

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 16/04/2014**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36175-dal-primato-della-res-judicata-alla-prevalenza-della-tutela-esecutiva>**

**Autore: Maniglia Elena**

## **Dal primato della res judicata alla prevalenza della tutela esecutiva**

## Dal primato della res judicata alla prevalenza della tutela esecutiva

*1.- Premessa; 2.- I provvedimenti sommari; 3.- Le recenti novità legislative in tema di provvedimenti sommari; 3.1- Provvedimenti sommari-cautelari alternativi al giudicato; 3.2- Provvedimenti possessori; 4.- Novità in tema di disciplina degli incidenti cognitivi nel processo di esecuzione; 4.1- Provvedimenti ex art. 624 c.p.c. ; 4.2 Sulle controversie in sede di distribuzione del ricavato; 5.-Conclusioni*

### 1.- Premessa

Il tema di questo studio si relaziona con quello che potremmo denominare lo stato critico dei processi esecutivi nel nostro diritto.

In effetti, da una parte, si assiste alla comparsa di nuovi provvedimenti - che convivono con quelli classici ammessi dal vigente ordinamento - e, dall'altra, alla crescita del fenomeno di provvedimenti che la dottrina denomina "provvisori senza accertamento".

Le ultime riforme hanno consacrato tanto il principio di un ridotto accertamento nei provvedimenti sommari, quanto l'allargarsi del ventaglio delle eccezioni che possono trovare ingresso nell'eventuale giudizio di opposizione, fino a tradursi in giudizio sul merito del provvedimento impugnato.

Animano, da sempre, il processo due diverse spinte:

- l'istanza di tempestività, la quale (oltre a costituire il corollario della concezione pragmatica) configura il processo come strumento teso alla modifica di un determinato assetto e trova espressione nell'esigenza al sollecito inizio dell'esecuzione forzata, che sia il più possibile tempestivo rispetto all'introduzione del giudizio ed anteriore alla formazione della cosa giudicata. Invero se l'accertamento del rapporto sostanziale controverso (cui si perviene mediante il processo di cognizione) ha un valore puramente strumentale e se l'obiettivo culminante della tutela giurisdizionale si

raggiunge soltanto in sede esecutiva - attraverso l'adeguamento del reale all'ordine giuridico - è evidente che si profila l'esigenza di operare, il più precocemente possibile, l'innesto del processo di esecuzione su quello di cognizione.

- quella di stabilità, che può essere definita come l'esigenza di attendere il definitivo accertamento del *dictum* giudiziale, di modo che l'esecuzione sia posta al riparo dal rischio di una successiva destabilizzazione.

Indubbiamente entrambe le esigenze (*stabilità e tempestività*) tutelano precisi interessi delle parti; esse costituiscono valori (astrattamente) legati all'equilibrio del sistema processuale, attesa l'evidenza: Il rapporto tra le istanze in esame non può essere pensato, invero, se non in termini di *conflitto*.

Sotto il profilo della stabilità del provvedimento, la posizione ottimale sarebbe quella di ancorare lo svolgimento dell'esecuzione all'accertamento giurisdizionale dotato della massima garanzia di definitività. Tuttavia è chiaro che un tale rimedio, costringendo ad attendere l'esaurimento di tutto il processo di cognizione, comporterebbe una minaccia esiziale al bisogno di far presto.

Per contro, l'opposta soluzione (che consente l'avvio dell'esecuzione sulla base - assai fragile - dei soli accertamenti cui l'indagine processuale sia in grado di pervenire) se da un lato risponde al bisogno di immediatezza, dall'altro rimane esposta in misura inaccettabile al rischio della successiva riforma di quegli stessi accertamenti.

E' possibile, dunque, affermare che nel processo civile l'individuazione del punto di saldatura fra cognizione ed esecuzione costituisce oggetto di un conflitto, la cui intima ragione risiede nel fatto che l'accertamento cognitivo esplica, nei confronti dell'esecuzione forzata, una funzione composita: da un lato la funzione dell'accertamento si presenta come meramente preparatoria all'esecuzione forzata, dall'altro essa si pone come fondamento logico- giuridico dell'esecuzione stessa.

La disciplina relativa alla *saldatura* fra cognizione ed esecuzione (si cfr. gli artt. 282, 283, 337, 351, 373, 401, 407, 624, 642, 648 e 649) presenta tutta una scala di possibilità di pesi e contrappesi. Il terreno specifico su cui si produce il conflitto

esecutivo, è costituito dalle singole figure di accertamento giurisdizionale positivo, cui l'indagine processuale perviene.

Nel tempo l'esigenza di celerità è prevalsa su quella della stabilità.

La mente corre alle modifiche apportate ai provvedimenti cautelari anticipatori, ai provv.ti ex art. 700, art. 512, 624 del codice di rito e all'art. 96 della legge fallimentare, riformati, dal legislatore del 2005, in provvedimenti a prevalente funzione esecutiva, in cui l'accertamento - per espressa volontà legislativa o per la natura degli stessi - è sommario.

Più precisamente, nell'ambito delle ultime riforme, si è cercato di canalizzare la possibilità di accertamenti cognitivi entro giudizi sommari, (coincidenti con la posizione del Carnelutti e del Satta e condivisa da altri) mercé il principio affermato di "economia processuale".

Procedimenti, questi, in cui il bene della vita viene concesso in esito ad un accertamento sommario-superficiale che può, tuttavia, ricevere un ulteriore contributo quante volte il debitore instauri, rispettivamente, o un giudizio di merito (nelle forme del giudizio ordinario dopo il cautelare) oppure un giudizio di opposizione all'esecuzione..

Di talché, potremmo dire che la mutazione di detti provvedimenti si lega all'argomento della proposizione di opposizioni all'esecuzione, alla proposizione di nuove eccezioni (nuove, in quanto non sollevate nella prima fase di merito) e l'individuazione delle eccezioni proponibili (in tema di esecuzione), a sua volta, si lega al tema della individuazione della natura dei provvedimenti.

## 2.- I provvedimenti sommari

In linea di massima, i giudizi sommari non rivelano caratteristiche speciali, quanto alle loro finalità, e nei loro confronti possono operarsi le stesse distinzioni che si fanno a proposito dei giudizi in generale.

Potremmo effettuare una distinzione tra giudizi sommari di cognizione e giudizi sommari di esecuzione: entro i primi andranno ricompresi i possessori, quelli per alimenti e tutti gli altri “*rapidi a cognizione piena*”, che sono di cognizione poiché in tutti l’obiettivo è fondamentalmente quello di dichiarare il diritto alla prestazione reclamata e rimasta insoddisfatta.

Sono giudizi sommari di esecuzione, quelli che si fondano su documenti quali la scrittura privata, l’atto pubblico, il verbale di conciliazione: atti nei quali, comunque, si concreta il diritto ad una obbligazione al pagamento di una somma di denaro liquida ed esigibile o ad un obbligo di fare o non fare. Allo stesso modo, rientrano in detta categoria i giudizi in cui l’esecuzione ha luogo sulla base di un provvedimento sommario (convalida di sfratto) ed in cui la cognizione è differita all’esecuzione (come avviene nel giudizio di sfratto o nel procedimento possessorio per intervenuto spoglio)<sup>1</sup>. Diverso è il caso del procedimento monitorio, laddove il titolo esecutivo si forma in assenza di opposizione.

Detti procedimenti (che potremmo definire *misti*) sono articolati al loro interno in una fase di esecuzione e una di cognizione e tendono alla formazione di un provvedimento di cognizione ed alla realizzazione immediata del bene della vita (ad es. rilascio dell’immobile o reintegra nel possesso).

