

ANNO LXX (Seconda Serie) - N. 4-5

Luglio-Ottobre 2015

RIVISTA
DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA

G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA

E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO - V. COLESANTI
L.P. COMOGLIO - C. CONSOLO - G. COSTANTINO
C. FERRI - R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA - S. MENCHINI
G. MONTELEONE - R. ORIANI - N. PICARDI - A. SALETTI
B. SASSANI - F. TOMMASEO - N. TROCKER - R. VACCARELLA**

www.edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

CEDAM

LA NECESSITÀ DEL TITOLO ESECUTIVO PER LA DOMANDA DI SOSTITUZIONE DEL *CREDITOR CREDITORIS* EX ART. 511 C.P.C. (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema. – 3. La soluzione: profilo esegetico. – 4. (Segue) Profilo sistematico. – 5. Necessità del titolo ieri come oggi?

1. – Nel 1959 Nicola Picardi pubblicava un saggio su “*La domanda di sostituzione nel processo esecutivo*” (1). Era l’esordio sulla “Processuale” di un venticinquenne, da pochissimo assistente ordinario nella Università di Perugia.

Spiccava già l’acume limpido di Nicola, ben difficilmente imitabile. E vi era l’attenzione profondissima e di prima mano alla Storia – attenzione in Lui priva di qualsiasi superfluità e davvero e sommamente utile alle esigenze anche pratiche del giurista – che caratterizzerà poi tutto il Suo lungo e ricco cammino di studioso.

Nel 1959, a proposito della domanda di sostituzione *ex art. 511 c.p.c.*, sembrava pressoché scontato, a differenza di molti altri cui Picardi dedicava analisi accurate ed ancora attuali, un profilo che oggi è ritornato questionabile, e sul quale intendo riflettere nelle pagine che seguono, dedicate al mio caro Maestro.

2. – Questa la tesi che intendo sostenere in controtendenza rispetto alla recentissima Cass. 11 maggio 2015, n. 8001 (2): la regola fondamentale sulla legittimazione all’intervento nel processo esecutivo – consentito, a seguito della novella del 2005-2006, unicamente a chi risulta munito di titolo esecutivo o si trovi in una delle tassative situazioni previste dall’art. 499, c. 1°, c.p.c. – deve giocoforza ed anzi a maggior ragione trovare applicazione nel caso di sostituzione esecutiva *ex art. 511 c.p.c.* Perciò è radicalmente inammissibile l’“intervento” (*rectius*: domanda di sostituzione) del *creditor creditoris*, che intenda sostituirsi all’esecutante od altro avente diritto alla distribuzione, se quel *creditor creditoris* sia sfornito di titolo esecutivo e neppure rientri in una delle altre ipotesi, nella sostanza parificate al possesso del titolo, di cui all’art. 499, c. 1°. Una volta ravvisata detta carenza non occorrerà di regola in concreto interrogarsi sui requisiti di certezza, liquidità ed esigibili-

(*) Questo saggio è destinato agli scritti in onore di Nicola Picardi.

(1) In questa *Rivista* 1959, 574 ss.

(2) Si tratta, se non erro, della prima pronuncia della Suprema Corte sulla questione relativamente al quadro normativo sortito dalla riforma del 2005-2006. Vedila in *Giustiziacivileonline* 2015, con nota di Lauropoli.

tà del credito dell'interventore, indagine invece ovviamente necessaria ove si ammetta l'intervento *ex art. 511* non titolato (3), ed alla quale doverosamente si accingono, già in punto di ammissibilità (4), i giudici che occasionalmente lo ammettono o che preferiscono glissare sulla questione nodale.

Circa il problema in discorso vi sono oggi discordi sebbene laconiche opinioni dottrinali e non può ancora dirsi se l'orientamento giurisprudenziale sia destinato a cristallizzarsi definitivamente sulla scorta della cennata (e non particolarmente approfondita) Cass. n. 8001/2015. Ma a me pare che la soluzione non possa che essere quella cui non pochi sono comunque pervenuti (5). E ciò per motivi lessicali, sistematici e di semplice buon senso – anche ulteriori rispetto a quelli fino ad ora utilizzati – che possono così brevemente riassumersi.

