

IL GIUDICE COMPETENTE PER L'OPPOSIZIONE A PRECETTO PER IRREGOLARITÀ FORMALE(*)

1. - L'argomento che si imprende a trattare ha per oggetto l'individuazione del giudice competente a conoscere delle opposizioni a precetto, per vizi di forma, prima che sia iniziata l'espropriazione forzata. L'art. 617, 1° comma c.p.c., dispone che tali opposizioni si propongono con atto di citazione «avanti il giudice indicato nell'art. 480, terzo comma» dello stesso codice. Questa norma fa carico al precettante di eleggere domicilio nel Comune dove ha sede il giudice competente per l'esecuzione. Il problema consiste nello stabilire l'esatto significato del rinvio. Viene designata una competenza esclusivamente territoriale o non piuttosto anche per materia (*ratione executionis*)? È applicabile la competenza per valore? Il conflitto di questi due criteri riassume la questione. Tutto ciò postula ovviamente che netta sia la distinzione concettuale tra opposizione agli atti esecutivi ed opposizione all'esecuzione⁽¹⁾. L'ultima fattispecie è regolata in modo compiuto dall'art. 615 c.p.c.

2. - Il grave interrogativo non può dirsi certamente nuovo, come non sono nuove le questioni che esso postula ed in ispecie l'annoso problema della qualificazione esecutiva o no del precetto. Sotto l'impero del codice sardo di procedura civile, una disputa pressoché analoga riguardava l'art. 673. Si discuteva allora se il tribunale di commercio od il giudice preordinato alla cognizione delle controversie esecutive, potesse giudicare di un'opposizione formale ad un precetto, col quale si intimava l'adempimento di un'obbligazione commerciale. Anche allora l'art. 672 di quel codice di rito disponeva che l'esecuzione mobiliare dovesse intendersi cominciata col pignoramento (art. 491 c.p.c. vigente). La dottrina non tardò a propendere per la seconda soluzione. Mirabili, per chiarezza, sono

(*) Da «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1954, I, pp. 173 ss.

(¹) Sul profilo concettuale delle due fattispecie: Cass., Sez. un. 4 luglio 1949, n. 1656, in *Mass. Giur. it.*, 1949, c. 422 e giurisprudenza cit. in *Riv. trim.*, 1952, pp. 521-523 ed in *Riv. dir. proc. civ.*, 1952, II, pp. 197 ss.

ancora oggi giorno le parole dello Scialoja che ebbe a scrivere su tal argomento: «Per determinare la competenza del giudice in fatto di esecuzione bisogna aver riguardo non tanto al disposto dell'art. 672, quanto alla natura intrinseca delle questioni che solleva l'opposizione al comando. Questa opposizione ordinariamente solleva, precede, determina e contiene tutta l'esecuzione come in germe. Quindi deriva, che, sebbene la questione che sorga dall'opporci al comando non si elevi dopo che l'esecuzione sia realmente cominciata, pur nondimeno la pregiudica in tutto il suo corso ed è quindi di sua natura una contestazione di esecuzione»⁽²⁾.

Il codice di procedura del 1865 risolse definitivamente la questione devolvendo ogni opposizione al precetto, così di forma come di merito, al pretore o al tribunale civile del luogo dove svolgevasi o preannunciavasi l'esecuzione coll'elezione di domicilio. Sotto altri profili si agitò però la controversia della natura processuale esecutiva o no dell'atto di precetto mobiliare: in ispecie agli effetti dei termini per l'appello (art. 703) contro sentenze in giudizi d'opposizione. La giurisprudenza definì dapprima tale atto come preliminare all'esecuzione⁽³⁾ ma poi finì per qualificarlo atto esecutivo⁽⁴⁾. Quest'ultima conclusione prevalse anche in dottrina⁽⁵⁾.