Sul punto, Chiovenda già teorizzava l’esistenza di un’azione di accertamento con funzione prevalentemente esecutiva.

Nei suoi “Principi”, sotto il titolo di “decisioni con prevalente funzione esecutiva”, l’Insigne Studioso ne evidenziava tre diverse forme:

- a) Accertamento con cognizione incompleta perché non definitiva (sentenze soggette ad impugnazione ma già esecutive);
- b) Accertamento con cognizione incompleta perché parziale (condanna con riserva delle eccezioni);

---

<sup>1</sup> In questi casi il giudizio sommario è pur sempre di cognizione e non di esecuzione, poiché il titolo per l’esecuzione forzata non è preesistente al processo ma, anzi, si realizza in esso in forma più o meno abbreviata (sentenza o provvedimento sostitutivo della stessa) ed anche perché ciò che viene eseguito è un provvedimento giudiziale,.

c) Accertamento con cognizione incompleta perché superficiale (condanna ad una prestazione nel procedimento monitorio od in altri);

laddove l'essere il procedimento a cognizione piena oppure sommaria, si riferisce o alle condizioni della decisione o alla forma del provvedimento: di talché altro è la cognizione sommaria, altro il procedimento sommario <sup>2</sup>.

Il discrimine si può rinvenire nella forma della cognizione: piena quando alla controparte, prima della decisione sul punto, è consentito di far valere tutte le sue eccezioni sulla domanda ed altresì quando la domanda, anche nella contumacia del convenuto, viene esaminata in tutti i suoi elementi costitutivi; epperò tale verifica può svolgersi oltre che secondo modalità complete (procedimento formale) in forma, appunto, semplificata (procedimento sommario).

A ciò segue la distinzione fra procedimento sommario indeterminato (dove la sommarietà è nel procedimento) e processo sommario titolato (dove la sommarietà è nella cognizione).

Tuttavia non vi è un'azione speciale contrapposta a quella ordinaria, atteso che le modalità di "attuazione" del diritto attengono più a tecniche di politica legislativa: succede che in tutti i casi in cui il legislatore prevede forme di esecuzione anticipata e/o procedimenti spediti - sommari, lo fa tenendo in considerazione "ciò che

---

<sup>2</sup> Chiovenda rinveniva una prima forma di accertamenti con prevalente funzione esecutiva (o accertamento esecutivo) nelle sentenze di condanna soggette ad impugnazione epperò munite di provvisoria esecutorietà. In questo binomio (provvisoria esecutorietà - mancanza di definitività), egli rintracciava una prima forma di (potenziale) conflitto fra l'accertamento e la sua predominante funzione esecutiva, stante che le sentenze *de quo* poggiano su una cognizione incompleta.

Tale provvedimento, pur essendo esecutivo, riposa su un accertamento incompleto per cui sconta la possibilità che nel giudizio susseguente venga dimostrata la inesistenza del diritto, magari quando la esecuzione sia stata completata.

Dopo avere analizzato dettagliatamente le "condanne con esecuzione provvisoria", Chiovenda passa all'esame di quelle definite "con riserva" e spiega: "E' un procedimento la cui prerogativa è la riserva di determinate eccezioni ed è anche un caso isolato di riserva di eccezioni.

Infine, insieme alle sentenze di condanna per clausola di provvisionalità o per cognizione incompleta, in quanto parziale, Chiovenda individua un'altra classe di decisioni, con predominante funzione esecutiva, e del tutto distinta dalle precedenti: si tratta di decisioni basate sul principio di una cognizione interamente superficiale, cioè incompleta, non tanto nella sua estensione, quanto nella sua intensità.

Non contengono, queste, diversamente dalla sentenza di condanna, l'affermazione del diritto alla prestazione: per cui, nel momento in cui vengono in vita, possiedono condizioni speciali differenti dalle sentenze di condanna; e l'azione ad esse sottesa viene individuata come speciale. I prodotti giudiziali che ad esse conseguono presentano senz'altro effetti analoghi a quelli della sentenza ordinaria di condanna.

normalmente accade” piuttosto che fare dipendere la decisione da ciò che è effettivamente accaduto (come nell’esempio della cambiale).

Di talché, per i provvedimenti che nascono provvisoriamente esecutivi (provvisori possessori) o che lo diventano per espressa statuizione del giudice (sentenze non definitive, soggette ad impugnazione) o per la sommarietà della cognizione (condanne con riserva), ad essere speciali sono solo le condizioni, escludendosi che si versi in ipotesi di azione differente o antitetica a quella tesa alla condanna incondizionata e definitiva <sup>3</sup>.

Tuttavia è proprio nel caso in cui vengano proposte opposizioni che si manifestano tutti i problemi prospettati sul concetto di azione; qui può sottolinearsi che: la distinzione vada rinvenuta nell’ambito delle azioni di cognizione, ove la circostanza che la cognizione abbia avuto un carattere di sommarietà, importa delle conseguenze sull’efficacia della decisione (modificabile in un giudizio posteriore); non ne comporta invece quanto al carattere dell’azione che si sta esercitando: la medesima si propone di creare un titolo suscettibile di esecuzione, utilmente ottenuto. Sommarietà, quindi, intesa esclusivamente come preclusione nel fare valere eccezioni.

---

<sup>3</sup> Chiovenda dava conto delle opinioni contrarie di chi negava che si potesse parlare in questi casi di un’azione speciale stante che: o il diritto alla condanna esiste in realtà e versiamo nell’ipotesi dell’azione ordinaria di condanna con esecuzione anticipata, ovvero il diritto alla condanna non esiste e la possibilità di ottenere una condanna con riserva (o una condanna provvisoria) è una mera possibilità di fatto e non un diritto,

Allo stesso modo, non è un diritto la mera possibilità di agire quando non si possiede un’azione, definito “diritto astratto di agire”.

Segnalava Chiovenda: ”che, pur avendo la dottrina negato la mera possibilità di agire senza azione, ovvero senza il diritto ad una decisione favorevole, pur tuttavia, in questi casi vi è una specificità data dalla circostanza che l’ordinamento pospone l’interlocuzione con le parti finché non interviene una risoluzione contraria ad una di loro.

Chiunque possa ottenere questo risultato è certamente titolare di una “azione”, però mentre l’azione ordinaria di condanna presuppone il diritto alla prestazione, qui si ha un’azione di condanna senza che venga accertato il diritto alla prestazione, e poiché l’accertamento può mancare versiamo in un caso di azione pura.

Ciò veniva spiegato interpretando il processo come un sistema di attuazione del diritto in senso oggettivo; la mente corre per esempio, all’ipotesi del portatore di una lettera di cambio al quale sia accordato il diritto ad ottenere una sentenza di condanna con riserva nonché la conseguente esecuzione, sebbene possa risultare in definitiva che questo non possedeva l’azione cambiaria, posto che la **istituzione** della lettera di cambio esige un procedimento rapido e d’altra parte il portatore della lettera di cambio è frequentemente creditore cambiario.

In conclusione, a fronte delle differenze rilevate, che muovono a tipizzare una categoria definita di azioni:

- a) Riteniamo conveniente ricomprendere sotto il *nomen juris* di azioni straordinarie o sommarie in generale, quelle che, a differenza delle azioni ordinarie, hanno un contenuto di sommarietà (procedimento monitorio, etc.), poiché è questo l'elemento distintivo rispetto all'azione ordinaria - sebbene non esistano distinzioni sostanziali, come vedremo, salvo sotto il profilo della loro efficacia - ;
- b) Consideriamo ugualmente conveniente scindere la esecuzione forzata processuale (nelle sue diverse forme) dal vero e proprio giudizio esecutivo <sup>4</sup>, che altro non è se non un procedimento rapido e sommario, diverso da quello ordinario epperò con un contenuto misto di cognizione ed esecuzione. Procedimento che tuttavia rimane pur sempre un regime preferenziale per determinati atti giudiziali e per alcuni tipi di contratto, per le scritture private autenticate, per gli atti notarili, ecc.
- c) Infine è utile puntualizzare la sostanziale unità intorno ad un concetto *depurato* di azione <sup>5</sup>, inteso come mezzo per provocare l'esercizio della giurisdizione nonché il riconoscimento del fatto che le diverse specie o forme (all'interno delle quali l'azione

---

<sup>4</sup> Nell'ordinamento spagnolo esiste il giudizio esecutivo, che è preventivo all'esecuzione propriamente intesa.