3. – La domanda di sostituzione *ex art. 511 c.p.c.* deve essere proposta dal creditore del creditore “a norma dell'art. 499 secondo comma” (così l'art. 511, c. 1°): se dunque sono espressamente richiamate le forme dell'art. 499 secondo comma e cioè quelle dell'intervento nell'esecuzione, compresa l'indicazione del titolo, non ha senso che per la domanda di sostituzione *ex art. 511* non valgano anche le condizioni ed i presupposti del medesimo intervento nella esecuzione.

(3) Ed ormai senza differenza a seconda che la esecuzione principale sia mobiliare o immobiliare, non essendo più utilizzabile estensivamente o analogicamente, a proposito della domanda di sostituzione *ex art. 511*, la distinzione postulata, a proposito dell'intervento in senso stretto, degli artt. 525, c. 1° e 563 (abrogati correlativamente alla modifica dell'art. 499).

In passato – come è ben noto – si dava in larga prevalenza per scontato, visto il silenzio dell'art. 511, che anche il *creditor creditoris* istante “in sostituzione” potesse essere, al pari del normale creditore interveniente, non munito di titolo (e così senza alcuna esitazione anche la Suprema Corte: Cass. 19 luglio 2005, n. 15219, Cass. 14 marzo 2008, n. 6885 riferita quest'ultima al sistema precedente la novella del 2005-2006). Assorbenti erano perciò le problematiche circa le caratteristiche necessarie del credito ai fini della legittimazione alla domanda *ex art. 511* e della sua stessa ammissibilità. In proposito v. le accurate riflessioni di N. Picardi, *La domanda di sostituzione nel processo esecutivo*, cit., spec. 600 ss.

(4) Così in passato la giurisprudenza prevalente e da ultimo Cass. n. 6885/2008 cit. Senonché la cennata Cass. n. 8001/2015 si spinge a relegare alla eventuale soluzione delle contestazioni (sottraendola dunque al controllo di previa ammissibilità della domanda di sostituzione) la verifica di certezza e liquidità del credito; il che pare francamente troppo (perplesso infatti sul punto la nota di Lauropoli in *Giustiziacivileonline* cit.).

(5) Cfr. G. Finocchiaro, *Commento sub art. 511 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile ipertestuale*, a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella, Torino, ed. 2013, 1814; Nascosi, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli 2013, 137; A.F. Ferri, *Commento sub art. 511 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo, Milano, IV ed., 2010, 1936; Verde, *Diritto processuale civile, III*, Bologna 2010, 1096; Acone, *Intervento dei creditori*, in *Aa.Vv., Il processo civile di riforma in riforma*, Milano 2006, 82.

In senso contrario Luiso, *Diritto processuale civile, II*, Milano 2013, 179, A.A. Romano, *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli 2008, 171, Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano 2012, 449 e ss.

L'assenza di riferimento letterale, nel testo dell'art. 511, alla necessità del possesso del titolo non è affatto ostativa, perché essa si spiega per il semplice fatto che la disposizione è rimasta invariata essendo stata concepita in un sistema in cui anche i creditori dell'unico debitore potevano intervenire a prescindere dal titolo. Ma è perfettamente plausibile che le condizioni di legittimazione all'intervento dei creditori dell'unico debitore e quelle di legittimazione alla partecipazione, *sub specie* di domanda di sostituzione, del creditore debbano essere *per lo meno* parimenti gravate (6). L'art. 511, dunque, pur nel testo invariato, non può che essere oggi inteso nel senso orientato dalla motivata inversione di rotta che il legislatore ha realizzato a proposito dell'intervento degli altri creditori dell'unico debitore esecutato.

Se così non fosse, del resto, si porrebbe inspiegabilmente il creditore del creditore in posizione più vantaggiosa dell'(altro) creditore dell'unico debitore; né si intenderebbe perché la patente (necessità del titolo) per la partecipazione "concorrenziale" di "altri" alla esecuzione, che la novellazione dell'art. 499 ha inteso dichiaratamente imporre – anche e specialmente a vantaggio del creditore esecutante – nei confronti degli altri creditori dell'unico debitore non debba valere – sempre con vantaggio del creditore esecutante, e cioè della più immediata ed integrale possibile soddisfazione del suo credito – nei confronti di quell'"altro creditore" che è il creditore del creditore il quale intenda proporre domanda di sostituzione: muniti di titolo hanno da essere i primi, munito di titolo il secondo, salve le eccezioni, parallele per entrambi, contemplate dall'art. 499, c. 1°.

