

RASSEGNA DELL'ESECUZIONE FORZATA

Anno V

3/2023



Edizioni Scientifiche Italiane

Rassegna dell'esecuzione forzata

Rivista trimestrale

Direttori

Romano Vaccarella - Bruno Sassani - Bruno Capponi

Comitato Scientifico

Giampiero Balena, Giuseppina Luciana Barreca, Salvatore Boccagna, Loïc Cadiet (Paris Panthéon-Sorbonne), Augusto Chizzini, Ernesto Fabiani, Enrico Gabrielli, Mariacarla Giorgetti, Stefan Huber (Tübingen), Anne Leborgne (Aix-Marseille), Francesco Paolo Luiso, Salvatore Mazzamuto, Elena Merlin, Giuseppe Miccolis, Massimo Montanari, Girolamo Monteleone, Renato Oriani, Achille Saletti, Óscar Andrés Silva Álvarez (Valparaíso), Fabio Santangeli, Alfredo Storto, Michele Tamponi, Enzo Vullo

Coordinatore

Roberta Tiscini

Comitato per la valutazione

Ferruccio Auletta, Gian Paolo Califano, Remo Caponi, Claudio Cecchella, Michele Comastri, Ulisse Corea, Domenico Dalfino, Clarice Delle Donne, Marco De Cristofaro, Angelo Danilo De Santis, Andrea Giussani, Roberto Martino, Antonio Maria Marzocco, Aniello Merone, Juan Montero Aroca (Valencia), Alessandro Motto, Andrea Panzarola, Giuseppe Trisorio Liuzzi

Capo Redattore

Gabriella Tota

Comitato di redazione

Massimiliana Battagliese, Valentina Bertoldi, Alessio Bonafine, Ennio Cavuoto, Massimo Cirulli, Vincenzo De Carolis, Luigi De Propriis, Barbara Desantis, Arianna Di Bernardo, Alessandro Fabbi, Marco Farina, Pasqualina Farina, Maria Laura Guarnieri, Rosaria Giordano, Piergiuseppe Lai, Biagio Limongi, Pasquale Liccardo, Paola Licci, Daniela Longo, Mario Montanaro, Giulia Mazzaferro, Giulio Nardo, Chiara Petrillo, Monica Pilloni, Francesco Porcari, Pasquale Pucciariello, Sergio Rossetti, Silvia Rusciano, Giuseppe Santagada, Fabio Valerini, Francesco Vigorito, Ignazio Zingales

Segretaria di redazione

Giuseppina Fanelli

Hanno collaborato a questo fascicolo

A. ANIELLO, dottore di ricerca dir. proc. civ. Univ. Roma «Sapienza»; A. BONAFINE, ric. dir. proc. civ. Università Bari «Lum»; C. BRIGUGLIO, dottoranda di ricerca dir. proc. civ. Univ. Roma «Sapienza»; B. CAPPONI, ord. dir. proc. civ. a riposo; avvocato; U. COREA, ass. dir. proc. civ. Univ. Roma «Tor Vergata»; G. IACONO, avvocato, dottore di ricerca scienze econ. civ. gov. ist. storia Univ. «Lumsa»; M. FARINA, avvocato, dottore di ricerca dir. proc. civ. Univ. Roma «Sapienza»; R. GIORDANO, Consigliere della Corte di cassazione; B. SASSANI, emerito dir. proc. civ. Univ. Roma «Tor Vergata»; R. TISCINI, ord. dir. proc. civ. Roma «Sapienza»; G. TOTA, ric. dir. proc. civ. Univ. Roma «Unitelma Sapienza»; L. TRIGLIONE, magistrato; A. SALETTI, già ord. dir. proc. civ. Univ. Milano; G. SCARSELLI, ord. dir. proc. civ. Univ. Siena; R. VACCARELLA, emerito dir. proc. civ. Univ. Roma «Sapienza»

I contributi pubblicati in questo fascicolo sono sottoposti a procedure esterne di revisione tra pari secondo il metodo del *double blind peer review*.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 16 del 9 aprile 2019

Responsabile: Romano Vaccarella

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6 ottobre 1978.