Molti autori sottolineano la peculiarità dell'esecuzione forzata affermando che essa si realizza attraverso un «processo» che non è un «giudizio» (o, almeno, un «giudizio» omologo a quello che ha luogo nel processo dichiarativo), allo scopo di stigmatizzare il contenuto «attuativo» e «pratico» delle attività volta per volta rimesse al giudice dell'esecuzione; ma l'esperienza soprattutto dei processi espropriativi ha dimostrato che spesso l'esecuzione è un groviglio indistinguibile di attività cognitiva ed esecutiva ove i provvedimenti «esecutivi» adottati dal giudice dell'esecuzione hanno quale presupposto, spesso inespresso, un'attività preparatoria «cognitiva» che appare del tutto negletta dal codice.

<sup>5</sup> L'azione come tale, cioè come potere per se stante di chiedere l'attuazione della legge per opera degli organi giudiziali, non ammette altra classificazione se non quella che si fonda sulla diversa natura del provvedimento giudiziale. Abbiamo quindi:

- 1.- Azioni che tendono all'attuazione della legge mediante sentenze di condanna, di accertamento o costitutive;
- 2.- Azioni che tendono all'attuazione della legge mediante accertamenti con prevalente funzione esecutiva (azioni sommarie);
- 3.- Azioni che tendono all'attuazione della legge mediante misure cautelari o provvisorie (misure assicurative);
- 4.- Azioni che tendono all'attuazione della legge mediante misure esecutive;



si concreta), si riducono a variazioni di ordine strutturale; ovvero, al modo in cui tale tutela o attività viene organizzata per il raggiungimento del fine proposto.

### **3.- Le recenti novità legislative in tema di provvedimenti sommari**

Si può analizzare il provvedimento provvisorio sotto il profilo della decisorietà (e quindi della possibilità di rimettere in discussione il provvedimento medesimo), della sommarietà della cognizione o della individuazione (legislativa) delle condizioni di esperibilità nonché della possibilità che esso si presti al controllo di legittimità.

Dei provvedimenti introdotti dal legislatore italiano con le ultime riforme, bisogna distinguere se la prevista impugnabilità coincida con un esame complesso del merito - con la possibilità di introdurre nuove eccezioni, nuove prove e nuovi accertamenti (si pensi all'appello avverso i provv. ex art. 19 dlgs n 5) - ovvero se anche il successivo giudizio si debba celebrare in forma sommaria.

Sul primo punto c'è uniformità di giurisprudenza, nel senso di escludere la possibilità di un ricorso in Cassazione per i provvedimenti provvisori.

Sul secondo profilo distinguiamo: per i provvedimenti cautelari (a cui non si applica la disciplina dell'art. 669 octies e novies) il riesame può avvenire o nel giudizio di merito (quante volte, questo, sia stato incardinato), o in sede di revoca, modifica o reclamo.

A seconda che il provvedimento sia confluito o meno in una sentenza, si presenta anche la possibilità che le questioni di merito siano verificate nel giudizio di opposizione all'esecuzione.

Per cui alla sommarietà dell'accertamento si lega l'ampliamento del ventaglio delle eccezioni sollevabili in sede di opposizione all'esecuzione.

Segnatamente:

Per i provvedimenti cautelari anticipatori o ex art. 700, bisognerà tenere conto del contenuto della condanna:

Se essi hanno per oggetto obbligazioni in forma specifica, per espressa previsione normativa, la funzione del g.e. viene svolta dallo stesso giudice che ha reso il provvedimento cautelare, per cui eventuali motivi di opposizione all'esecuzione si traducono in giudizio sul merito cautelare<sup>6</sup>, (ovvero nel caso di interdetto possessorio - che pure presenta caratteri di sommarietà/anticipatorietà - in giudizi sul merito possessorio<sup>7</sup>).

Se i provvedimenti cautelari hanno ad oggetto somme di danaro: essendo espressamente stabilito che essi trovano attuazione a mezzo del pignoramento, il g.e. non coincide con quello che ha concesso la cautela, per cui in questo caso la eventuale opposizione all'esecuzione non si trasforma in giudizio sul merito, ma conserva la connotazione di giudizio di opposizione all'esecuzione, in cui, però, il ventaglio dei motivi e delle eccezioni proponibili, si allarga, fino a tradursi in giudizio di merito sulla cautela.

Non può tra l'altro sottacersi che, sussistendo i motivi per la sospensione dell'esecuzione, versiamo in ipotesi di competenza funzionale, per cui solo il giudice dell'esecuzione può sospendere (art. 624 c.p.c.).

In detta soluzione (legislativa) si traduce l'essenza della cognizione sommaria: la instabilità del provvedimento.

L'allargamento delle eccezioni sollevabili in sede di opposizione all'esecuzione nasce proprio dalla necessità di sopperire alla (eventuale) assenza del giudizio a cognizione piena. La novella n. 89 del 2005 ha modificato l'art 669 novies c.p.c. eliminando tra

---

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 669 duodecies c.p.c., l'attuazione dei provvedimenti cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare, non avviene mai mediante una procedura esecutiva ma sempre nell'ambito dello stesso procedimento cautelare, secondo le modalità stabilite dal giudice; ne consegue che l'opposizione all'esecuzione, proposta con riferimento a siffatta misura, risulta inammissibile in quanto - non sussistendo una procedura esecutiva - la contestazione della fondatezza del provvedimento deve essere svolta mediante i rimedi interni al procedimento cautelare o nel relativo giudizio di merito.

Trib. Monza, 23/02/2007; Cass. civ., Sez. III, 26/02/2008, n. 5010

<sup>7</sup> Così Cass. Civ. III sez. 12.03.2008 n. 6621

le causa di inefficacia, per alcuni tipi di provvedimento cautelare, la scelta di non introdurre il giudizio di merito; in particolare: per i provvedimenti anticipatori, per i provvedimenti possessori e per quelli resi in sede di denuncia di nuova opera e di danno temuto.

Si tratta di provvedimenti a cognizione sommaria perché superficiale, dotati di forza esecutiva.

La sommarietà della cognizione, ma anche della istruzione, è legata alla circostanza che si tratta di provvedimenti cautelari, nati da un giudizio di verosimiglianza che accerta il *fumus boni juris* e fondati sulla urgenza del *periculum in mora*.

Provvedimenti, per loro natura, ancillari al giudizio di merito e/o alla fruttuosità pratica della futura sentenza o capaci (anticipando gli effetti della sentenza) di comporre gli interessi delle parti ed attribuire il bene della vita senza dovere attendere i tempi della sentenza.