Quest'ultimo rilievo trapassa già dalla lettera alla *ratio* (a lume di buon senso) delle disposizioni in questione. Ma se pure quanto osservato fin qui non fosse sufficiente, se pure dovessimo considerarci in situazione di stallo a motivo del controargomento letterale astratto rappresentato dal tenore invariato, e silente riguardo al possesso del titolo, dell'art. 511 c.p.c., uno sguardo sistematico dovrebbe convincerci definitivamente che quel possesso è essenziale ai fini dell'"intervento" sostitutivo ivi contemplato.

4. – Occorre infatti considerare che la domanda di sostituzione *ex art.* 511 se è anch'essa un "intervento" nell'esecuzione ove riguardata, in termini semplicemente strutturali e generici, quale concorrenza successiva di altro soggetto nella medesima vicenda esecutiva avviata dal creditore esecutante munito di titolo, non *funziona* però come "intervento" nei confronti dell'unico debitore esecutato (7), perché il creditore istante non è ovviamente creditore di tale unico debitore. Egli, dunque, non si appoggia, nei confronti di quest'unico debitore, ad una esecuzione iniziata da altri sulla base di un titolo esecutivo, di guisa che possa dirsi comunque rispettato, con semmai veniale affievolimento, il principio fondamentale *nulla executio sine titulo*, anche ove e per avventura il legislatore consenta (come con-

(6) Dico "per lo meno", atteso quanto rileverò in via sistematica *sub* 4.

(7) Intende bene la differenza Cass. 13 marzo 1987, n. 2638, in *Giur. it.* 1987, I, 1, 1739 (e v. già Picardi, *op. cit.*, 586-587 ss.).

sentiva prima della riforma ai creditori dell'unico debitore intervenienti) l'intervento non titolato.

Il creditore in sostituzione esercita invece, pur in vicenda esecutiva già avviata nei confronti di diverso soggetto, una vera e propria ed originaria azione esecutiva (8), intesa alla piena ed immediata soddisfazione del proprio credito nei riguardi del creditore esecutante. Ammettere che lo possa fare senza titolo significa perciò entrare in palese ed insanabile rotta di collisione con il principio *nulla executio sine titulo*; significa dare a Tizio la possibilità di agire esecutivamente senza titolo nei confronti di Caio – cosa che egli non potrebbe d'ordinario giammai fare – solo perché per avventura Caio abbia intrapreso già una azione esecutiva nei confronti di Sempronio; circostanza quest'ultima che, rispetto a quell'esorbitante effetto, si configura come puramente accidentale e neutra e non certo idonea a giustificarlo (9).

L'incongruenza è dunque manifesta. E detto in altro modo: se è vero che la *par condicio creditorum*, o meglio uno dei due possibili modi di intenderla (quello secondo cui il possesso o meno del titolo è invariante) giustifica l'affievolimento veniale del *nulla executio* che nella sostanza delle cose si ha quando un creditore non titolato, pur senza compiere atti espropriativi, nondimeno profitta (profitava) dell'esecuzione legittimamente avviata da altri per soddisfarsi coattivamente, è altresì ed immediatamente vero che fra *creditor creditoris* che interviene in sostituzione e creditore dell'unico esecutato che interviene *ex art. 499* nessuna pro-

(8) Cfr. esattamente Acone, *La domanda di sostituzione del creditore nella distribuzione del ricavato*, in *Riv. dir. proc.* 1982, 233 ss.