Il Liebman che dedicò all'argomento uno studio ragguardevole⁽⁶⁾ osservò giustamente che al di fuori dell'alternativa «atto stragiudiziale od atto processuale» *tertium non datur*. Il precetto non potendo certamente ritenersi atto stragiudiziale anche solo a riguardarne gli effetti doveva necessariamente giudicarsi «atto processuale esecutivo»: un atto cioè del processo esecutivo mobiliare od immobiliare a seconda del tipo di attività successiva cui esso si ricollega. Secondo questo autore la tesi negativa si basava su una concezione erroneamente materialistica dell'esecuzione forzata quale apprensione fisica, la cui unilateralità non spiegava neppure tutte le forme esecutive e ad es. l'espropriazione di crediti. La medesima questione fu proposta anche a riguardo del precetto immobiliare, agli effetti del termine di perenzione (180 gg. o l'anno *ex art. 2085 c.c.*).

(²) Cfr. SCIALOJA, in *Il Commentario del cod. proc. civ. per gli Stati Sardi*, V, Torino, 1859, p. 1, n. 272.

(³) Così: App. Genova, 11 febbraio 1908, Notari c. Brughiera, in *Mon. trib.*, 1908, p. 351; Cass. Torino, 25 maggio 1915, Bozzoli c. Saccani, *ibidem*, 1915, p. 624; App. Milano, 22 giugno 1927, Iacchia c. Soc. Industrie Bottoni, *ibidem*, 1927, p. 906; App. Napoli, 4 dicembre 1929, Soc. Montanaro c. Guerrera, *ibidem*, 1930, p. 587.

(⁴) Cass., 30 aprile 1928, in *Foro it.*, 1929, I, c. 63; Cass., 8 luglio 1930; 26 febbraio 1930, in *Mass. Foro it.*, 1930, cc. 126, 495, 642; Cass., 12 gennaio 1931, in *Foro it.*, 1931, c. 489.

(⁵) CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI, Padova, 1931, pp. 23 ss.

(⁶) LIEBMAN, *Per la nozione dell'atto di precetto*, in *Foro it.*, 1931, I, c. 489.

Mentre buona parte della dottrina⁽⁷⁾ e della giurisprudenza⁽⁸⁾ sosteneva che il precetto immobiliare a differenza di quello mobiliare doveva ritenersi atto esecutivo perché la sua notifica teneva loco e vece di pignoramento, il Carnacini⁽⁹⁾ sulla scorta dell'evoluzione storica delle forme espropriative immobiliari e di una fine analisi strutturale, mise in rilievo che il problema rimaneva tale e quale. Il precetto immobiliare non dissimilmente da quello mobiliare era semplicemente atto di precetto, in più rispetto a questo, aveva la caratteristica di servire come documento ai fini della trascrizione, che rappresentava il pignoramento immobiliare. Ciò era evidentemente troppo poco per giustificare la discriminazione, dianzi proposta. La soppressione della figura del precetto immobiliare ha ricondotto ad unità il problema, ma esso si è aggravato colla sostituzione della formula degli artt. 617, 1° comma e 480, 3° comma, a quella dell'art. 570 del codice di procedura abrogato, dato il carattere neutro del precetto. Né può dirsi che si sia raggiunta concorde unità di giudizio in dottrina e in giurisprudenza nel qualificare «atto esecutivo» il precetto, necessario presupposto per affermare la competenza per materia (*ratione executionis*).

Il Supremo Collegio⁽¹⁰⁾ e numerosi autori⁽¹¹⁾ sostengono che il precetto non è atto esecutivo, ma bensì atto preliminare all'esecuzione. È logico da tal premessa derivare la conclusione che l'opposizione formale al precetto non raffigura un tipo di controversia esecutiva e quindi il giudice competente a sensi dell'art. 617, 1° comma c.p.c. non può essere alcun giudice competente per l'esecuzione. Ma vi sono altri autori che contrastano tale asserto, rilevando, non senza finezza, che il termine «esecuzione od atto esecutivo» viene usato nel codice di rito vigente, con significato anfibologico, ora per indicare il procedimento espropriativo, che si inizia solo col pignoramento, ed ora per indicare il procedimento esecutivo in

(7) LUZZATI, *Della trascrizione*, I, Torino, 1874, nn. 366 ss. e II, 1875, nn. 491 ss.; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, V, Torino, 1906, nn. 406 ss.; COVIELLO, *Della trascrizione*, II, Torino-Napoli, 1915, nn. 397 ss.; CASATI in note di giurisprudenza, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, p. 1944; MORTARA, *Commentario al cod. proc. civ.*, V, Milano, p. 285, n. 198.