La previsione normativa, che vede lo scollamento dei provvedimenti anticipatori, di quelli d'urgenza ed, in genere, di quelli possessori, dal giudizio di merito e la loro superattività (sempre rispetto al giudizio di merito), risponde all'esigenza di offrire una tutela immediata a chi ne fa richiesta. D'altro canto, la esecuzione immediata di questi provvedimenti può produrre effetti irreversibili che non sono in linea né con l'idea di vicarietà del provvedimento cautelare né (ancora di più) con la possibilità, pure prevista dal legislatore, che essi provvedimenti possano subire delle modifiche o possano essere addirittura revocati nei casi in cui si sia verificata una modifica della situazione di fatto o delle circostanze di diritto o anche solo nel caso in cui vengano individuate delle nuove prospettazioni in diritto. Non è più l'esecuzione che segue la tutela di merito bensì il contrario: assistiamo allo spostamento del baricentro, che non è più il diritto all'accertamento ma il diritto all'esecuzione (di provvedimenti senza accertamento o con accertamento ridotto).

### **3.1. Provvedimenti sommari- cautelari alternativi al giudicato**

Probabilmente le esposte considerazioni soccombono innanzi alla necessità del far presto.

La modifica dell'art. 668 octies c.p.c., nella parte in cui esso prevedeva l'inefficacia del provvedimento cautelare quante volte non fosse stato incardinato il giudizio di merito ovvero, pur se incardinato, questo non giungesse a conclusione, estinguendosi, coniuga l'esigenza di offrire una risposta immediata al bisogno di tutela con quella di contenere i tempi (altrimenti lunghi) della giustizia.

Si è, quindi, stabilito che il provvedimento reso non perde efficacia ma continua a spiegare i propri effetti, purché esso sia qualificabile come provvedimento d'urgenza, come provvedimento anticipatorio ovvero si tratti di misure rese in esito a giudizi di nuova opera o di danno temuto.

Provvedimenti sommari che tuttavia – pur nella loro segmentarietà e instabilità – mantengono forza esecutiva pur non essendo idonei a stabilizzarsi.

Dopo la scelta di “spostare in avanti” la cognizione, il legislatore ha introdotto l'istituto del processo sommario teso alla formazione di un titolo esecutivo, con vocazione alla stabilizzazione.

In tale giudizio, introdotto con la riforma del 2009, agli errori già commessi dal legislatore nel 2005 (non avere previsto l'esigenza di un provvedimento vocato al giudicato), si sommano anche i seguenti: la esagerata “apertura” del rito sommario, attraverso la previsione che questo possa essere applicato a tutti i tipi di azione (di competenza del giudice monocratico) nonché la eccessiva autorità attribuita al giudice (quanto all'istruzione e alla conduzione del giudizio) nella formazione del titolo.

Facendo una ricognizione dei provvedimenti sommari già previsti nel codice di rito quali il decreto ingiuntivo e la convalida dello sfratto, verificiamo come questi siano ancorati a requisiti (d'accesso) specifici: credito documentato, rapporto di locazione.

Nessun presupposto predefinito è richiesto nei provvedimenti cautelari (oltre al requisito dell'urgenza e del danno irreparabile) se non in quelli possessori, laddove la

coerenza avrebbe imposto risposte immediate a chi versa in condizioni particolari com'era previsto prima della riforma (creditore, locatore, coniuge, minore, lavoratore), concependo una serie di tutele mirate.

Si poteva altrimenti immaginare l'ipotesi di un processo sommario per crediti di modesta entità (così come avviene in Spagna) ovvero (volendo assicurare una tutela a più ampie categorie) alla variazione del rito da ordinario a sommario quante volte le domande e le difese fossero fondate su prova scritta e non avessero bisogno di un'istruttoria complessa; ovvero, ancora, quando dalle difese non emergessero serie contestazioni. Così si sarebbe ancorata la sommarietà alla dinamica delle domande e delle difese, delle eccezioni e dei bisogni istruttori, piuttosto che alla scelta dell'attore (in assenza di requisiti specifici) demandandone al giudice la ratifica.

La differenza sarebbe stata solo quella di attendere i tempi più lunghi della costituzione del convenuto/chiamato in giudizio con citazione, ovvero di prevedere un termine di costituzione più breve; così lasciando al giudice (alla luce delle domande e delle difese spiegate) la possibilità di individuare (ove richiesto) le condizioni per una misura immediata (anticipatoria, con vocazione di giudicato) e il tipo di cognizione (sommaria o piena) da seguire.

(Ricorrendo non individuate condizioni) nel processo sommario, l'iniziativa della scelta del rito viene devoluta alla parte attrice, nel processo cautelare al ricorrente. Fuori dall'ipotesi cautelare, o meramente discrezionale, dell'attore nella scelta del rito sommario, alle parti e al giudice non viene data alcuna possibilità di modificarlo, rendendolo più aderente alle esigenze processuali, e tradurlo appunto in rito sommario.

Ovvero, ulteriore alternativa sarebbe stata quella di dare al giudice la possibilità di emanare misure anticipatorie, slegandole al presupposto cautelare (del *periculum*) ed ancorandola alla "non serietà" delle contestazioni (come avviene in Francia con il *referè*).

E' chiaro che l'essere comunque un provvedimento cautelare, e come tale instabile, ancorato anche al presupposto del *periculum* crea non pochi problemi.

Difficile e dispendioso (nella pratica legale) sarà ottenere, ad esempio, cessato il periculum la revoca di un provvedimento, che magari nel frattempo è stato eseguito, o la modifica, dando alla parte esecutata la possibilità di ottenere la restituzione magari di una porzione.

### 3.2- Provvedimenti possessori

Per i provvedimenti possessori il legislatore, nell'ultima riforma, ha previsto che alla prima fase sommaria non debba necessariamente seguire, a pena di inefficacia dell'interdetto possessorio, il giudizio sul merito possessorio.

La previsione è contenuta nell'art. 669 octies, che estende la disciplina del mantenimento dell'efficacia del provvedimento cautelare (nel caso di estinzione o di mancato incardinamento del giudizio di merito) anche ai giudizi introdotti a mente dell' art. 703 c.p.c.

Una riforma in tal senso era stata da più parti auspicata, stante la circostanza che il più delle volte il provvedimento sommario risulta essere sufficiente a soddisfare il bisogno di tutela invocato. Il merito possessorio può pertanto rivelarsi come una fase non necessaria se non, a volte, addirittura pleonastica. Nel caso di azione di reintegra per intervenuto spoglio, esaurita la prima fase con la reintegra nel possesso, il bisogno di tutela si considera realizzato. Per l'ipotesi in cui fosse necessario verificare la titolarità del possesso si potrà procedere attraverso il giudizio di merito. La scelta è assolutamente demandata alle parti e dettata da ragioni differenti rispetto a quelle che sottendono la tutela sommaria.

Una scelta coerente, stante il tipo di giudizio vocato non alla verifica della titolarità del possesso, ma ad un provvedimento che immediatamente reintegri nel possesso lo spogliato o ordini la cessazione della molestia o vieti la continuazione dell'opera.

Già il codice civile del 1942 indicava la strada della sommarietà nella individuazione degli elementi "di disturbo" del possesso. Tuttavia il rito previsto per la prolazione dei provvedimenti possessori, alla prima fase sommaria aggiungeva una seconda fase

(necessaria per non incorrere nella declaratoria di inefficacia dell'interdetto) per il merito possessorio. Già allora questa struttura processuale mal si conciliava con le indicazioni contenute negli artt. 1168- 1171 del cod.civ.

Il legislatore del 2005 ha solo preso atto della non necessarietà della seconda fase di cognizione.

Introdotta la domanda con ricorso, il giudizio verrà regolato dalle norme del procedimento cautelare uniforme mercé il richiamo contenuto nell'art. 703, secondo comma, c.p.c.

Il giudizio celebrato nelle forme indicate nell'art. 669 sexies, si conclude con un provvedimento immediatamente esecutivo, reclamabile ai sensi dell'art. 669 terdecies.