(9) Nella logica che cerco di seguire nel testo è totalmente indifferente la risposta alla nota questione se il *creditor creditoris* possa solo partecipare alla fase distributiva (così Picardi, *La domanda di sostituzione nel processo esecutivo*, cit., 596, ed anche Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli 1957, 122 e Bonsignori, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano 1962, 183), ovvero possa surrogarsi all'esecutante e compiere ed in che misura atti esecutivi verso l'esecutato (ad es. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano 1967, 209, e tendenzialmente la giurisprudenza: Cass. 20 settembre 2012, n. 15332, Cass. 19 ottobre 2006, n. 22409, *contra* però Trib. Bari 21 maggio 1999, in *Riv. esec. forzata* 2000, 140; per altri riferimenti v. Lai, in *Codice della esecuzione forzata*, a cura di E. Vullo, Milano 2015, *sub art.* 511, 277). Quel che conta non è se il *creditor creditoris* possa compiere o meno atti esecutivi, in via surrogatoria nei confronti del debitore originariamente esecutato, bensì se compia atti esecutivi nei confronti del proprio debitore. Quel che conta è dunque qualificare l'iniziativa che il *creditor creditoris* assume nei confronti del proprio debitore ed è questa ad essere, con buona pace di ogni superfetazione verbale, una iniziativa esecutiva in quanto intesa alla soddisfazione coattiva del credito. Che si tratti di esecuzione senza (formale) pignoramento (ed infatti giustamente si esclude che in essa vi sia "pignoramento presso terzi": v. Cass. 13 marzo 1987, n. 2608 in *Giur. it* 1987, I, 1, 1739 e già Picardi, *op. cit.*, 586) è del pari irrilevante: la fase espropriativa, nei confronti del debitore, è già insita nella domanda di sostituzione, anche se questa è domanda intesa a sostituirsi nella fase distributiva di *un'altra esecuzione*, avviata contro *altro* debitore. Così pure non pare preoccupante, né sul piano qualificatorio né su quello sistematico e pratico, che si tratti di esecuzione senza precepto (ma il titolo, ed il *nulla executio sine titulo*, è ben altro).

spettiva di *par condicio* può minimante porsi essendo essi creditori di soggetti diversi.

In realtà Tizio creditore non titolato di Caio ha ben la possibilità, alla stregua del vigente ordinamento, di incidere sulla sfera patrimoniale di Sempronio a sua volta debitore di Caio, ma solo ed esclusivamente (ed almeno fino a quando non si procuri un titolo esecutivo, o situazione equipollente *ex art. 499*, nei confronti di Caio) mediante la via cautelare e conservativa del sequestro presso terzi, ovvero – e sul versante delle *actiones* o sostanziale che dir si voglia – mediante la via, di regola altrettanto “conservativa”, della surrogatoria.

Orbene, consentire a Tizio non titolato, il quale abbia ad esempio richiesto un sequestro conservativo nei confronti di Caio e se lo sia visto rigettare, di agire subito dopo e soddisfarsi addirittura esecutivamente nei confronti dello stesso Caio pur non essendosi ancora procurato il titolo, è altro assurdo manifesto (10).

E se Tizio non abbia chiesto il sequestro conservativo, consentirgli quale alternativa preferenziale rispetto alla tutela cautelare, la più ampia e soddisfattiva tutela *ex art. 511*, foss’anche funzionalmente al medesimo *periculum* – che il suo debitore, creditore di altri, da questi incassi in sede esecutiva e faccia tutto sparire – sarebbe solo apparentemente congruo e ragionevole ed in realtà assolutamente incongruo ed irragionevole. Il pericolo di perdere la garanzia del proprio credito, se esiste, esiste a prescindere dal mero accidente di una esecuzione già in corso, e già pervenuta alle soglie della fase distributiva, in cui il debitore figuri quale esecutante o interveniente. E se anche così non fosse non si vede perché da una tutela conservativa, ben idonea a rimediare a quel pericolo, dovrebbe passarsi d’un balzo ad una tutela soddisfattiva.

Perfino la eccezionalmente ammessa funzione ultraconservativa ed invece esecutivo-satisfattiva dell’azione surrogatoria (11) non altera i termini del discorso, bensì li conferma (12).

In primo luogo, quella funzione si esplica, nei suoi effettivi esiti, in modo solo

(10) Vieppiù ove si consideri che il sequestro conservativo rifiutato avrebbe potuto essere eseguito proprio ed anche presso quel terzo, *debitor debitoris*, da cui, in definitiva, il *creditor creditoris* otterrebbe addirittura i denari sonanti in fase distributiva, se lo si legittimasse a “rimediare” (alla reiezione o mancata proposizione della istanza cautelare) mediante la domanda di sostituzione *ex art. 511*.

(11) Cass. n. 1435/1978, Cass. n. 723/1995 in *Giust. civ.* 1995, I, 1218 ss. ed altre, nonché, in relazione alla insinuazione al passivo nel fallimento, Cass. n. 1647/1997. In proposito si vedano le classiche considerazioni di Nicolò, in *Commentario Scialoja-Branca, Tutela dei diritti*, 1953, 14, e di Sacco, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Torino 1955, 83 ss., nonché più di recente Tagliaferri, *Azione surrogatoria in funzione satisfattiva*, in *Quadrimestre* 1991, 128 ss.

