

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Progressivo ridimensionamento del dogma "nulla executio sine titulo".

Articolo di **Salvatore MAGRA**

La regola "nulla executio sine titulo" convive con il principio secondo cui è necessario un accertamento del fondamento dell'azione esecutiva, il quale viene cristallizzato nel titolo esecutivo. Si tratta di una priorità logica, la quale può anche non esser contestualmente cronologica, nel senso che l'accertamento giudiziale afferente al fondamento dell'azione esecutiva può essere successivo rispetto al perfezionamento del titolo (si pensi a un'esecuzione introdotta mediante titolo stragiudiziale, ov'essa sia impugnata tramite

opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., la quale può essere effettuata anche quando siano stati compiuti vari atti di esecuzione. In tal senso può essere efficace l'esempio di titoli originariamente in bianco riempiti abusivamente e usati per effettuare un'azione esecutiva.

Può osservarsi che, nel periodo più recente, si assiste a una cesura maggiormente intensa tra cognizione ed esecuzione. In una prima fase, il titolo esecutivo si è sviluppato come una "diga" fra accertamento del diritto in sede di cognizione e attuazione della tutela soddisfattiva. Il coefficiente di accertamento necessario perché si produca un titolo esecutivo è divenuto progressivamente meno intenso, anche in rapporto all'attenuazione del nesso di strumentalità fra tutela cautelare e tutela rappresentata dalla cognizione. In ogni caso, queste affermazioni vanno rigorosamente coordinate con la normativa sul giusto processo, dal cui esame si comprende come l'art. 111 Cost., per ovvie ragioni vada esteso anche al processo esecutivo. Va aggiunto che l'esegesi contestuale dell'art. 2910 c.civ. e dell'art. 474 c.p.c. porta a configurare una tendenziale corrispondenza fra esecutività e condanna. Può accadere che l'esecutività sia anticipata a una fase anteriore a tale passaggio.

La partecipazione all'esecuzione forzata si fonda sulla parità di trattamento fra i creditori, sia che abbiano un titolo esecutivo, sia che non dispongano di questo, per quanto attiene alla fase soddisfattiva della procedura.

La Riforma del processo civile, attuata con le leggi n. 80 e 263 del 2005, ha ampliato lo spettro dei provvedimenti rientranti nell'ambito della nozione di titolo esecutivo. L'art 474, nella nuova formulazione, rende più ampia la categoria, statuendo ellitticamente che anche dei provvedimenti provvisori inidonei al giudicato possano assumere la natura di titolo esecutivo (ma è più esatto affermare che tale orientamento del Legislatore si è consolidato con la disciplina del 2005, anche se già prima di essa traspariva e v. *infra*), sganciando

pertanto in modo sempre più intenso l'istituto in esame dalla necessità del passaggio in giudicato e, pertanto, dalla pienezza dell'accertamento giurisdizionale. E' opportuno ragionare sull'intero testo dell'art. 474 c.p.c., che si riporta: «L'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.

Sono titoli esecutivi:

1. *le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva;*
2. *le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la sua stessa efficacia;*
3. *gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli.*

L'esecuzione forzata per consegna o rilascio non può aver luogo che in virtù dei titoli esecutivi di cui ai numeri 1) e 3) del secondo comma. Il precetto deve contenere trascrizione integrale, ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, delle scritture private autenticate di cui al numero 2) del secondo comma».

Proprio l'ultimo c. dell'art. 474 fa comprendere che la scrittura privata autenticata possa essere utilizzata, per promuovere l'azione esecutiva con riferimento a un credito, ma non con riferimento a un'esecuzione per consegna o rilascio.

Il n. 1) dell'art. 474 statuisce che rientrano fra i titoli esecutivi *le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva*. Ne discende una tendenza ad ampliare la categoria, che non ricomprende più solo i provvedimenti in senso proprio, ma anche gli atti. La circostanza che sia stata estesa l'attribuzione della qualità di titolo esecutivo anche alle scritture

private autenticate può porre la problematica di una corretta delimitazione della nozione di atti, cui sia giuridicamente collegabile la qualità di titolo esecutivo, nel senso di includere all'interno della categoria solo gli atti di matrice negoziale (si tratta di un'ipotesi ermeneutica di lavoro), anche se la disciplina, per come è impostata, non fornisce una soluzione definitiva al quesito.