L'eventuale fase della cognizione piena, (configurata dal legislatore come prosecuzione dello stesso unitario processo) avviene ad impulso di parte e la mancata prosecuzione del giudizio di merito non determina la declaratoria di inefficacia dell'interdetto possessorio.

Il giudizio di merito, laddove incardinato, avrà ad oggetto la situazione possessoria e si concluderà con una sentenza che, ovviamente andrà a sostituire l'ordinanza resa nella prima fase cautelare (art. 669-novies, comma III, richiamato dall'art. 703, comma IV, ultima parte) quantunque modificata, revocata o reclamata nello spazio necessario ad ottenere il provvedimento definitivo.

L'accertamento in essa (sentenza) contenuto avrà la vocazione al giudicato una volta divenuta incontrovertibile la decisione (o per l'esaurimento dei rimedi di impugnazione ordinari o perché non impugnata affatto nei termini ordinari) e coprirà sia il dedotto che il deducibile.

Nel corso del giudizio a cognizione piena, sarà dato alle parti riproporre l'istanza per la concessione di provvedimenti inizialmente negati e potrà essere chiesta la modifica o la revoca delle misure disposte in via immediata quante volte si verificano mutamenti nelle circostanze, si diano nuove o diverse prospettazioni di diritto o si alleghino fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al

provvedimento cautelare (art. 669-decies); a questa lettura legittima il rinvio al procedimento cautelare uniforme.

Quanto alla loro efficacia, essendo i provvedimenti possessori assimilabili a quelli cautelari anticipatori, essa non viene meno per l'ipotesi in cui il giudizio di merito si estingue.

Ne deriva che la risposta a queste domande si ricava dall'applicazione degli artt. 669-septies e 669-decies.

Per l'ipotesi in cui nessuna delle parti abbia introdotto il giudizio di merito, il provvedimento di rigetto può essere modificato, nel rispetto delle regole indicate dagli artt. 703 e ss, con un successivo ricorso a tutela della stessa situazione di possesso e per la tutela contro la violazione in precedenza denunciata.

A ciò non osta il precedente dictum, atteso che lo stesso non contiene alcun accertamento sull'esistenza del diritto.

L'interdetto possessorio è un provvedimento anticipatorio esecutivo; la sua funzione, diversamente da quanto accade per i provvedimenti sommari autonomi, non è di dichiarare l'esistenza dei diritti sostanziali ma di costituire un titolo esecutivo giudiziale.

A ciò autorizza, oltre che le novità della riforma del 2005, la lettura degli articoli 1168-1171 del codice civile, in cui è prescritto che il giudice emette il chiesto provvedimento senza dilazione (sulla semplice notorietà del fatto), nell'azione di reintegra), presa sommaria cognizione del fatto (così l'art. 1171 c.c.). Al giudice cioè, nella fase propriamente cautelare, non sono demandati compiti di accertamento in merito alla situazione di possesso; lo stesso, pur effettuando attività di tipo (lato sensu) cognitivo, si limita a provvedere in via anticipata, con finalità esecutive, sulle richieste di tutela avanzata dal ricorrente.

Il provvedimento, nato provvisorio e meramente esecutivo, non muta natura e funzioni in esito alla mancata prosecuzione della fase di merito e non potrà acquistare attitudini accertatorie o forza preclusiva, ossia caratteristiche che, per la natura intrinseca dello stesso, esso non possiede.



Ciò è indicato con chiarezza dalla legge (art. 703, commi II e IV) che individua la categoria di riferimento costituita dai provvedimenti cautelari anticipatori.

L'interdetto possessorio è un provvedimento anticipatorio esecutivo che - in caso di estinzione del giudizio di merito - mantiene la sua efficacia. L'assoggettabilità di tali provvedimenti alla revoca e modifica esclude in nuce alcuna vocazione al giudicato. Con la conseguenza che l'ordinanza sommaria, pur definitiva, non ha efficacia preclusiva rispetto a successivi giudizi a cognizione piena, relativi alla situazione di possesso già fatta valere e alle violazioni già dedotte.

Anche questo giudizio inverte l'onere di proposizione della domanda, atteso che sarà il convenuto soccombente a proporre azione di accertamento negativo dell'esistenza del possesso, richiedendo le necessarie tutele inibitorie e ripristinatorie.

Viene invertito cioè l'interesse alla prosecuzione del giudizio che non sarà più del ricorrente (di colui cioè che abbia subito lo spoglio, la molestia o che tema la lesione del proprio diritto in seguito ad una eventuale nuova costruzione).

Dunque, a ben vedere, l'interdetto, fatta salva la possibilità di revoca o di modifica, può essere rimosso, sia con riguardo agli effetti esecutivi sia nei suoi contenuti precettivi, soltanto dalla sentenza che, definendo il giudizio sul merito possessorio, dichiara non concedibili le tutele che, invece, sono state accordate in via di urgenza. Esso (interdetto) ha una sua efficacia, seppur provvisoria e cedevole, capace di operare finché tale provvedimento rimane in vita, colpendo eventualmente anche comportamenti illeciti successivi, sempre che siano reiterativi o, comunque, immediatamente ricollegabili a quello sanzionato dal giudice.

#### **4.- Novità in tema di disciplina degli incidenti cognitivi nel processo di esecuzione: Provvedimenti ex art. 624 c.p.c.**

Quali le novità? Come già detto, in epoca anteriore alle ultime - più o meno recenti - riforme, era senz'altro più semplice delineare i confini temporali del conflitto esecutivo; questo non investiva il processo civile durante la sua intera estensione: la

fase che si sviluppa successivamente alla proposizione dell'atto introduttivo (e che corrisponde al compimento delle attività preparatorie e delle indagini istruttorie) delineava uno stadio di iniziale carenza del conflitto. Il momento genetico dello stesso andava pertanto individuato nel primo atto di accertamento positivo cui il processo perveniva: sentenza di primo grado (nella misura in cui essa fosse dotata di esecutività), emissione del decreto ingiuntivo ecc.

Formatosi il giudicato, invece, il conflitto veniva considerato risolto (seppure con i correttivi delle impugnazioni straordinarie); la stabilità dell'esecuzione veniva garantita dalla incontrovertibilità dell'accertamento giudiziale e nessun ostacolo più si frapponeva all'esecuzione.

Tra la prima figura di accertamento positivo ed il giudicato, si estendeva lo spazio (virtualmente) idoneo ad accogliere il conflitto esecutivo, che aveva ragione di prodursi quante volte già esistesse un provvedimento giurisdizionale dichiarativo di contenuto favorevole all'attore. Un provvedimento, cioè, rispetto al quale fosse possibile porre il problema di una sua immediata valorizzazione di carattere esecutivo.

Il giudizio di cognizione teso a sindacare il fondamento sostanziale dell'azione esecutiva può essere introdotto dal debitore, a seconda delle varie ipotesi, in forme diverse: in particolare, in quelle dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. oppure come contestazione ai sensi dell'art. 512 c.p.c. oppure, ancora, attraverso l'impugnazione del provvedimento-titolo esecutivo.

Quante volte il credito derivi da un provvedimento giurisdizionale *modificabile*, la contestazione di merito potrà essere fatta valere o nelle forme dell'impugnazione (appello, ricorso per cassazione, opposizione a decreto ingiuntivo, reclamo) o, per il caso in cui il titolo esecutivo sia un provvedimento cautelare reso *ante causam*, attraverso l'introduzione del giudizio di merito. In ogni caso sarà necessario procedere ad un accertamento giudiziale del diritto che sottende il titolo esecutivo azionato. In dette ipotesi il giudice dell'impugnazione potrà sospenderne l'esecutorietà (artt. 283, 351 e 357, 401 e 649 c.p.c.).