(8) Cass., 15 gennaio 1918, in *Foro it.*, 1918, I, c. 99.

(9) CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936, pp. 53 ss.

(10) Cass., 24 settembre 1936, n. 1282, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, II, 2, p. 121, n. 382; Cass., 21 giugno 1949, n. 1557, in *Rep. Foro it.*, 1949, voce *Esecuzione e pignorabilità in genere*, c. 573, n. 36; Cass., 24 aprile 1950, n. 1091, in *Mass. Foro it.*, 1950, c. 231.

(11) D'ONOFRIO, *Commento al c.p.c.*², II, Torino, 1951, p. 974; ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*², III, Napoli, 1947, p. 27.

senso lato, nel quale rientra l'atto di precetto⁽¹²⁾. Agli effetti dell'art. 617, 1° comma, il comando sarebbe allora atto esecutivo e di qui potrebbesi prendere le mosse per individuare il giudice competente per l'esecuzione, come competente a giudicare dell'opposizione, dando al combinato disposto degli artt. 617, 1° comma, e 480, 3° comma, un senso più vivo e pregnante.

3. - Delineato questo quadro storico e logico del problema, vale la pena di aggiungere un'ulteriore riflessione. Anche ove si ammettesse la soluzione da ultimo formulata, rimane a vedersi quale giudice possa ritenersi «competente per l'esecuzione» dal momento che l'esecuzione forzata non è ancora iniziata. Da questo angolo visuale la ricerca è resa assai disagiata e problematica dalla soppressione delle due figure di precetto mobiliare ed immobiliare, attuata dal vigente codice di rito. La recente dottrina processuale che si è occupata del tema, che qui si tratta, è arrivata a conclusioni difformi. La maggioranza degli scrittori⁽¹³⁾ partendo dalla negazione della qualificazione esecutiva del precetto, sostiene che la cognizione dell'opposizione formale al comando è affidata, nello stadio pre-esecutivo, al giudice ordinario del foro generale del debitore, competente per valore e materia. La soluzione offerta è esattamente antitetica a quella sostenuta dallo Scialoja, ai suoi tempi. Non sono mancate però discriminazioni e deroghe, che rivelano uno stato di interiore perplessità. Il Redenti⁽¹⁴⁾ per es. vorrebbe distinguere tra precetti di pagamento di somme e precetti di consegna, rilascio, d'esecuzione d'obblighi di fare e non fare, per i quali sarebbe invece competente il pretore, quale giudice competente per l'esecuzione.

Il Satta⁽¹⁵⁾ esprime poi l'avviso che ove sia annunciata una determinata forma di esecuzione, la citazione debba proporsi al giudice competente per questa e nel caso contrario, appena iniziata l'esecuzione, la causa anteriormente affidata al giudice di cognizione, sia da questi rimessa al giudice d'esecuzione. Siffatte distinzioni e deroghe lasciano a divedere come solo la difficoltà di individuare il giudice competente per l'esecuzione, nella fase anteriore al pignoramento, abbia determinato la tesi di principio da essi sostenuta. Lo Zanzucchi⁽¹⁶⁾ è di parere contrario all'osservanza della competenza per valore, scrivendo testualmente: «vengono in

(12) CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*⁴, III, Roma, 1951, p. 3 e bibl. *ivi* citata.

(13) ANDRIOLI, *op. cit.*, III, pp. 254 ss.; D'ONOFRIO, *op. cit.*, II, p. 974.

(14) REDENTI, *Diritto proc. civ.*, II, 2, Milano, 1949, p. 189.

(15) SATTA, *Esecuzione forzata*², Torino, 1952, pp. 213-214.