INDICE DEL FASCICOLO
3/2023 (luglio-settembre)

Editoriale 511

DOTTRINA

- R. TISCINI, *Rileggere Salvatore Pugliatti, «Esecuzione forzata e diritto sostanziale»* 519
A. BONAFINE, *Su alcuni profili processuali del sovraindebitamento della famiglia nel CCII* 593
L. TRIGLIONE, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari gravanti su immobili pignorati adibiti ad abitazione principale del debitore esecutato* 631

NOTE A SENTENZE

- R. GIORDANO, *Il giudice dell'esecuzione che ha deciso sull'estinzione non può far parte del collegio del reclamo contro il provvedimento, ovvero l'imparzialità del giudice presa troppo sul serio* (nota a Corte cost. 17 marzo 2023, n. 45) 655
B. CAPPONI, *Condizionamento del diritto rappresentato nel titolo esecutivo o dell'azione esecutiva?* (nota a Cass., sez. III, 14 febbraio 2022, n. 4688) 673
A. SALETTI, *Natura e regime dell'accertamento dell'obbligo del terzo pignorato effettuato dal giudice dell'esecuzione* (nota a Cass., sez. III, 25 luglio 2022, n. 23123) 685
A. ANIELLO, *Per il riconoscimento del rimedio inibitorio avverso la sentenza di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo* (nota a App. Potenza 18 gennaio 2022) 711

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

G. SCARSELLI, a proposito di <i>B. Capponi</i>	725
C. BRIGUGLIO, a proposito di <i>M. Fabiani</i>	738

OSSERVATORIO

Procedure di regolazione della crisi d'impresa e dell'insolvenza

a cura di Ulisse Corea e Marco Farina

Cass. (ord.), sez. II, 26 agosto 2023, n. 25393	745
Cass., sez. II, 26 settembre 2023, n. 27346	747
Cass. (ord.), sez. I, 2 ottobre 2023, n. 27688	749
Cass. (ord.), sez. I, 2 ottobre 2023, n. 27770	751

Corte di Cassazione

a cura di Gabriella Tota

Cass., sez. III, 9 maggio 2023, n. 12466	755
Cass. (ord.), sez. III, 17 maggio 2023, n. 13487	758
Cass. (ord.), sez. III, 7 giugno 2023, n. 16005	760

Giurisprudenza di merito

a cura di Gabriele Iacono

Trib. Ivrea (ord.) 16 maggio 2023	763
Trib. Palermo (ord.), sez. VI, 26 maggio 2023	765
Trib. Larino (ord.) 28 giugno 2023	767
Trib. Verona (ord.), sez. II, 6 luglio 2023	768

EDITORIALE

Nell'editoriale apparso sul quarto numero del 2021, i Direttori della *Rassegna* avevano fatto il punto sull'applicazione dell'*astreinte* nel nostro ordinamento, giungendo alla conclusione che la stessa stentasse ancora a marciare, essendo rimasta negletta dagli avvocati e accolta timidamente dai giudici. Essi si interrogavano quindi sulle cause di tale fenomeno, provando a indicare delle soluzioni.

In merito alle cause, il principale problema veniva individuato nella collocazione della misura coercitiva a monte, ossia nella fase di cognizione, quale appendice della pronuncia di condanna. E ciò sul rilievo che la cognizione nel nostro sistema costituisce un mondo separato dall'attività esecutiva, di cui il giudice, al momento in cui pronuncia il provvedimento, non si cura. Inoltre, la necessaria contestualità con la condanna non solo tagliava fuori dalla coercizione indiretta i titoli esecutivi stragiudiziali, ma impediva la modulazione dell'*astreinte* rispetto ai fatti successivi alla sua irrogazione.