Per quanto attiene alla individuazione delle sfere di applicazione rispettivamente proprie della contestazione ex art. 512 e dell'opposizione all'esecuzione (da proporsi nelle forme stabilite dall'art. 615 c.p.c.), va sottolineato che i diritti di credito non risultanti da titolo esecutivo possono essere contestati solamente nei modi previsti dall'art. 512 c.p.c.; per converso, quelli consacrati in un titolo esecutivo possono essere contestati dal debitore attraverso il rimedio dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., seppure - come vedremo - il debitore potrebbe non avere interesse a contestarli immediatamente (se, ad esempio, l'esecuzione venisse sospesa).

La scriminante trae legittimazione dalla circostanza che i creditori *sine titulo* non possono - una volta intervenuti in una procedura esecutiva da altri promossa - compiere atti di impulso, quali la richiesta di vendita (nonostante la fuorviante modifica dell'art. 500 c.p.c. in cui si legge "i creditori intervenuti possono...", stante che le norme che disciplinano la vendita in generale non hanno subito alcuna modifica).

Il sistema prevede infatti - al fine di consentire l'inclusione nello stato di riparto - di non sottoporre i crediti sforniti di titolo esecutivo al controllo preventivo dell'accertamento giurisdizionale; il giudizio di cognizione si rende necessario soltanto se (e nella misura in cui) il debitore o altri creditori concorrenti ne contestino l'esistenza. Di talché anche i creditori *sine titulo*, intervenendo all'esecuzione forzata da altri promossa, fanno valere un'azione esecutiva la quale - ove non contestata nelle forme dell'art. 512 c.p.c. - conduce alla distribuzione del ricavato secondo le regole proprie del concorso.

L'esigenza dell'accertamento ricorre tanto per i crediti non assistiti che per quelli assistiti da titolo esecutivo, seppure in forma diversa.

Nell'ipotesi in cui il credito risulti da una sentenza provvisoriamente esecutiva, esso non può formare oggetto di accertamento giudiziale nelle forme indicate dall'art. 512, stante che la verifica (negativa) del diritto non può essere effettuata né attraverso il rimedio dell'art. 512 né attraverso le previsioni del 615 c.p.c.

Quali le novità introdotte dalla riforma del 2005?

Il sistema precedente contemplava la possibilità che creditori non muniti di titolo esecutivo potessero intervenire in un'esecuzione da altri promossa – al fine di consentire l'inclusione nel piano di riparto –.

A parziale riforma, nel 2005, è stato previsto che non tutti i creditori *sine titulo* possano accedere al concorso ma solo quelli il cui diritto di obbligazione risulti dai registri contabili (art. 499 c.p.c.).

Tratteggiato sommariamente il confine della opposizioni proponibili, risulta interessante verificare come il legislatore abbia disciplinato l'istituto della sospensione del processo di esecuzione.

Dispone l'art. 624 c.p.c. al I comma che se è proposta opposizione all'esecuzione a mente degli artt. 615 e 619 c.p.c. , il giudice dell'esecuzione ad istanza di parte, ricorrendone giusti motivi, sospende il processo (con prestazione di cauzione o senza). Mentre nell'opposizione preventiva, incardinata con l'opposizione a precetto, è previsto che il giudice possa sospendere l'efficacia esecutiva del titolo allo scopo di interdire al creditore l'esecuzione stessa.

Dal dato normativo emerge che la sospensione del processo esecutivo è totale e facoltativa nell'ipotesi in cui essa sia stata pronunciata in seno al giudizio di opposizione all'esecuzione ovvero (essa esecuzione venga) *interdetta* per la sospensione della esecutività del titolo disposta in seno all'opposizione a precetto. Nell'ambito della opposizione esperita a mente del 512 c.p.c., invece, la sospensione può essere totale o parziale ma comunque sempre limitatamente alla distribuzione del ricavato.

La sospensione ex art. 624 c.p.c. è totale per diversi ordini di motivi:

- 1) Essendo disposta nell'esclusivo interesse del debitore, la sospensione dell'intero procedimento, chiaramente, nuoce ai creditori concorrenti, i quali - durante la fase liquidatoria - hanno interesse alla prosecuzione dell'esecuzione. Questi ultimi, solo nella fase satisfattiva, potrebbero avere interesse alla sospensione della distribuzione del ricavato, fintantoché non intervenga la decisione sugli

incidenti cognitivi in ordine al diritto alla distribuzione e, più specificamente, ai diritti di credito su quelle somme;

- 2) poiché trova realizzazione nella fase della liquidazione, superata la quale non è più pensabile una sospensione totale del procedimento espropriativo. Invero, nella fase successiva tutti (indistintamente) i creditori concorrenti avranno il diritto a partecipare alla distribuzione del ricavato.
- 3) infine, in quanto la sospensione verrà pronunciata all'interno del giudizio di opposizione all'esecuzione avverso il creditore procedente. Finché dura la fase di liquidazione, il debitore, pur legittimato ed interessato ad opporsi agli eventuali intervenienti, richiedendo un accertamento sul diritto degli stessi all'esecuzione, non potrà - all'interno di tale giudizio di accertamento - chiedere una pronuncia di sospensione, atteso che la procedura espropriativa è stata iniziata non dal creditore contestato (interveniente) ma dal creditore procedente.

Né una eventuale sospensione dell'esecuzione potrebbe essere pronunciata nei confronti di eventuali intervenienti. La riforma operata in tema di estensione del pignoramento non ha modificato in maniera sostanziale l'istituto.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Quando, successivamente al pignoramento, altri creditori intervengono nel procedimento espropriativo si potrebbe rendere necessario ampliare il patrimonio da escutere; in tal caso il creditore istante ha facoltà di estendere il pignoramento in modo da assicurare l'integrale soddisfacimento di tutte le ragioni creditorie concorrenti. Per cui il potere di liquidazione che si modella sul soddisfacimento della ragione creditoria consacrata nel titolo esecutivo, dilata successivamente il proprio contenuto ogni qual volta altri creditori, anche senza titolo, accedano all'espropriazione. Il potere di estensione del pignoramento trovava la propria previsione legislativa, in tema di espropriazione mobiliare presso il debitore, nell'art. 527, I comma. Ora con la riforma del 2005 il suo contenuto è stato trasposto all'interno dell'art. 499 c.p.c, senza però, che a questo sia seguita alcuna modifica della disciplina se non nella parte in cui è stata abrogata la previsione che, in presenza di interventi di debitori sine titolo, il creditore istante possa estendere egli stesso il pignoramento anticipandone le somme.

In particolare, la situazione delineata dall'art. 527 poteva così riassumersi: a fronte dell'intervento tempestivo di un creditore munito di titolo esecutivo, il creditore istante, piuttosto che curare di propria iniziativa l'estensione del pignoramento, analogamente a quello che sarebbe costretto a fare nelle forme espropriative non interessate dall'applicazione dell'art. 527, aveva la facoltà di esigere che fosse lo stesso interveniente a provvedervi, sotto pena di rimanere posposto al pignorante in sede di distribuzione. Opportuno rilevare, quindi, che l'art. 527 attribuiva solo al creditore munito di titolo esecutivo il potere di estendere il pignoramento. Per contro, per l'ipotesi che il l'interveniente non avesse alcun titolo esecutivo, l'estensione veniva eseguita dal creditore procedente

#### **4.1- Sull'art. 624 c.p.c.**

All'interno della opposizione all'esecuzione, introdotta a mente dell'art. 615 e 619 c.p.c, il g.e. potrà, se richiesto dalle parti e se ne ricorrono le condizioni, sospendere l'esecuzione.