Può riflettersi sulla disciplina dell'ordinanza per il pagamento di somme non contestate ex art. 186 bis c.p.c., secondo cui *«Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo. L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma»*. La non contestazione è presupposto anche per l'emanazione di altri titoli giudiziali, come l'ordinanza di convalida di licenza o sfratto (art. 663) e la stessa è il presupposto per la definitività del decreto ingiuntivo (art. 647 c.p.c.), ma in queste ipotesi la "non contestazione" si atteggia diversamente, perché costituisce un presupposto della formazione di titoli aventi piena efficacia di giudicato.

La mancata contestazione di cui all'art. 186 bis può consistere nell'ammissione, implicita o esplicita, dei fatti, che costituiscono il presupposto della domanda di pagamento, o nella mancata presa di posizione della controparte sui fatti costitutivi di chi chiede l'emanazione dell'ordinanza, il che si traduce nella mancata formulazione di eccezioni in rapporto alla dimostrazione della mancanza di fondatezza di tali fatti. Può accadere, peraltro, che la non contestazione attenga alle somme nella loro materialità e nella loro fisionomia contabile, piuttosto che ai fatti costitutivi, posti a fondamento della giuridica pretesa alle medesime. La rinuncia alla contestazione può anche essere ellittica, ma deve manifestarsi

all'interno dell'esercizio dell'attività difensiva della parte costituita. Occorre, pertanto, una consapevolezza sostanziale e processuale e una partecipazione attiva al processo, riguardo alla decisione se manifestare un dissenso giuridicamente rilevante sulla questione afferente alle somme, pretese dalla controparte. In altri termini, la non contestazione in tanto può considerarsi rilevante, ai fini dell'emanazione dell'ordinanza, in quanto la parte che non contesta non sia contumace. L'art. 186 bis conferma l'attribuzione del crisma di titolo esecutivo a provvedimenti, caratterizzati da un'evidente provvisorietà.

Secondo l'art. 186 ter, Fino al momento della precisazione delle conclusioni, quando ricorrano i presupposti di cui all'articolo 633, primo comma, numero 1), e secondo comma, e di cui all'articolo 634, la parte può chiedere al giudice istruttore, in ogni stato del processo, di pronunciare con ordinanza ingiunzione di pagamento o di consegna. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione".

L'ordinanza sopra descritta si presenta modellata sul procedimento di ingiunzione e viene attribuita una posizione di vantaggio al creditore, collegata alla natura della posizione soggettiva, oggetto di tutela, secondo lo schema proprio della procedura monitoria, e pertanto, la normativa può considerarsi operativa quando il diritto di credito attenga a una certa somma di denaro o quantità di cose fungibili o, ancora, a conseguire la consegna di una determinata cosa mobile, purché venga fornita prova scritta del diritto. Secondo un'esegesi, sulla scorta di un'ancora attuale sentenza della Corte costituzionale (sentenza 295-1995), la nozione di prova scritta deve essere intesa in senso ampio, fino al punto da ricomprendervi anche una prova costituenda, la quale si sviluppi all'interno del processo e aderendo a questa posizione ermeneutica, peraltro controversa, vi è una cesura, rispetto al procedimento monitorio, in quanto in quella sede è richiesto che la prova scritta sia già formata.

La dottrina ha posto attenzione ai provvedimenti temporanei e urgenti attuati dal Presidente del Tribunale o dal Giudice istruttore, in base agli artt. 708 e ss. C.p.c. e all'art. 189 disp att. ove non riesca il tentativo di conciliazione in sede di separazione e divorzio.

