delle Sezioni Unite a cui la questione è stata rimessa e trattata nell'udienza del 7 febbraio 2023.

dalla definitività del decreto ingiuntivo non opposto, fermo il limite preclusivo del già avvenuto trasferimento del bene; il giudice dell'esecuzione deve indicare il rimedio a favore del debitore consumatore, da individuarsi in un'ordinaria azione di accertamento, un actio nullitatis che inizi dal primo grado e davanti al giudice ordinariamente competente per territorio, materia e valore, nel corso della quale la sospensione (esterna) del titolo giudiziale può conseguirsi in via cautelare con efficacia ex art. 623 c.p.c. sul processo esecutivo; il giudice dell'esecuzione potrà differire la vendita a data presumibilmente successiva alla decisione (adottata anche in via cautelare) del giudice del merito ''²⁴⁴

Secondo questa tesi quindi, il rilievo d'ufficio si sostanzierebbe in una mera indicazione, possibile in ogni momento del processo esecutivo, della possibilità di incardinare un separato giudizio ordinario al fine di far valere in quella sede la nullità della clausola.

Il giudice dell'esecuzione, dal suo canto, potrebbe solo attendere l'adozione di un provvedimento di sospensione dell'esecutività del titolo da parte del giudice ordinario, *“non essendo evidentemente possibile una sospensione in senso tecnico della procedura (né ai sensi dell'art. 295 c.p.c., disposizione non applicabile al processo di esecuzione e*

²⁴⁴ Citando la requisitoria scritta del Procuratore Generale nel procedimento R.G. n. 24533/2021, udienza del 13 luglio 2022.

certamente non configurabile nei rapporti tra processo esecutivo e fallimentare, né ai sensi degli artt. 623 e 624 c.p.c., non ricorrendo evidentemente i presupposti applicativi di tali ultime norme)''.

L'unica possibilità di coordinamento fra processo esecutivo e *actio nullitatis* in via ordinaria, lasciata all'esercizio del giudice dell'esecuzione, secondo la teoria proposta, è il potere previsto dall'art. 175 c.p.c.²⁴⁵: il GE per garantire la correttezza della vendita forzata, rilevata²⁴⁶ l'abusività della clausola e segnalato al debitore il giudice competente a conoscere la questione, potrebbe differirla attendendo l'esito dell'*actio nullitatis*.

5.2. (segue) Soluzioni alternative

La teoria sopra esposta non è stata immune da critiche; infatti, autorevole dottrina l'ha etichettata come *''una soluzione inutilmente complicata, e soprattutto stravagante!''*.²⁴⁷

Nel tentare di ricostruire una valida alternativa a quanto detto nel paragrafo precedente è opportuno prendere le mosse dalla tesi esposta dalla difesa della debitrice rinunziataria; secondo

²⁴⁵ Norma applicabile al giudizio esecutivo in quanto espressamente richiamato dall'art. 484, comma 4, c.p.c.

²⁴⁶ Rilevabile in qualsiasi momento fino alla vendita del bene. In tal caso residuerebbe al debitore consumatore una tutela meramente restitutiva.

²⁴⁷ B. CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Judicium* del 18 gennaio 2023, cit., p.2

questa sarebbe opportuno evitare che l'accertamento sulla nullità della clausola si svolga in un ordinario giudizio di cognizione poiché ciò comporterebbe una inutile lungaggine processuale che potrebbe portare il giudizio esecutivo in una situazione di stallo posto che, peraltro, la sospensione prospettata ex art. 623 c.p.c. da richiedersi in via cautelare al giudice ordinario sembrerebbe anche priva di fondamento giuridico alla luce del fatto che è lo stesso articolo 623 del codice a prescrivere che questo tipo di sospensione obbligatoria possa essere disposta solo dal giudice dell'esecuzione o in alternativa dal giudice dell'impugnazione.²⁴⁸

Da ciò deriva che un'altra strada percorribile potrebbe essere quella di prevedere che il G.E. all'esito dell'esercizio di un potere di cognizione sommaria, e quindi raccolte le informazioni necessarie e valutato il titolo esecutivo posto alla base dell'espropriazione, emani un'ordinanza di rilievo dell'abusività della clausola, con valenza meramente endoesecutiva, che chiuda definitivamente il processo esecutivo sulla falsa riga dell'esercizio di potere valutativo riconosciuto al giudice dell'esecuzione, seppur in via eccezionale, per la valutazione dell'intrinseco del titolo esecutivo nei casi di