Alla sospensione, per il caso che essa si stabilizzi (perché, in ipotesi, confermata in sede di reclamo o perché non reclamata affatto), qualora non segua il giudizio di merito, seguirà l'ordinanza di estinzione dell'esecuzione.

Per una migliore intelligenza del procedimento, non pare inopportuno descriverne il percorso processuale, per come individuato dal legislatore: si è in presenza di una esecuzione cui il debitore resiste incardinando un giudizio di opposizione. Il g.e. viene chiamato a verificare l'esistenza dei presupposti per la sospensione dell'esecuzione attraverso una valutazione di *verosimiglianza*, (stante che si tratta eminentemente di una misura cautelare).

La misura cautelare sospensiva si stabilizza: o in quanto non venga reclamata o perché, pur essendo stato introdotto il reclamo, questo si concluda con ordinanza di rigetto (nota). In particolare, qualora il giudizio sul merito dell'esecuzione non venga incardinato da alcuna delle parti interessate (creditore procedente, eventuali terzi intervenuti) a ciò seguirà la declaratoria di estinzione del pignoramento.

Il provvedimento de quo, introdotto con la riforma dell'art. 624 c.p.c., è un tipico provvedimento provvisorio che nell'immediato, e per il tramite di un giudizio *snello*, fondato sulla *verosimiglianza*, offre alle parti la possibilità di confrontarsi sulle "armi" e, all'esito del giudizio, decidere se proseguire con l'esecuzione di tutela oppure arrestarsi, sulla scorta delle motivazioni rese dal giudice dell'esecuzione nel giudizio sommario teso alla sospensione dell'esecuzione.

Provvedimento, questo testé descritto, che non solo inverte l'onere di impulso degli atti processuali (onere prima imposto al debitore: unico soggetto interessato ad una pronuncia sul merito dell'opposizione ed oggi distribuito fra tutti i soggetti

interessati) ma che è potenzialmente idoneo a chiudere nell'immediato la contestazione sul diritto a procedere. Dove per immediatezza si intende l'idoneità della pronuncia ad accordare le parti in gioco, stante la mancanza di elementi giustificativi (motivi, fatti, circostanze) che possano consentire "al momento" la prosecuzione dell'esecuzione: epperò provvedimento in cui viene cristallizzata la situazione nell'attualità della richiesta di sospensione ma che conserva *in nuce* la possibilità - nel verificarsi di fatti nuovi o nella individuazione di nuove motivazioni e/o di nuove prospettazioni giuridiche - che detta esecuzione possa continuare.<sup>9</sup>

L'ultimo capoverso del terzo comma dell'art. 624, stabiliva che l'autorità dell'ordinanza di estinzione de qua non fosse invocabile in un diverso processo, ipotizzando, così, la possibilità che una nuova esecuzione (fondata sempre sul medesimo titolo) – caduti gli steccati che hanno condotto alla sospensione (e di poi all'estinzione) – possa essere intrapresa.

Esecuzione in cui, le motivazioni e/o le circostanze di fatto, che avevano condotto alla precedente sospensione, non potevano essere invocate con forza di pregiudiziale ai fini della sospensione.

Pur trattandosi di provvedimento in cui il giudizio si fonda sui peculiari caratteri della misura cautelare: *fumus boni juris* e *periculum in mora*, l'ordinanza di sospensione contiene in sé la forza e l'autorità di un provvedimento provvisorio di merito, capace di comporre gli interessi delle parti.

La soppressione di questo comma, voluta con la riforma n. 69 del 2009, modifica la natura del provvedimento in parola da endoprocessuale a provvedimento con contenuto anticipatorio a cui potrà applicarsi la disciplina prevista dagli art. 669 novies c.p.c.

Questa particolare figura di composizione della lite all'interno del processo di esecuzione trova applicazione nell'ipotesi di opposizione all'esecuzione (si veda il

---

<sup>9</sup> Invero, l'ultimo capoverso del terzo comma dell'art. 624, stabilendo che l'autorità dell'ordinanza di estinzione de qua non è invocabile in un diverso processo, ipotizza la possibilità che una nuova esecuzione (fondata sempre sullo stesso titolo) – caduti gli steccati che hanno condotto alla sospensione (e di poi all'estinzione) – potesse essere intrapreso.

IV comma dell'art. 624 che rinvia agli artt. 618 e 618 bis), indicando come solo organo competente il giudice dell'esecuzione.

La esclusiva competenza, in capo al g.e., per la sospensione dell'esecuzione e la mancanza di espresse previsioni normative sulla possibile reiterazione della richiesta di sospensione nel passaggio dal giudice dell'opposizione a precetto (nella forma della sospensione della provvisoria esecutorietà del titolo) a quello dell'esecuzione (nella forma della sospensione dell'esecuzione), creano problemi di raccordo tra le due norme.

Ci si riferisce all'ipotesi che in pendenza del giudizio di opposizione (preventiva) all'esecuzione (introdotto con l'opposizione a precetto) ed in assenza di un provvedimento che sospenda la provvisoria esecutorietà del titolo, una volta iniziata l'esecuzione, il debitore riproponga nuovamente, ma al giudice dell'esecuzione, l'istanza di sospensione.

È chiaro che i motivi che sorreggeranno l'istanza potranno o coincidere con quelli posti a corredo dell'opposizione all'esecuzione, stante che il giudizio del g.e. verterà - oltre che sul periculum in mora - sul probabile accertamento dell'opposizione medesima ovvero consistere in censure alla intrapresa esecuzione (pignorabilità dei beni...)

#### **4.2. Sulle controversie in sede di distribuzione del ricavato**

Nel caso di sospensione disposta nell'ambito dell'art. 512 c.p.c., trovandoci nella fase della ripartizione dell'attivo, essa è facoltativa e parziale in quanto preordinata agli interessi dei creditori a che la distribuzione delle somme non abbia luogo finché non venga definito l'incidente cognitivo, e non può nuocere ai creditori concorrenti ai quali non sia stato contestato il diritto di credito; L'interesse del debitore alla sospensione nasce dallo scopo di garantirsi il residuo della somma ricavata.

L'azione si concreta o nella contestazione di diritti di credito che sebbene non assistiti da titolo esecutivo siano certificati dalle scritture contabili di cui all'art. 2214 del



codice civile o da pubblici registri e da un rigoroso formalismo, nella esistenza di diritti di prelazione.

È previsto che si disponga (eventualmente) la sospensione delle operazioni di riparto - limitatamente alle somme in contestazione - attraverso un giudizio di opportunità effettuato del g.e. , a differenza di quanto avveniva anteriormente alla riforma del 2005 in cui la sospensione - in sede di distribuzione del ricavato - era necessaria.

Quindi, diverse sono – relativamente al fenomeno della *sospensione* l'interesse del debitore da un canto e quello dei creditori concorrenti (e non) dall'altro; così come diversi sono – corrispondentemente – gli strumenti di tutela che il sistema appronta al riguardo; in particolare, l'essere la sospensione totale preordinata nell'esclusivo interesse del debitore, spiega perché l'opposizione all'esecuzione si dirige contro il creditore procedente e non anche verso un qualsiasi creditore con titolo.

Identico effetto non può sortire la contestazione di un diverso credito concorrente, anche se munito di titolo esecutivo: vuoi perché manca l'interesse del creditore a contestarlo, vuoi perché, ammesso che l'opposizione possa rivolgersi contro il creditore non procedente, l'opposizione non può annullare atti espropriativi compiuti non dal creditore contestato (non procedente) ma da un diverso creditore.