Un secondo problema, che certamente ha avuto un ruolo decisivo nel raffreddare gli entusiasmi degli operatori, è connesso alla mancata disciplina della fase liquidatoria della penality, non essendosi seguito il modello francese che prevede la possibilità di rivolgersi a tal fine al giudice dell'esecuzione: con la conseguenza che la sua liquidazione è stata implicitamente rimessa allo stesso creditore che vi deve provvedere indicando l'importo (a suo dire) dovuto nell'atto di precetto, finendo in tal modo con il trasferire sul giudice dell'opposizione all'esecuzione le spesso inevitabili contestazioni del debitore.

A ciò si aggiunga che tale soluzione neppure è stata pacificamente accolta in giurisprudenza, essendosi formato un nutrito orientamento (per vero criticabile e criticato) che ha inteso onerare il creditore di adire nuovamente il giudice della cognizione per integrare quel requisito di liquidità che l'art. 614-*bis* c.p.c. invero già chiaramente riconosce alla

misura sin dalla sua emanazione. Il che rende defatigante il percorso che il creditore deve compiere per ottenere in tempi rapidi la tutela del suo buon diritto, rendendolo finanche intollerabile se applicato alle *astreintes* accessorie a un provvedimento cautelare.

Quanto ai rimedi per invertire la rotta, in quell'Editoriale si auspicava anzitutto che l'*astreinte* potesse divenire uno strumento generale di assistenza di tutti i titoli esecutivi, ivi ricompresi quelli stragiudiziali. In secondo luogo, si invitava il legislatore, ferma restando la competenza del giudice della cognizione, a dotare di un analogo potere di concedere il provvedimento anche il giudice dell'esecuzione. Infine, si segnalava l'opportunità di riconoscere a quest'ultimo anche il potere di liquidazione della somma, pure nelle ipotesi in cui la misura fosse stata già irrogata dal giudice della cognizione, nell'ambito di un processo sommario in contraddittorio.

Sappiamo che la legge delega sulla riforma del processo civile e il d.lgs. 149/2022, che vi ha dato attuazione, solo in parte hanno posto rimedio alle criticità del sistema previgente.

Un primo intervento previsto dalla delega, come noto, ha riguardato la revisione dei criteri di determinazione della somma, nell'ottica di contenere la discrezionalità del giudice. Il decreto delegato, dopo aver confermato i criteri già previsti dal vecchio testo (slittati al quarto comma) vi ha aggiunto quello del «vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento» ma non ha previsto una cornice editale all'interno della quale il giudice può operare. Al contempo, si è opportunamente stabilito che questi possa almeno fissare la decorrenza (onde concedere al soccombente il tempo necessario ad adempiere) e il termine di durata della misura «tenendo conto della finalità della stessa e di ogni circostanza utile», termine oltre il quale l'*astreinte* perderà efficacia e al creditore non resterà che incamerare le somme (se necessario previa espropriazione dell'obbligato) e agire per le ulteriori conseguenze risarcitorie.

Si è, poi, tentato di dare una risposta a una delle principali criticità dell'istituto, consistente nella collocazione della misura compulsiva nella sola fase di cognizione. Tuttavia, l'intervento risulta limitato all'attribuzione di una competenza ulteriore a concedere la misura al giudice dell'esecuzione, nei soli casi in cui il creditore non l'abbia richiesta nel processo di cognizione o il titolo esecutivo sia diverso da un provvedimento di condanna.

In altre parole, il giudice dell'esecuzione può essere adito solo in alternativa al giudice della cognizione o in forza di un titolo esecutivo stragiudiziale (così sanando la precedente lacuna), seguendo il proce-

dimento di cui all'art. 612 c.p.c., ovvero quello per l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare che, per la duttilità delle sue caratteristiche e il ruolo centrale che vi assume il giudice, si confà meglio di ogni altro all'istituto. Naturalmente, i presupposti e i criteri di determinazione del *quantum* della misura coercitiva sono i medesimi di quelli applicati dal giudice della cognizione.

Non potrà invece ricorrersi al giudice dell'esecuzione in caso di rigetto dell'istanza in sede di cognizione e neppure in caso di omessa pronuncia, né è previsto che lo stesso possa modificare la misura coercitiva già fissata dal giudice della cognizione.