(16) ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*⁴, III, Milano, 1946, pp. 276-277.

queste opposizioni pel dettato dell'art. 617, 1° comma, in considerazione i criteri per materia e per territorio, non quello per valore in relazione al criterio per cui si procede. Per ragioni di materia è competente il giudice cui spetta la competenza per l'esecuzione (art. 480, 3° comma)». Lo Jaeger⁽¹⁷⁾ sembra essere dello stesso avviso laddove conclude: «le opposizioni prima che sia iniziata l'esecuzione, si propongono avanti il giudice, implicitamente indicato nel precetto, come competente per l'esecuzione (attraverso la elezione di domicilio), in mancanza al giudice della notificazione». Il Conforti⁽¹⁸⁾ nella sua requisitoria nella causa decisa con sentenza del Supremo Collegio, 17 maggio 1943⁽¹⁹⁾ parimenti sostiene che «le opposizioni a' sensi dell'art. 617, a differenza di quelle di opposizione all'esecuzione, riguardano la regolarità formale degli atti e sono dal legislatore considerate un incidente del processo esecutivo, perciò sempre rimesse alla cognizione dello stesso giudice competente per l'esecuzione». Da ultimo Roli e Vellani⁽²⁰⁾ hanno pure ribadito tal concetto, osservando che «nel caso appunto dell'art. 617, 1° comma, il giudice dell'esecuzione si identifica con quello dell'opposizione, perché il precettante deve aver eletto domicilio, dove ha sede il giudice competente per l'esecuzione».

La giurisprudenza, dal canto suo, ha pure espresso un contrastante orientamento. Il Supremo Collegio mentre da un lato⁽²¹⁾ ha ritenuto che «se l'esecuzione non sia stata ancora iniziata e sia soltanto intimato il precetto, a questo si fa opposizione davanti al giudice competente per materia, valore e territorio a norma dell'art. 27 c.p.c.» dall'altro ha anche deciso⁽²²⁾ che «competente a conoscere delle opposizioni agli atti esecutivi in senso lato (preliminari ed effettivi) nella procedura di rilascio è il pretore del luogo, dove trovasi l'immobile».

4. - Occorre, innanzi tutto prendere in esame la tesi di coloro che sostengono essere il giudice, designato dall'art. 617, 1° comma c.p.c., quello di cognizione del foro generale del debitore, competente per valore e materia. L'argomento principe addotto a sostegno di tal conclusione, è che al momento in cui si deve citare il precettante non si sa, né è dato prevedere quale forma assumerà l'esecuzione forzata, che implica giudici

(17) JAEGER, *Diritto processuale civile*², Torino, 1943, p. 600, n. 440.

(18) CONFORTI, cit. da SATTA, *Esecuzione forzata*, Torino, 1950, p. 142, nota 1.

(19) In *Foro it.*, 1943, I, c. 623.

(20) ROLI e VELLANI, *Titolo esecutivo, precetto, opposizione* (rass. di giurisprudenza), in *Riv. trim.*, 1952, pp. 531 ss.

(21) Cass., 21 giugno 1949, n. 1557, in *Rep. Foro it.*, cit., loc. cit.

(22) Cass., 19 dicembre 1947, n. 1716, in *Rep. Foro it.*, 1947, voce *Esecuzione per consegna o rilascio*, c. 466, n. 16-

diversi a seconda del carattere mobiliare od immobiliare dell'espropriazione.

L'elezione dell'uno o dell'altro mezzo è infatti riservata al creditore, che ha, innanzi a sé per decidere, del tempo, ulteriore rispetto al termine decadenziale dell'opponente. È doveroso formulare l'ipotesi, infatti, che la forma esecutiva non possa desumersi *ex aliunde*: si faccia il caso che il debitore posseda beni mobili ed immobili nella circoscrizione, nel cui capoluogo (sede di Pretura e di Tribunale) l'intimante abbia eletto domicilio. *Quid iuris?*

D'altro canto si può dedurre, come altro argomento, l'implicazione contenuta nella norma, espressa dal secondo comma dal cit. art. 617: che sarebbe norma di deroga. In altri termini si potrà osservare che se a conoscere delle opposizioni a precetto, proposte ad esecuzione iniziata, è previsto come competente il giudice dell'esecuzione, ne resta esclusa la stessa soluzione od una soluzione analoga per quelle avanzate anteriormente (*argumentum e contrariis*). Si instaurerebbe perciò un ordinario processo di cognizione colle caratteristiche dell'eccezionale deroga territoriale contenuta nell'art. 480, 3° comma, dei termini decadenziali e dell'inappellabilità della sentenza. Il valore sarebbe determinato dall'ammontare del credito per cui si procede a norma dell'art. 17 in quanto esso «dà la misura dell'interesse al mezzo processuale».