I provvedimenti provvisori nell'interesse dei coniugi possono produrre e producono rilevanti conseguenze extragiuridiche oltre che di stretto diritto processuale e con l'art. 2 della legge 8 febbraio 2006 si è modificato l'art. 708 c.p.c., prevedendo al 4° c. della disposizione la possibilità di reclamo avverso i provvedimenti presidenziali, attuati nell'interesse dei coniugi e della prole, entro dieci giorni dalla notificazione, attraverso un ricorso alla Corte d'Appello, che si pronuncia in Camera di consiglio. Ciò conferma il carattere di palese inidoneità al giudicato e provvisorietà di siffatti provvedimenti, ma tale carattere coesiste con la natura di titolo esecutivo degli stessi. Può riflettersi sulla seguente massima di una recente sentenza *"All'ordinanza con la quale il Presidente del tribunale pronunci, ai sensi dell'art. 708 c.p.c., i provvedimenti temporanei ed urgenti di contenuto economico nell'interesse dei coniugi e della prole, è riconosciuta esplicitamente dall'art. 189 disp. att. c.p.c. la natura di titolo esecutivo, riguardo alle obbligazioni già definite nell'ammontare (ad es., il contributo al mantenimento per il coniuge e per i figli), non anche per le spese che debbano essere affrontate il prosieguo. Pertanto, nel caso in cui il coniuge onerato alla contribuzione delle spese straordinarie, sia pure pro quota, non adempia, al fine di legittimare l'esecuzione forzata, occorre adire nuovamente il giudice affinché accerti l'effettiva sussistenza delle condizioni di fatto che determinano l'insorgenza stessa dell'obbligo di esborso di quelle spese, e ne determini l'esatto ammontare (Cass. 29.1.1999, n. 782; 28.1.2008, n. 1758; 24.2.2011, n. 4543)".* (Cass. civ. Sez. I, 7 Febbraio 2014). Da questa posizione, espressa dalla recente giurisprudenza di legittimità, si rileva pienamente la consapevolezza dell'interprete, in rapporto alla natura di titolo esecutivo dei provvedimenti presidenziali in parola, con la contestuale eventualità

di un accertamento della fondatezza dell'eventuale azione esecutiva che si fondi sul suddetto titolo.

L'art. 423 c.p.c. dispone che *"Il giudice, su istanza di parte, in ogni stato del giudizio, dispone con ordinanza il pagamento delle somme non contestate. Egualmente, in ogni stato del giudizio, il giudice può, su istanza del lavoratore, disporre con ordinanza il pagamento di una somma a titolo provvisorio quando ritenga il diritto accertato e nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova. Le ordinanze di cui ai commi precedenti costituiscono titolo esecutivo. L'ordinanza di cui al secondo comma è revocabile con la sentenza che decide la causa"*. Si tratta anche in tal caso di provvedimenti provvisori non idonei al giudicato, che rappresentano l'esemplificazione più chiara della progressiva dilatazione della nozione di titolo esecutivo. In rapporto all'interpretazione dell'art. 423, appare opportuno segnalare quanto statuito da una recente giurisprudenza, secondo cui *"se il riferimento all'art. 423, primo comma, cod. proc. civ., che prevede l'ordinanza di pagamento delle somme non contestate, può apparire per questo sufficiente ad esternare, anche solo per implicito, le ragioni dell'ordinanza, così non è per il caso di cui al secondo comma, che consente l'ordinanza ingiuntiva del pagamento quando il giudice "ritenga il diritto accertato e nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova". Nella specie si verteva nella seconda ipotesi e l'art. 423 c.p.c. era stato comunque citato senza indicazioni ulteriori"* (Cass. 20570-2013).

Può ritenersi che nella categoria "altri atti (anche non di matrice provvedimentoale) che costituiscono titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. rientrino i verbali di conciliazione e può farsi riferimento *in primis* all'art. 185 c.p.c. in cui le modifiche apportate dalla legge 263-200 ha avuto come principale fine l'amplificazione del nesso fra comparizione personale delle parti e tentativo di accordo, nonché la conciliazione di cui all'art. all'art. 13 co. 4 l. 22 luglio 1997 n. 276 sulla definizione del contenzioso civile pendente e quella contemplata dall'art. 696 bis co. 3 c.p.c. che si riferisce alla conciliazione

intervenuta in sede di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. Possono essere ricondotte agli "altri atti" di cui all'art. 474 le conciliazioni stragiudiziali tra le quali è possibile ascrivere quelle relative alle controversie di lavoro privato e pubblico, già previste dall'art. 411 c.p.c. nonché dall'art. 65 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 in materia di controversie di lavoro pubblico, la conciliazione regolata dall'art. 40 co. 8 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 nonché quella di cui al verbale redatto ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna). Può pensarsi, inoltre, all'art. 669 bis, in base a cui il Giudice attribuisce efficacia esecutiva al processo verbale al fine di iscrizione di ipoteca o di espropriazione.