Infine, non è stato risolto il problema della liquidazione della misura già irrogata in sede di cognizione, come invece si era auspicato sulla scorta dell'esperienza francese. Pertanto, ancora oggi l'art. 614-*bis* c.p.c. non prevede una fase liquidatoria del provvedimento emesso dal giudice della cognizione insieme alla condanna, che continua a essere qualificato come «titolo esecutivo», lasciando irrisolti i dubbi circa le corrette modalità da seguire.

La duplice competenza a emettere la misura coercitiva si riflette, poi, nella duplicità dei rimedi. Se il provvedimento è ancillare alla condanna, esso dovrà essere oggetto di tempestiva impugnazione secondo le regole ordinarie; mentre là dove sia irrogato dal giudice dell'esecuzione, dopo la notifica del precetto, il debitore (come il creditore, se intenda contestare il rigetto dell'istanza o la quantificazione della somma) potrà far ricorso all'opposizione agli atti esecutivi, ferma restando la sua facoltà di proporre opposizione all'esecuzione prima ancora che il giudice si pronunci, ove si contesti il diritto del creditore di procedere a esecuzione forzata.

L'attribuzione della competenza a irrogare la misura al giudice dell'esecuzione, inoltre, ripropone e rilancia la questione, già dibattuta, della natura dell'*astreinte*: provvedimento di indole processuale, e precisamente esecutiva, o appartenente alla giurisdizione cognitiva?

Nel primo senso, si è sostenuto che la parte della sentenza con cui viene irrogata la misura ha un contenuto di rito, non essendo configurabile un diritto sostanziale a ottenere la misura coercitiva. L'aver attribuito al giudice dell'esecuzione il potere di emettere l'*astreinte*, oltre a correggere quello che si è affermato essere un errore del legislatore del tempo, confermerebbe la natura puramente esecutiva, e non dichiarativa, del provvedimento (Luiso). Altri vi hanno visto invece un provvedimento cui corrisponde un autonomo diritto soggettivo (traendone la conseguenza di sottoporre la relativa istanza alle preclusioni processuali valevoli per le domande), o comunque un istituto della cognizione assi-

milato alla condanna in futuro o a quella condizionale (Capponi) la cui natura non cessa di essere “sostanziale” essendo pur sempre accessoria al diritto principale azionato (Sassani). In questa seconda prospettiva, l'istituto rimarrebbe di natura cognitiva anche qualora si volesse riconoscere all'*astreinte* la natura di “sanzione civile” o nei casi in cui la misura venga erogata nella sede del processo esecutivo, considerate le crescenti situazioni in cui la legge assegna al giudice dell'esecuzione poteri cognitivi veri e propri. Altri ancora ritengono infine che, ove emesso dal giudice dell'esecuzione, il provvedimento non sia assimilabile a quello pronunciato con la condanna in sede cognitiva, limitandosi a integrare il titolo esecutivo già esistente con la misura accessoria (Carratta).

Quale che sia la soluzione sistematicamente più corretta, è certa la netta distinzione delle misure di coazione rispetto all'esecuzione forzata diretta: quest'ultima, infatti, non mira a ottenere l'adempimento dell'obbligazione dal debitore (ancorché sotto la pressione della misura coercitiva), ma il medesimo risultato della prestazione ivi dedotta attraverso la surrogazione dell'apparato dello Stato. Inoltre, mentre l'esecuzione forzata non è una sanzione, essendo diretta a conseguire il bene dovuto mediante surrogazione del debitore, le misure di coercizione presentano anche un profilo sanzionatorio poiché premono sulla volontà dell'obbligato affinché questi adempia.