²⁴⁸ B. CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Judicium* del 18 gennaio 2023, p.3 il quale segnala che questa soluzione *“è espressione dell'attuale tendenza della Corte volta a inventare ex nihilo regole processuali, che mal si combinano con l'esistente”*.

estinzione atipica.²⁴⁹ Anche in questa seconda interpretazione sono state prontamente rilevate dalla dottrina delle incompatibilità a principi e prassi del giudizio esecutivo italiano, nel dettaglio: *“Il giudice dell’esecuzione non dispone di poteri istruttori e di accertamento modellati sulla falsariga del processo di cognizione e non pronuncia provvedimenti su diritti, sia pure a fini soltanto endoesecutivi, se non nelle eccezionali e numerate ipotesi previste dal codice di rito (artt. 548 e 549 c.p.c., nonché art. 512 c.p.c. – di cui al capitolo 2 -); gli articoli 548 e 549 e l’articolo 512 c.p.c. attribuiscono, eccezionalmente, al giudice dell’esecuzione il potere di svolgere accertamenti endoesecutivi perché funzionali a consentire l’utile prosecuzione del processo; ove invece si percorresse l’ipotesi di allargare le maglie di istituti, nati di stretta applicazione, per riconoscere al g.e. un generale potere di verifica sull’intrinseco del titolo, il rischio sarebbe quello di ridisegnare il ruolo in un contesto che quel ruolo espressamente limita alla direzione del processo in funzione della sua utile conclusione ; l’idea tradizionale, da sempre perseguita anche nelle prassi è che il giudice dell’esecuzione realizza diritti certi, ma non accerta l’esistenza di diritti . Sotto altro profilo, non sembra possibile ipotizzare che il giudice dell’esecuzione possa, in ambiente endoesecutivo, accertare la*

²⁴⁹ A.M. SOLDI, B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l’integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Judicium* del 10 febbraio 2023, p.3

*vessatorietà delle clausole tra professionista e consumatore allo scopo di disporre la chiusura anticipata del processo causa l'«inutilizzabilità» del titolo esecutivo (formalmente esistente ed efficace quantomeno nei limiti del cd. giudicato esplicito); infatti, è vero che la più recente giurisprudenza ha in taluni casi riconosciuto al giudice dell'esecuzione il potere di rilevare l'inesistenza delle condizioni formali per procedere ad esecuzione forzata, ma altrettanto vero è che essa ha circoscritto l'ambito del rilievo officioso alle ipotesi di inesistenza originaria (titolo giudiziale non riconducibile al catalogo di cui all'art. 474 c.p.c.) o sopravvenuta (ad es., titolo giudiziale integralmente riformato nelle fasi di gravame durante lo svolgimento del processo esecutivo) del titolo che deve sorreggere l'esecuzione forzata.*²⁵⁰

Il rischio di questa prospettazione sarebbe quindi che, data la valenza endoesecutiva dell'ordinanza che accerta l'abusività della clausola, il creditore potrebbe intentare con il medesimo decreto ingiuntivo una molteplicità di azioni esecutive senza garanzie, per il debitore consumatore, del fatto che i singoli giudizi dell'esecuzione di queste possano uniformarsi nella valutazione dell'abusività contenuta nel contratto alla base del decreto ingiuntivo posto a fondamento di queste; la possibilità di esperire un'opposizione ex art. 617 c.p.c. all'ordinanza del

²⁵⁰ A.M. SOLDI, B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Judicium* del 10 febbraio 2023, cit., p.3

g.e. farebbe sì che, anche quando passata in giudicato, la sentenza prodotta in questa sede sarebbe idonea solo a decidere sul diritto di partecipazione al concorso nel processo da cui proviene l'atto impugnato e non anche negli altri processi esecutivi attivati sulla base dello stesso titolo.²⁵¹

Da queste critiche nasce l'auspicio per l'impiego di un terzo - ed ultimo- possibile modello di tutela processuale per il consumatore esecutato, quello di una peculiare opposizione all'esecuzione ex articolo 615 c.p.c. che potrebbe essere concessa in via eccezionale al debitore indipendentemente dal rilievo dell'abusività della clausola da parte del g.e., in virtù della sua qualificazione come consumatore.²⁵²