La disciplina della mediazione, di cui all'art. 12 del D. lgs. n. 28-2010, stabilisce che il verbale di conciliazione rappresenti titolo esecutivo per l'espropriazione, per l'esecuzione per consegna o rilascio, per l'esecuzione degli obblighi di fare o di non fare, oltre che per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, quando tutte le parti siano assistite da un avvocato e sia i Difensori sia le parti sottoscrivano verbale. La sottoscrizione dei Difensori attesta la conformità del contenuto del verbale all'ordine pubblico e alle norme imperative ed è un presupposto per l'attribuzione al verbale di efficacia esecutiva, posto dalla normativa attuale in alternativa all'omologa del Tribunale competente. Infatti, ove manchi la sottoscrizione degli Avvocati, occorre che l'Autorità giudiziaria omologhi il verbale di conciliazione, al fine di certificare la conformità del medesimo alle norme imperative e all'ordine pubblico e, sussistendo l'omologa, il verbale è titolo esecutivo per l'espropriazione. Tale alternatività tra funzione certificativa dei Difensori e omologazione del Tribunale è stata introdotta dal DL 29-2013.

E' palese come a un esame epidermico la conciliazione che trova il suo esito nel verbale, racchiudente l'accordo, sia in antitesi con l'azione esecutiva, che presuppone un conflitto spesso intenso, ma proprio quest'antinomia può attenuarsi nella fase successiva alla

redazione dell'accordo conciliativo, ove si riscontri una contraddizione fra il comportamento tenuto da alcuna delle parti e quanto contenuto nell'accordo e, da quest'angolazione, si comprende come occorra attribuire una protezione a quel soggetto che abbia fatto affidamento sull'intervenuta conciliazione, successivamente non rispettata.

Fra i titoli esecutivi di nuova generazione può annoverarsi anche la condanna ex art. 614 bis c.p.c., inserito dalla legge 69-2009, secondo cui *"Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.*

Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile. La disposizione tende a tutelare il creditore nell'ipotesi, in cui questi abbia diritto a ottenere l'adempimento di un obbligo di *facere* o di *non facere*, il quale non è suscettibile di esecuzione coattiva. Sembra emergere la nozione di pena privata (entro certi limiti, ove si acceda all'idea che la disposizione ellitticamente configuri una presunzione di danno, può farsi riferimento alla nozione di danno punitivo) come utile chiave di lettura dell'art. 614 bis, il quale prevede la condanna a una somma di denaro in rapporto al mancato spontaneo adempimento del suddetto obbligo, di per sé non suscettibile di azione di esecuzione forzata. Sempre a proposito della "tenuta" della regola *"nulla executio sine titulo"*, appare palese come una rigida applicazione del correlativo principio dovrebbe comportare l'assenza di una possibilità di

condanna, ove manchi il rispetto delle forme, contemplate dal Libro III del codice di procedura civile, In realtà, questa regola subisce significative eccezioni, quando si avverta l'esigenza di proteggere adeguatamente determinati diritti e/o interessi di rilievo essenziale (per esempio, tutela della vita e della riservatezza). Alcune disposizioni di leggi speciali seguono questa impostazione e può farsi riferimento alla disciplina in materia di protezione dei dati personali, che impone al Giudice di prescrivere direttamente in sentenza "*le misure necessarie*" per l'accoglimento o il rigetto della domanda (art. 152 d.lgs. n. 196 del 2003) o a quella che impone al giudice di ordinare al colpevole di discriminazione la predisposizione di un piano di attuazione, fissando al contempo "*i criteri, anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano*" (art. 37, comma 3°, d.lgs. n. 198 del 2006).