(12) È appena il caso di osservare che il discorso comparativo che si sta per svolgere nel testo corre su piano ben diverso rispetto agli occasionali equivoci circa la riconducibilità della domanda di sostituzione alla azione surrogatoria in senso proprio (e al di là di singoli momenti “surrogatori” su cui v. *retro* la nota 9). Un chiaro superamento di quegli equivoci in Picardi, *op. cit.*, 581 ss.

nominalmente “esecutivo” o “satisfattivo” (lo si dice insomma solo relativisticamente rispetto al “*conservate* le sue ragioni” alternativo al “*soddisfatte*” nel testo dell’art. 2900 c.c.), ed in realtà ed ovviamente attraverso la semplice *condanna* diretta del terzo debitore in favore del *creditor creditoris* attore; altro è invece la diretta *percezione* delle somme in sede distributiva conseguente alla domanda di sostituzione *ex art. 511 c.p.c.*

In secondo luogo, una cosa è la cognizione piena ed ordinaria che precede sempre ed anzi *a fortiori* (13) l’esplicazione della c.d. funzione esecutivo-satisfattiva dell’azione surrogatoria; altra cosa è la cognizione eventuale affidata alla soluzione delle “controversie distributive” o alla pronuncia sulla opposizione agli atti, a seconda di quale delle due vie si ritenga consona a dirimere le contestazioni del credito posto a fondamento della domanda di sostituzione *ex art. 511* (14).

Che poi questa semplice contestazione potrebbe comunque risultare idonea (non a bloccare la distribuzione delle somme agli altri creditori concorrenti, visto l’esplicito disposto dell’art. 511, c. 2°, ma sì) a sospendere la distribuzione a favore del *creditor creditoris* interveniente senza titolo *ex art. 511*, conta ben poco, visto che sarebbe altresì impedita la distribuzione anche in favore del debitore di quest’ultimo ed originario esecutante o concorrente nella originaria esecuzione. Ed il problema è appunto se anche questo solo momentaneo sacrificio delle ragioni creditorie di costui, già pervenute alla soglia della soddisfazione coattiva, sia giusto e legittimo sulla base di una aggressione esecutiva non titolata da parte di un suo presunto creditore.

Ciò richiama altro profilo significativo di confronto con l’accoglimento della azione surrogatoria con funzione esecutivo-satisfattiva.

Lì il convenuto debitore principale viene “espropriato” della condanna che gli perterrebbe verso il *debitor debitoris*, la quale è emanata direttamente in favore del suo creditore, ma il presupposto di tutto ciò è pur sempre la sua inerzia, e cioè il disinteresse almeno oggettivo ed apparente dell’“espropriato”, ed il viatico di tale “espropriazione” – si ripete – è pur sempre una cognizione piena ed ordinaria sul diritto di credito dell’attore in surrogatoria.

Qui – nel caso della domanda di sostituzione *ex art. 511* ove la si ritenesse spiegabile anche da creditore non titolato – si avrebbe una “espropriazione” o per lo

(13) *A fortiori* perché, in tal caso, l’accertamento del diritto di credito dell’attore in surrogatoria trasforma dal piano della legittimazione a quella del merito in senso stretto.

(14) Nel primo senso ad es. Satta, *Commentario*, cit., III, 210, Bonsignori, *Assegnazione forzata*, cit., 275, Vincre, *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato*, Padova 2010, 156. Nel secondo senso invece Cass. 19 ottobre 2006, n. 22409, Cass. 20 settembre 2012, n. 15932. Quanto alla diversità, comunque, rispetto alla cognizione ordinaria precedente l’accoglimento di una azione surrogatoria in funzione esecutivo-satisfattiva, che si è evidenziata nel testo, è significativo come alcuni autorevolmente ritenessero in passato necessaria la cognizione ordinaria per risolvere le contestazioni relative alle domande di sostituzione *ex art. 511* (cfr. lo stesso Piccardi, *La domanda di sostituzione*, cit., 603 e Satta, *L’esecuzione forzata*, Torino 1963, 190, prima del diverso avviso espresso nel *Commentario*, cit., 211).

meno (ed in caso di contestazione) una momentanea frustrazione delle ragioni di un creditore tutt'altro che inerte e disinteressato, sulla base di una semplice affermazione della sua posizione debitoria verso altri.