5. - La soluzione adottata non pare a chi scrive giustificata né la motivazione persuasiva, per quanto possa rivelare aspetti del problema non trascurabili. Circa il primo argomento, sopra riferito, esso non sembra avere efficacia gran che probante sol che si pensi al noto aforisma *adducere inconvenientia non est resolvere quaestiones*. Esso sarà tenuto nel debito conto quando si affronterà la parte costruttiva. Conviene limitarsi per ora all'interpretazione logico-razionale del testo legislativo, onde stabilire esattamente che cosa esso esprima col rinvio all'art. 480, 3° comma c.p.c. La soluzione, che si anticipa, è che l'art. 617, 1° comma, null'altro designa come competente a giudicare dalle opposizioni a precetto, se non un giudice «competente per l'esecuzione».

a) Non si può in primo luogo non attribuire alcun significato all'omissione nell'art. 617, 1° comma, del richiamo alla competenza per valore se si pensa che il legislatore quando ha voluto indicarla, l'ha espressamente fatto come l'art. 615 sta a dimostrare.

Ed a prescindere anche da quest'altro aforisma che si potrebbe invocare in argomento, sta di fatto che l'omissione risulta voluta dalla circostanza che l'art. 617 rinvia all'art. 480, 3° comma, e non già all'art. 615, 1° comma, come avrebbe certamente fatto in caso contrario. Ed infatti queste due norme *sarebbero altrimenti identiche*, ove si dovesse accedere all'in-

interpretazione contraria, giacché la deroga territoriale dell'art. 480, 3° comma, è contemplata anche dall'art. 615, 1° comma, attraverso il richiamo dell'art. 27. Perché in tal caso il legislatore si è diversamente espresso e non ha rinviato all'assai più vicino art. 615, se pur non avesse preferito unificare i due testi? Tutto ciò lascia supporre che diverso sia il significato dei due rinvii all'art. 480, 3° comma, il quale esprima più di quanto è recepito dall'art. 615, 1° comma, (competenza territoriale) e per l'appunto quanto è accolto nell'art. 617, 1° comma. Se contiene un di più rispetto a quanto è richiamato dall'art. 615, questo non può essere che qualcosa di estraneo all'integrazione disposta da questo articolo, e procedendo per esclusione si arriva all'indicazione della competenza per materia implicita nella formula «giudice competente per l'esecuzione». Ma altri potrà invocare contro questa presunzione il tenore della seconda parte del 3° comma del citato art. 480. «In difetto (dell'elezione del domicilio nel comune ove ha sede il giudice competente per l'esecuzione) le opposizioni al precetto si propongono avanti il giudice del luogo in cui è stato notificato» onde evincere che esso regola solo la competenza territoriale.

L'interpretazione non pare esatta.

È quanto mai significativo per combattere tale soluzione restrittiva l'ulteriore disposizione che chiude la citata proposizione «e le notificazioni alla parte istante si fanno presso la cancelleria del giudice stesso». Se si pon mente che questa norma non fa che applicare il principio già contenuto dall'art. 58 disp. att. c.p.c. al caso «della mancata elezione di domicilio nel comune ove ha sede il giudice competente per l'esecuzione» altro senso non può darsi all'espressione «giudice del luogo della notifica» che quella di «giudice che sarebbe competente per l'esecuzione, ove essa si svolgesse nel luogo della notifica» (residenza, domicilio, dimora dell'intimato). Ciò in deroga al contrario principio emergente dall'art. 137, 2° comma e ss. c.p.c. Si deve aggiungere, sotto questo aspetto, che la norma dell'art. 480, 3° comma, è assai più vicina all'art. 564 dell'abr. c.p.c. che non al criterio dell'art. 445, 3° comma, del progetto Solmi. Il 2° comma del citato art. 564 esplicitamente individuava la cancelleria come quella del giudice d'esecuzione.