Nell'ipotesi in cui il credito concorrente risulti da sentenze provvisoriamente esecutive esso non può formare oggetto di accertamento giudiziale nelle forme indicate all'art. 512 c.p.c.; non già però perché il debitore non possa contestarne l'efficacia ma, piuttosto, perché nella specie altro strumento non è dato se non quello dell'impugnazione della sentenza-titolo esecutivo. Invero, nella segnalata ipotesi, il credito in questione non può essere contestato neppure nelle forme dell'opposizione all'esecuzione.

La qual cosa vuole significare che l'oggetto del giudizio introdotto nei modi ex art. 512, conosce gli stessi limiti connaturali all'oggetto del giudizio di opposizione all'esecuzione. Limiti che non derivano solo al titolo esecutivo sibbene dal sottostante atto giuridico materiale a seconda della efficacia certificante dell'atto su cui il titolo si fonda.

L'indagine che si apre col 512 ha un carattere sommariamente cognitivo che si conclude con l'emissione di un provvedimento endoprocessuale idoneo a produrre effetti esclusivamente all'interno della procedura esecutiva in cui viene pronunciato, sommarietà nella cognizione giustificata dalla circostanza che la partecipazione al concorso (con le ultime riforme) è stata interdetta ai creditori sine titolo e limitata ai creditori con diritto di credito "certificato".

La contestazione del credito ex art. 512 c.p.c., da un canto, ed opposizione all'esecuzione ex art. 615 dall'altro rappresentano due differenti strumenti di tutela i quali operano su due piani diversi: mentre l'opposizione all'esecuzione si inquadra nella prospettiva dei rapporti correnti tra debitore e creditore procedente e/o creditore concorrente che abbia esteso il pignoramento, la contestazione ex art. 512 c.c. investe la posizione processuale dei creditori intervenienti trovando nel fenomeno del concorso dei creditori il proprio presupposto indefettibile. A detta contestazione può farsi luogo nella sola ipotesi di intervento di creditori al fine di regolarne il concorso ed allo scopo eventuale per il debitore di ottenere il residuo della somma ricavata.

Esaurita la fase ordinatoria e sommaria innanzi al g.e., la controversia o può ricevere un ulteriore impulso attraverso l'opposizione agli atti esecutivi.

Il secondo comma dell'art. 512 prevede che l'ordinanza possa essere impugnata nelle forme e nei termini di cui all'articolo 617, secondo comma.

Il governo di questa ulteriore azione sarà attribuito ad un giudice estraneo all'esecuzione ed avrà un contenuto cognitivo/decisorio.

## **5.- Conclusioni**

L'exkursus segnato dalla evoluzione della tutela esecutiva conferma l'enunciato scolpito nella nota massima di Bartolo (non est inchoandum ab executione)<sup>10</sup>, ma in una direzione assai più pregnante: non già nel senso di postulare un primato meramente *temporale*, quanto piuttosto assiologico della cognizione (e però, dell'accertamento) sulla esecuzione.

---

<sup>10</sup> Per una dissertazione sul punto: ITALO A. ANDOLINA, *Il tempo e il processo (Scritti scelti a cura di Giovanni Raiti)* pubblicazione dell'Università di Catania 2009, V. I, Torino, Giappichelli Editore: *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano* (Fondamento e limiti del principio "non est inchoandum ab executione"), pp. 363 y ss. ( già pubblicato su "Jus", 1968, pp. 101-144)

Ché, anzi, inteso quale primato temporale la tutela esecutiva si è venuta sempre più affrancando dalla cognizione, acquisendo una sempre più marcata autonomia, a ciò sospinta dall'incalzante e crescente bisogno di effettività della tutela giurisdizionale. Il vero primato della cognizione sulla esecuzione si coglie invece, e permane, nel ruolo che la cognizione è chiamata a svolgere di controllo sulla legittimità dell'esecuzione.

In questo (più pregnante) senso, obbedisce ad una scelta di tecnica processuale che l'esecuzione sia preceduta o non dalla cognizione; laddove ha un valore di fondo che l'accertamento prevalga sull'esecuzione, controllandone il fondamento, e dando ingresso (in particolare) alle eccezioni di merito del debitore<sup>11</sup>.

Elena Maniglia

---

<sup>11</sup> Solo con l'equiparazione della confessio in iure al giudicato si è potuto introdurre la possibilità di proporre eccezioni nella fase della esecuzione. Così si giunge a rendere indipendente la validità di alcuni titoli dal previo accertamento giudiziale (preceptum garantigiae) ed a tutelarli sotto il principio "confessus in iure pro iudicato habetur" al quale tipo di confessione venne altresì equiparata la ricognizione di credito e la confessione resa innanzi al notaio (confessus coram notario).

Sùu questo punto: ITALO A. ANDOLINA, II volume *Il tempo e il processo*, pp. 513-570, "Accertamento" ed "esecuzione forzata" nel diritto italiano del tardo medio evo", già pubblicato su "Studi in onore di Cesare Sanfilippo", volume VI, Milano, 1985, pp. 1-68.

## Bibliografia essenziale

ITALO A. ANDOLINA, *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del «giusto processo»*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, n. 2, p. 317 e in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino, 2008, p. 37.

ITALO A. ANDOLINA, *Il tempo e il processo (Scritti scelti a cura di Giovanni Raiti)* pubblicazione dell'Università di Catania 2009, V. I, Torino, Giappichelli Editore: *presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano* (Fondamento e limiti del principio "non est inchoandum ab exsecutione"), pp. 363 y ss. ( già pubblicato su "Jus", 1968, pp. 101-144); stessa opera II bolume, pp. 513-570, "Accertamento" ed "esecuzione forzata" nel diritto italiano del tardo medio evo", publicado previamente en "Studi in onore di Cesare Sanfilippo", volume VI, Milano, 1985, pp. 1-68.

PAOLO BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Rivista diritto processuale*, 2006, pag. 563 ss

DINO BUONCRISTIANI, *Sistema dei «référés »: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio* in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, pag. 575 ss

LUIGI PAOLO COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela* in *Rivista diritto processuale*, 2007, pag. 591

G. DELLA PIETRA, *Riflessioni in punto di penna sul rimodellato procedimento possessorio*, in [www.judicium](http://www.judicium),

FRANCESCA LOCATELLI, *Il nuovo potere sospensivo del giudice dell'opposizione a precetto*, in *Rivista diritto processuale*, 2008, pag. 79

ELENA MARINUCCI, *Le nuove norme sul procedimento possessorio*, in *Rivista diritto processuale*, 2005, pag. 827 ss

SERGIO MENCHINI , *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 869.

SERGIO MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie : verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Rivista diritto processuale*, 2006, pag. 869 ss

SERGIO MENCHINI , *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in AA. VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, vol. I, Milano, 2006, p. 71.

SERGIO MENCHINI, *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 367.

ANDREA PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 57.

ANDREA PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 16.

ANDREA PROTO PISANI, *Tutela sommaria*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 241.

ANDREA PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro it.*, V, 2007, c. 44.

E.F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1359

CARMINE Punzi C., *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1189.

CARMINE Punzi, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, n. 5, p. 1197.

LEA QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di «provvedimento anticipatorio»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 787.

STEFANO RECCHIONI: *I nuovi artt. 616 e 624 c.p.c. fra strumentalità cautelare “attenuata” ed estinzione del “pignoramento”*, in *Rivista diritto processuale*, 2006, pag. 643 ss

ACHILLE SALETTI, *Simmetrie ed asimmetrie nel sistema delle opposizioni delle opposizioni esecutive* in *Rivista diritto processuale*, 2007, pag. 885 e ss

ACHILLE SALETTI, *Le (ultime?) novità in tema di esecuzione forzata*, in *Rivista diritto processuale*, 2008, pag. 195 ss

ROBERTA TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, G. Giappichelli Editore- Torino