In questa sede il debitore potrà procurarsi una sentenza con efficacia *erga omnes* spendibile in tutte le espropriazioni attivate nei suoi confronti sulla base dello stesso contratto, nonché beneficiare della tutela cautelare interinale prevista

²⁵¹ A.M. SOLDI, B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Judicium* del 10 febbraio 2023, p. 4

²⁵² A.M. SOLDI, B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Judicium* del 10 febbraio 2023, p. 6; si parla di eccezionalità in quanto come rilevato dagli autori "Secondo i principi generali, l'opposizione all'esecuzione fondata su titolo esecutivo giudiziale può essere proposta soltanto per far valere fatti modificativi o estintivi del rapporto sostanziale verificatisi in epoca successiva al giudicato. Nel caso in esame, invece, l'opposizione all'esecuzione proposta dal debitore consumatore per far valere la nullità delle clausole del contratto presupposto sarebbe finalizzata a prospettare vizi del titolo giudiziale già preesistenti alla emanazione del provvedimento monitorio. Nonostante tale preliminare rilievo, che del resto riflette la specialità della tutela garantita al consumatore, deve ritenersi che il rimedio di cui all'art. 615 c.p.c. sia quello che potrà essere ammesso senza rischio di scardinamento del sistema"

dall'articolo 615 comma 1 c.p.c., ottenendo al ricorrere dei gravi motivi previsti dalla norma la sospensione dell'esecutività del titolo.²⁵³

Per ovviare ai problemi connessi al termine per l'esperimento di questa opposizione – indicati nel secondo comma dell'articolo 615 c.p.c.- si potrebbe ipotizzare ancora una volta un'eccezione alla regola generale in virtù della particolare protezione che va concessa al consumatore, rendendo possibile l'opposizione all'esecuzione anche oltre il termine sopra indicato quando il g.e. non abbia rilevato d'ufficio la presunta vessatorietà della clausola contrattuale prima della disposizione della vendita .²⁵⁴

Non è possibile sapere quale tra questi sarà il rimedio accolto dalle Sezioni Unite chiamate a pronunciarsi sulla questione prossimamente, bisognerà attendere nella consapevolezza che la scossa data dal diritto eurounitario potrebbe portare ad esplorare nuovi orizzonti anche su altri istituti processuali interni in cui si era aprioristicamente scelto di tenere il g.e. estraneo da una valutazione nel merito.

²⁵³ A.M. SOLDI, B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Judicium* del 10 febbraio 2023, p. 6; in questa sede viene anche rilevato come, al rifiuto della sospensione richiesta ex articolo 615 comma 1, il debitore possa decidere di non proseguire il giudizio con vantaggio deflattivo.

²⁵⁴ A.M. SOLDI, B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Judicium* del 10 febbraio 2023, p. 7

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Lezioni sul processo civile*, II, 3^a ed., Bologna, 2005;
- ALLORIO, COLESANTI, voce *Esecuzione forzata* (diritto processuale civile), in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960;
- ANDOLINA, «*Accertamento*» ed «*esecuzione*» nel diritto italiano nel tardo Medio Evo, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VI, Milano 1985;
- Id., *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*, Milano, 1982;
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3^a ed., Napoli, 1964;

- BALENA, BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006;
- BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in AA.VV., *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006;
- BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, II, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988;
- BONAFINE, *La sospensione delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, in *Esecuzione Forzata*, 2014;
- BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, Milano, 1966;
- BONSIGNORI, voce *Pignoramento*, in NN.D.I., XIII, Torino, 1966;
- BORRÈ, *Pluralità di espropriazioni per lo stesso titolo e difesa del debitore*, in RDPr, 1970;
- BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Judicium* del 29 aprile 2010;
- BOVINO, *Clausole contrattuali abusive, la Corte Ue supera il principio del giudicato implicito*, in *Quot. Giur.*, del 20 maggio 2022;