5. – È vero che tutti questi rilievi dovrebbero condurre ad affermare che anche in precedenza, e cioè all'epoca (felice per taluni infelice per altri) (15) in cui i creditori dell'unico debitore potevano tranquillamente partecipare alla vicenda espropriativa senza titolo, ciò non avrebbe dovuto essere consentito al *creditor creditoris* mediante domanda di sostituzione ex art. 511. Ed invece si riteneva allora, del tutto prevalentemente (16), il contrario, supportati dal silenzio, allora più significativo, dell'art. 511, ma andando incontro a mio avviso alle medesime aporie sistematiche appena segnalate.

Ma non è affatto detto che un errore passato, in termini di ricostruzione del sistema, debba necessariamente perpetuarsi.

A tacere del fatto che una deroga effettiva al principio *nulla executio sine titulo*, quale sarebbe l'intervento sostitutivo del *creditor creditoris* non titolato, avrebbe potuto forse e semmai essere elasticamente ammessa in un clima sistematico complessivo allora caratterizzato dall'intervento dei creditori non titolati ex art. 499, che di quel principio rappresentava non una deroga, ma sì una attenuazione giustificata dalla *par condicio* o almeno dalla *par condicio* in una delle sue due possibili declinazioni rilevanti; non invece oggi che l'attenuazione è venuta meno ed il principio ha ripreso piena espansione (bilanciata ma non negata e neppure minimamente affievolita, bensì confermata dalla moltiplicazione dei titoli stragiudiziali).

Resto però convinto che quello del passato fosse un errore e che anche la *communis opinio* di allora meritasse in pieno un ripensamento: oggi sicuramente più agevole, ma anche *illo tempore* assai autorevolmente suggerito (17).

Così come resto convinto che le pur acute ed argomentate soluzioni qualificatorie, che hanno visto a suo tempo nella sostituzione esecutiva ex art. 511 un procedimento cognitivo sommario (18) o un caso particolarissimo di surroga o subingresso del *creditor creditoris* nel diritto (processuale) del proprio debitore alla di-

(15) Si vedano, per tutte, le equilibrate riflessioni di Tarzia, *Par aut dispar condicio creditorum*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 9 ss.

(16) Cfr. solo a titolo di esempio, Bonsignori, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 278, Bucolo, *Il processo esecutivo ordinario*, Padova 1994, 429, e numerosi altri; v. altresì la giurisprudenza menzionata *supra* alla nota 3.

(17) Si rammenti che (fra pochissimi altri) già Carnelutti, *Processo di esecuzione*, Padova 1932, 141, prospettava una interpretazione correttiva dell'anch'esso silenzioso art. 715 del c.p.c. del 1865 (corrispondente all'attuale art. 511), di talché al creditore istante in sostituzione fosse richiesto il possesso del titolo (si veda per indicazioni di altre risalenti voci conformi e circa il successivo e diffuso prevalere della diversa opinione, Picardi, *op. cit.*, 585, nota 3).

(18) Così Capponi, *La cognizione nella domanda di sostituzione nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. civ.* 1987, II, 717 ss.

stribuzione (19), non fossero (né possano essere oggi) di supporto alla criticata *communis opinio* bensì da essa muovessero quale presupposto o se si vuole ad essa si arrendessero.

La prima concezione giustifica e “salva” con il connotato della cognizione monitoria la intrusione immediata del creditore senza titolo, ma è una ben strana cognizione quella che in buona sostanza reca in mano a quel creditore non una condanna bensì i denari.

Il secondo inquadramento è probabilmente il più calzante sul piano sostanzialistico e statico. Senonché, una volta ricondotta la posizione del creditore di un creditore esecutante (o comunque avente diritto alla distribuzione) ad uno degli “altri casi” di surrogazione *ex lege* cui fa rinvio l’art. 1203, n. 5 c.c., è ancora tutto da verificare se il conseguente diritto all’esecuzione del *creditor creditoris* sussista a prescindere da un titolo esecutivo e sulla base di una semplice affermazione, e cioè se sulla base di tale semplice affermazione della sua posizione di *creditor creditoris* avente diritto alla surroga egli possa aggredire coattivamente le somme da distribuire.