In comune con l'esecuzione forzata, l'esecuzione c.d. indiretta ha tuttavia l'uso della forza, sebbene praticato in modo diverso: laddove la minaccia della sanzione induca effettivamente il debitore a dar seguito al precetto contenuto nella condanna non può parlarsi di adempimento spontaneo, proprio in quanto la volontà dell'obbligato è stata coartata dalla misura in esame. È per questa ragione che il principio *nemo ad factum praecise cogi potest* si è affermato non tanto con riferimento all'esecuzione diretta ma proprio in relazione all'esecuzione indiretta degli obblighi di fare (Chiarloni). Ciò comporta la necessità di non trascurare l'aspetto relativo ai limiti della coercibilità indiretta, pur dovendosi auspicare una diffusione e applicazione delle misure in esame maggiore di quella che si è sin qui verificata, per i motivi sopra sommariamente indicati.

Sotto questo profilo, va detto che il tema delle misure coercitive si lega a quello dell'ampiezza della tutela di condanna in forma specifica¹.

¹ Per un approfondimento, mi si permetta il rinvio a COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, Pisa, 2023.

Se nei codici del 1940 l'analisi delle norme che prevedevano l'esecuzione in forma specifica, unitamente alla mancanza di un sistema di misure di coercizione indiretta, induceva a escludere la stessa possibilità di una tutela di condanna (in sede cognitiva) laddove questa non fosse stata suscettibile di surrogazione a opera di terzi (in sede esecutiva), le tensioni dell'ordinamento verso una tutela specifica si fecero poi più pressanti al cospetto della necessità di vedere attuati diritti dotati di protezione costituzionale e, più in generale, al lume del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Ciò nonostante, i ristretti limiti della tutela esecutiva continuarono a impedire un ampliamento della tutela specifica fino a quando non vennero introdotte le misure di esecuzione indiretta di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., originariamente limitate all'attuazione degli obblighi di *facere* infungibili e poi estese a tutti gli altri obblighi a eccezione di quelli aventi a oggetto il pagamento di somme di denaro.

Questa previsione – certamente di notevole portata sistematica – è stata interpretata, dalla dottrina prevalente, come il definitivo superamento della teorica della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata. Dopo un primo periodo in cui il dibattito era tornato ad alimentarsi sul concetto di infungibilità della prestazione, da cui dipendeva l'applicazione stessa della misura coercitiva, a seguito della riforma del 2015 la portata del nuovo istituto ha assunto contorni ancor più ampi e indefiniti. Tutte le condanne sono suscettibili di essere rafforzate dalla misura di coercizione, *ergo* sembra inverarsi l'affermazione chiovendiana secondo cui si può essere condannati a qualsiasi prestazione. Ma è davvero così?

Occorre ricordare che il concetto di infungibilità era stato inteso variamente in dottrina. Accanto a manifestazioni di infungibilità legate alla natura della prestazione (diversa dalla realizzazione di un'opera materiale di cui si legge nell'art. 612 c.p.c.) o all'interesse del creditore derivante dall'*intuitus personae*, o comunque all'obiettivo regolamento contrattuale, ulteriori elementi rivelatori della infungibilità derivavano da divieti inderogabili dell'ordinamento (riduzione in schiavitù, soggezione al potere altrui, *status* familiari) o più in generale da sfere di autonomia e libertà non coercibili in quanto protette al più alto livello costituzionale. Se le prime manifestazioni riguardano più da vicino la possibilità di accedere agli strumenti di esecuzione diretta degli obblighi di fare, le seconde attengono certamente anche a questa sfera ma oggi toccano soprattutto il tema della coercibilità indiretta.

Una volta che il nostro sistema è stato dotato di un apparato di misu-

re coercitive di applicazione pressoché generale, i concetti di «infungibilità» e di «incoercibilità» (un tempo equivalenti) tornano a separarsi, connotando l'uno la sola esecuzione diretta, l'altro quella indiretta, a prescindere, quest'ultimo, dalla fungibilità della prestazione. Se l'infungibilità non limita più la possibilità di una tutela in forma specifica in sede di cognizione, consentendo l'emissione di un provvedimento di condanna che il giudice potrà (o meno) corredare della comminatoria per rafforzarne l'effettività, l'incoercibilità invece rimane un limite insuperabile sul piano sostanziale, escludendo che il giudice possa emettere il provvedimento di condanna all'adempimento in natura.