Si può a sostegno ed in via ultronea anche invocare l'antipatia manifestata nella stessa Relazione ministeriale (tit. III, n. 34) allo «spreco di forme contenziose nel procedimento esecutivo» ed alla volontà pure espressa di «riservare le forme del processo di cognizione a quei soli casi in cui l'opposizione rende veramente necessaria una decisione con tutte le garanzie formali ad essa inerenti». La necessità di tali guarentigie non è stata ravvisata nel caso di specie, come è dimostrato dal 2° comma, dell'art. 617, dalla decadenza, dall'inappellabilità della sentenza e dalla mancata possibilità di sospendere l'esecuzione.

b) Un altro argomento contro la tesi dell'applicabilità della competenza per valore, al caso di specie, discende proprio dal secondo comma del cit. art. 617 c.p.c. Qui soccorre l'interpretazione storica.

Anche l'abrogato codice di rito ed il progetto Solmi prevedevano l'esperibilità dell'opposizione al precetto con ricorso al giudice d'esecuzione, ove quest'ultima fosse già iniziativa e l'intimato non avesse potuto eccepire, prima, l'irregolarità formale dell'atto. Ma in entrambi i testi il giudice di esecuzione adito provvedeva, anche in tal caso, alla rimessione della causa al giudice competente per valore, dopo avere preso i provvedimenti interessanti l'esecuzione. Basta menzionare l'art. 572 del c.p.c. 1865 che diceva: «Il pretore dà i provvedimenti temporanei occorrenti e rimette le parti avanti l'autorità giudiziaria competente». Non dissimilmente recitava l'art. 501 del progetto Solmi. Al lume di tali precedenti, l'inversa soluzione accolta dall'art. 617, 2° comma, non ha forse il valore di tesi di principio che vada tenuta presente anche nell'interpretazione del 1° comma, sì da discostarsi il meno possibile da essa? Chi scrive ritiene di sì. Né si riuscirebbe a comprendere di leggieri la ragione dell'adozione di due criteri antitetici per giudicare la medesima questione. È giocoforza ammettere che, in contestata ipotesi, l'opposizione a precetto proposta dopo l'inizio della esecuzione dovrebbe essere circondata da maggiori guarentigie giurisdizionali, implicite nella competenza per valore, di quanto non ne abbia di bisogno l'opposizione *ex art.* 617, 1° comma. Oltretutto l'applicazione dell'art. 17 c.p.c. sarebbe assai più agevole, dati gli interessi coinvolti nella esecuzione di quanto non lo sia nella fattispecie della quale si discute.

c) L'art. 617, 2° comma dice: «le opposizioni relative alla notificazione del titolo esecutivo e del precetto, si propongono con ricorso avanti il giudice competente per l'esecuzione». Non si vede perché la cognizione della nullità della notifica del precetto sia devoluta al giudice per l'esecuzione, mentre quella relativa all'atto notificato sia affidata all'ordinario giudice competente per valore, quando la notificazione è il veicolo necessario del precetto e la sua nullità fa sì che l'atto notificato sia ritenuto inoperante. Tanto più ciò pare evidente, ove si pensi, che nel processo di cognizione giudica sulla notifica il giudice dell'atto e la citazione introduce il processo di cognizione così come il precetto, quello d'esecuzione. Tutto ciò ha rilievo se si consideri che l'art. 162 c.p.c. dispone che «se la nullità è imputabile all'ufficiale giudiziario, il giudice col provvedimento che la pronuncia, su istanza da parte, può condannare quest'ultimo al risarcimento dei danni causati dalla nullità a norma dell'art. 60, n. 2 c.p.c.». Il risarcimento di tali danni presuppone la valutazione proprio dell'interesse della parte all'atto processuale, che è stato leso e che rappresenta quel tal metro per la determinazione del valore, cui si richiamavano

gli autori dell'opinione avversaria. Ma quale diversa opportunità prescriverebbe una competenza diversa per le opposizioni riflettenti il precetto notificato o la notificazione del precetto? Sotto questo aspetto pare poi inaccoglibile la identificazione proposta dal Redenti tra valore della causa d'opposizione ed ammontare del credito per cui si procede. È infatti da distinguersi l'interesse al diritto d'azione dall'interesse al processo od all'atto processuale esecutivo. Il primo è messo in discussione nelle opposizioni *ex art. 615* e solamente il secondo in quelle *ex art. 617 c.p.c.* Corollari di questo principio sono infatti le norme che il precetto, impugnato per irregolarità formale, può essere rinnovato, senza tema di eccezione della litispendenza, e che l'opposizione agli atti non legittima neppure la sospensione dell'esecuzione.