- CAGLIARI, *Fallimento dell'esecutato e accertamento dell'obbligo del terzo: spunti per un'indagine ad ampio spettro*, in *Esecuzione Forzata*, 2021;
- CAMERA DEI DEPUTATI, *Misure per l'efficienza del processo civile*, in *Pubbl. Servizio Studi*, del 23 settembre 2022;
- CANALE, *Risoluzione delle controversie*, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007;
- CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020;
- CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2020;
- Id., *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Judicium* del 12 settembre 2017;
- Id., *Ordinanze decisorie "abnormi" del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, in *Atti convegno*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall'Università di Roma Tre, su *L'interpretazione del titolo esecutivo e i poteri del giudice dell'esecuzione*, 27 marzo 2017;

- Id., *L'esecuzione processuale indiretta*, Padova, 2011;
- Id., *L'accertamento dei crediti nell'espropriazione forzata dopo le leggi 80 e 263 del 2005*, in *Corr. giur.*, 2008;
- Id., *Conversione del pignoramento e cognizione sui crediti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988;
- Id., *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Judicium* del 10 febbraio 2023;
- CARNELUTTI,, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in AA.VV., *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006;
- CARRATTA, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, in *Giur. It.*, 2022;
- CARRATTA, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017;
- Id., *Riforma del pignoramento presso terzi e accertamento dell'obbligo del terzo*, in *GI*, 2014;
- CIRULLI, *La riforma del processo esecutivo*, in *Judicium*, 2015, f. 14 dicembre 2015;

- COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte Ur, Corte costituzionale e Cassazione*, in I contr: riv. dottr. e giur., 2015;
- CONTE, *Conversione del sequestro conservativo in pignoramento e vicende del titolo esecutivo (e su contrasti in seno alla suprema Corte)*, in Giur. It., 2014;
- CORDERO, *Litisconsorzio necessario nel giudizio di accertamento ex artt. 548 e 549 c.p.c.*, in Esecuzione Forzata, 2020;
- D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, II, Torino, 1957;
- DE STEFANO, *Il nuovo processo di esecuzione*, Milano, 2005;
- DE STEFANO, CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, in Riv. es. forzata, 2009;
- FERRI, in COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, II, Bologna, 2006;
- FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del pignoramento attraverso l'accertamento giudiziario (art. 549 c.p.c.)*, in ARIETA-DE

- SANTIS-DIDONE (a cura di), *Codice commentato delle esecuzioni civili*, Milano, 2016;
- GHIACCI, FANTICINI, *L'esecuzione civile. Formulario commentato*, Torino, 2015;
 - GIORDANO, *Processo esecutivo e PCT: tutte le novità*, Milano, 2015;
 - GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2009;
 - GUGINO, *Trattato storico della procedura civile romana*, Palermo, 1873;
 - IACUMIN, *La conversione del sequestro conservativo in pignoramento*, in Giur. It., 2014;
 - LEPRI, *La riduzione del pignoramento prima dell'udienza per l'assegnazione o la vendita*, in REF, 2000;
 - MAIORCA, voce *Contratti standard*, in Noviss. Dig. It., Appendice, II, Torino, 1981;
 - MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, Volume IV*, Torino, 2022;

- MARAZIA, *Astreinte e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in Riv. es. forz., 2004;
- MARTINETTO, *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, Milano, 1963;
- MICCOLIS, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*, in Judicium, 2017;
- MONTESANO, *Conversione del pignoramento e distribuzione del danaro*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1965;
- NASCOSI, *Il nuovo code des procédures civiles d'exécution in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2013;
- PALMA, *Il luogo delle regole: riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016;
- PARISI, *Oggetto e natura del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo pignorato*, in Esecuzione Forzata, 2020;
- PELLEGRINELLI, LOCATELLI, *sub. Art. 483 c.p.c.*, in Comment. Codice di Proc. Civ., Milano, 2019;
- Id., *sub. Art. 495 c.p.c.*, in Comment. Codice di Proc. Civ., Milano, 2019;

- Id., *sub. Art. 512 c.p.c.*, in Comment. Codice di Proc. Civ., Milano, 2019;
- PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, II, Parigi, 1938;
- PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, Parigi, 2012;
- PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in Riv. dir. proc., 1996;
- PILLONI, *Controversie distributive ed inapplicabilità della sospensione feriale dei termini processuali (brevi considerazioni a margine del "nuovo" art. 512 c.p.c.)*, in CG, 2010;
- PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in Riv. dir. civ., 2002;
- RICCI, *Diritto Processuale Civile, Volume III*, Torino, 2017;
- ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive*, Milano, 2018;
- ROSANÒ, *Tutela dei consumatori e giudicato implicito: è incompatibile con il diritto U.E. una normativa nazionale che preclude al giudice dell'esecuzione un sindacato sulla*