Il concetto di incoercibilità esprime così la contrarietà dell'ordinamento a una forma di tutela specifica che contrasti con diritti e libertà che possono risultare prevalenti e meritevoli di maggior tutela. Nonostante gli sforzi di una parte della dottrina, la mancata dimostrazione dell'esistenza, ricavabile dalla legge ordinaria, di un principio di priorità dell'adempimento in natura sul versante dei rapporti obbligatori, conduce alla neutralità del sistema rispetto alle opzioni della tutela specifica o per equivalente, fatti salvi i casi in cui sia stato il legislatore a prediligere l'utilizzo dell'uno o dell'altro rimedio. In mancanza, non è invocabile l'art. 24 Cost. per conseguire necessariamente la tutela in forma specifica, posto che tale articolo nulla dice circa la natura del rimedio esperibile in concreto se non che deve essere effettivo; e a non diversi risultati si giunge al lume dei Trattati, della Carta e della Convenzione europee.

Una volta ammessa la condanna a prestazioni infungibili, il limite che un tempo era rappresentato dalla infungibilità/insurrogabilità in sede esecutiva, deve pertanto oggi rinvenirsi nella incoercibilità di alcune prestazioni, ricavabile dalle indicazioni provenienti dalla legge sostanziale o dai principi costituzionali.

Se ne trae che l'esistenza di una disposizione generale che disciplina le misure di coercizione indiretta (come l'art. 614-*bis*), che certamente rafforza l'effettività della condanna, non comporta anche un ampliamento della tutela condannatoria, dovendosi escludere una lettura di tale norma in chiave "rimediale", ovvero in funzione di attribuzione al giudice del potere di selezionare gli interessi bisognosi di tutela e di apprestare (dal basso) le conseguenti forme di tutela più acconce. In altre parole, l'esistenza del "rimedio processuale" non può essere utilizzata per piegare nel senso della tutela specifica la disciplina ricavabile dalla legge sostanziale.

La concreta erogabilità della misura coercitiva è dunque sottoposta a

un duplice livello di controlli. In primo luogo, alla stessa ammissibilità della tutela di condanna in forma specifica; in secondo luogo, all'operatività della clausola di non manifesta iniquità il cui ruolo, in questa corretta prospettiva, diventa assai più nitido.

Essa non ha nulla a che vedere con l'ammissibilità della tutela specifica, tema che il giudice deve affrontare e risolvere esclusivamente alla luce della disciplina sostanziale. Essa non rappresenta altro, allora, che una valvola di chiusura che consente al giudice di non irrogare la comminatoria solo laddove quest'ultima, seppur astrattamente erogabile, non potrebbe, secondo le circostanze, svolgere la funzione complessiva per la quale è stata pensata: ad esempio, nei casi in cui appaia ingiustamente vessatoria per la temporanea impossibilità di adempiere da parte del debitore.

L'attenzione ai limiti dell'esecuzione indiretta non deve, però, precluderci l'opportunità di intravedere le sue potenzialità espansive, da ricercarsi nella possibilità che le misure di coercizione possano assistere, sempre nel rispetto dei limiti evidenziati, un provvedimento di tenore dichiarativo o costitutivo a presidio di obblighi che non sfocino in autonomi capi condannatori e non siano attuabili mediante l'esecuzione forzata. Un orizzonte (*de jure condendo*) che potrebbe essere facilitato se si iniziasse seriamente a riflettere sulla capacità della sentenza di primo grado di esprimere immediatamente i propri effetti, diversi da quelli meramente esecutivi, quante volte detta sentenza contenga statuizioni (dichiarative o costitutive) suscettibili o bisognose di attuazione nel mondo materiale; e che non pare più così distante, una volta che la nozione di condanna non ruoti più attorno alla sua natura di titolo esecutivo, come diversi indici, tra cui l'art. 614-*bis* c.p.c., sembrano ormai presupporre.

ULISSE COREA