Lo stesso Picardi – che pure condivideva *en passant*, all’epoca, l’opinione assolutamente dominante secondo cui per l’intervenuto sostitutivo *ex art.* 511 non era necessario il possesso del titolo e per tale ragione rifiutava, pur ritenendola meno problematica di altre, la qualificazione della domanda di sostituzione come azione esecutiva (20) – ricordava significativamente (21) come la dottrina tedesca storica rimediassero all’assenza di previsioni analoghe al nostro attuale art. 511 configurando *tout court* un pignoramento del *creditor creditoris* sul “*ricavato spettante al creditore che ha iniziato l’azione esecutiva*”: alternativa funzionale e pratica alla domanda di sostituzione era dunque in tutto e per tutto una azione esecutiva. Ed altresì ricostruiva (22) l’evoluzione che mena della “*opposition en sous-ordre*” dell’“antico diritto francese” alle legislazioni italiane pre-unitarie, e poi all’art. 715 del nostro codice del 1865 fino all’attuale art. 511. Ebbene – e per quanto la cosa sia ovviamente ben più complessa rispetto a questa sintetica semplificazione – il “*sous-ordre*” nasce, nell’esecuzione immobiliare, come strumento di soddisfacimento immediato del creditore ipotecario il cui debitore sia a sua volta creditore esecutante avente diritto alla distribuzione (strumento innestato sul tronco della “*opposition à fin de conserver*” spiegata, in guisa d’intervento, dal creditore ipotecario del debitore esecutato onde evitare il pregiudizievole effetto purgativo), nasce cioè a tutela *immediatamente satisfattiva* di creditore che oggi e fin secondo l’attuale art. 499 c.p.c. non avrebbe alcuna necessità del titolo per partecipare alla esecuzione iniziata da altri.

Che poi l’art. 511 abbia imboccato strada diversa e più estesa – di tutela sati-

(19) Così Picardi, *op. cit.*, 593 ss.

(20) Picardi, *op. cit.*, 585.

(21) Picardi, *op. cit.*, 574.

(22) Picardi, *op. cit.*, 575 ss. nel testo e in nota.

sfattiva e semplificatoria del creditore, del tutto a prescindere dalle ragioni ipotecarie e dalla esecuzione immobiliare – non sposta a mio avviso i termini logici del problema, e cioè da un lato la considerazione della funzione reale dell’istituto, immediatamente esecutivo-satisfattiva a spese dell’avente diritto alla distribuzione, che di questa viene in tutto o in parte “espropriato”, dall’altro la necessità di chiedersi, *dopo* questa constatazione evidente, se una simile azione esecutiva possa ammettersi senza titolo (o situazione equipollente), e non il contrario: muovere cioè del silenzio dell’art. 511 riguardo al titolo e concludere che dunque ciò che in esso è previsto non può essere azione esecutiva.

In definitiva pare a me che o si bada, per così dire, all’“estrinseco” e cioè alla esteriore affinità fra “intervento sostitutivo” del *creditor creditoris ex* art. 511 ed intervento dei creditori nell’espropriazione, ed allora è ben difficile non assoggettarli entrambi ai medesimi requisiti ed oggi dunque alla necessità del titolo; ovvero, e com’è sicuramente più appropriato, si bada all’“intrinseco” e cioè – per usare le parole della stessa Cass. n. 8001/2015 citata in apertura – alla “*sostanziale diversità di natura fra l’intervento spiegato ai sensi dell’art. 499 c.p.c. e quello spiegato ai sensi dell’art. 511 c.p.c.*”. Ma allora, ben al di là di una qualche fretta palesata dalla Suprema Corte e se si guarda alla sostanza delle cose, proprio da tale diversità di natura dovrebbe desumersi la necessità del titolo per le ragioni generali e di principio legate al *nulla executio* che si sono dette, ed a prescindere dalla scelta contingente che il legislatore dedichi al “normale” intervento dei creditori. In questa prospettiva, dunque, la scelta attuale in proposito restrittiva rappresenta solo una occasione, estrinseca appunto, per ripensare ciò che anche *illo tempore*, a mio sommessissimo avviso, avrebbe dovuto essere ripensato a proposito della domanda di sostituzione *ex* art. 511.

ANTONIO BRIGUGLIO
Professore ordinario
nell’Università di Roma «Tor Vergata»