- vessatorietà delle clausole di un contratto in relazione al quale è stato emesso un decreto ingiuntivo passato in giudicato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2022;
- SALETTI, *Cumulo ed eccesso dei mezzi di espropriazione forzata*, in *RDPr*, 1984;
 - SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, rist. 1966;
 - Id., *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963;
 - SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Torino, 2012;
 - SOLDI, CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Judicium* del 10 febbraio 2023;
 - Id., *Il progetto di distribuzione e le controversie distributive*, in *REF*, 2007;
 - TAORMINA, *Le nouveau droit des procédures d'exécution et de distribution*, Parigi, 1993;
 - TARZIA, *La conversione del pignoramento con versamento rateale*, in *RDPr*, 1976;

- TAVOLARO, *Contratti di massa, tutela del contraente debole e clausole «abusive»: aspetti problematici relativi all'attuazione della direttiva 93/13/CEE*, in *Documenti giustizia*, 1996;
- TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015 ... in attesa della prossima puntata ...*, in *Il Corr. Giur.*, 2016;
- TISCINI, *Le controversie distributive di nuova generazione. riflessioni sulla natura e sui rapporti con altri incidenti cognitivi*, in *REF*, 2015;
- VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Es. Forz.*, 2007;
- Id., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giurisprudenza sistematica di Diritto Processuale Civile* diretta da *A.P. Pisani*, Torino, 1993;
- VERDE, *Diritto processuale Civile*, Bologna, 2010;
- Id., *Pignoramento in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983;
- Id., *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano, 1968;

- VINCRE, *Le riforme dell'esecuzione forzata dell'estate 2015*, in Riv. Dir. Proc., 2016;
- WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano, 1938.

GIURISPRUDENZA

- Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, n. C-693/19;
- Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, n. C-831/19;
- Corte Giust. UE, 9 luglio 2020, n. C-452/18;
- Corte Giust. UE, 7 agosto 2018, n. C-96/16;
- Corte Giust. UE, 17 maggio 2018, n. C-147/16;
- Corte Giust. UE, 20 settembre 2018, n. C-51/17;
- Corte Giust. UE, 14 marzo 2019, n. C-118/17;
- Corte Giust. UE, 26 marzo 2019, n. C-70/17;
- Corte Giust. UE, 21 marzo 2019, n. C-590/17;
- Corte Giust. UE, 3 aprile 2019, n. C-266/18;-
- Corte Giust. UE, 6 luglio 2017, n. C-290/16;

- Corte Giust. UE, 7 dicembre 2017, n. C-466/17;
- Corte Giust. UE, 20 settembre 2017, n. C-186/16;
- Corte Giust. UE, 26 gennaio 2017, n. C.421/14;
- Corte Giust. UE, 21 dicembre 2016, n. C-154/15;
- Corte Giust. UE, 26 febbraio 2015, n. C-143/13;
- Corte Giust. UE, 10 settembre 2015, n. C-34/13;
- Corte Giust. UE, 21 gennaio 2015, n. C-482/13;
- Corte Giust. UE, 30 aprile 2014, n. C-26/13;
- Corte Giust. UE, 17 luglio 2014, n. C-169/14;
- Corte Giust. UE, 30 aprile 2014, n. C-280/13;
- Corte Giust. UE, 30 maggio 2013, n. C-488/11;
- Corte Giust. UE, 21 marzo 2013, n. C-92/11;
- Corte Giust. UE, 14 giugno 2012, n. C-618/10;
- Corte Giust. UE, 18 marzo 2010, n. C-317/08;
- Corte Giust. UE, 4 giugno 2009, n. C-243/08;
- Corte Giust. UE, 26 ottobre 2006, n. C-168/05;

-Cass. civ., Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 32225;

-Cass. civ., Sez. III, 28 dicembre 2016, n. 27185;

-Cass. civ., Sez. I, 11 febbraio 1999, n. 1145;

-Cass. civ., Sez. II, 5 maggio 1998, n. 4525;

-Trib. Busto Arsizio, sentenza n. 1184/2021;

- Trib. Roma, ord. 2 febbraio 2017.