d) Ininfluyente è invece la circostanza della diversa forma dell'atto introduttivo a seconda che si verta nelle fattispecie previste dai due commi dell'art. 617: ricorso e citazione. L'atto rimane sempre introduttivo di un giudizio che si concluderà con una sentenza, peraltro definita dalla dottrina⁽²⁾ come sentenza esecutiva.

È questo un ulteriore motivo a favore della competenza del giudice teleologicamente preordinato all'esecuzione. Non vedesi come una sentenza esecutiva e non cognitiva possa essere adottata da un giudice di cognizione e non d'esecuzione.

6. - Dalle osservazioni, che precedono, si evincerà che nessun altro significato può avere il rinvio dell'art. 617, 1° comma, all'art. 480, 3° comma, c.p.c., fuorché questo: *competente a conoscere delle opposizioni a precetto, deduttive di irregolarità formali, prima dell'inizio dell'esecuzione forzata, è il giudice competente per l'esecuzione.*

Non può revocarsi in dubbio che la legge processuale vigente accanto al giudice dell'esecuzione, preveda un giudice competente per l'esecuzione e ne faccia il soggetto di attività prodromiche dell'esecuzione forzata (artt. 482, 2° comma, 492, 2° comma c.p.c.). Anche attualmente in materia di sfratti, le istanze così di graduazione come di proroga vanno rivolte al giudice competente per l'esecuzione, benché questa non possa dirsi iniziata in senso rigoroso e specifico. E non è proprio un giudice competente per l'esecuzione che occorre ipotizzare per eleggere domicilio nell'atto di precetto? Vero è che il giudice dell'esecuzione è anche giudice competente per l'esecuzione, ma non altrettanto può dirsi della reciproca, onde quando la legge devolve la cognizione al giudice competente per l'esecuzione, sembra arbitrario condizionare ciò all'inizio del procedimento espropriati-

(2) CARNELUTTI, *op. cit.*, III, p. 115, n. 830.

vo. Nella fattispecie essendo postulata dall'art. 617, 1° comma, come non ancora iniziata l'esecuzione è fin troppo evidente che il giudice competente per l'esecuzione va ricercato con altri strumenti. A mio sommessò avviso *due significati può avere l'espressione «giudice competente per l'esecuzione» a seconda che si assuma a mezzo di determinazione l'esecuzione forzata successiva al precetto od invece quell'altra forma di esecuzione, rispetto alla quale il precetto può qualificarsi atto esecutivo e dal quale essa deriva come suo effetto primario: l'esecuzione (volontaria) in forma specifica.* Per le attività previste dagli artt. 482, 2° comma, 492, 2° comma c.p.c., giudice competente per l'esecuzione è il giudice della successiva esecuzione forzata, sia perché esse dipendono dal precedente, cui in definitiva è rimessa la scelta della forma d'esecuzione, sia perché all'esecuzione esse sono strettamente inerenti.

Tutt'altro è invece il ragionamento a riguardo del combinato disposto degli artt. 617, 1° comma, 480, 3° comma c.p.c.

Il debitore opponente può infatti non immaginare quale forma sceglierà il proprio avversario: si faccia l'ipotesi che possa paventarsi l'esecuzione su beni mobili e immobili, esistenti nella circoscrizione nel cui capoluogo (sede di Pretura e di Tribunale) l'intimante abbia eletto domicilio. Perché l'espressione «giudice competente per l'esecuzione» abbia quivi un senso occorrerà partire dalla qualificazione esecutiva dell'atto di precetto e stabilire quale tipo d'esecuzione esso introduca. A questo riguardo vale la pena di rilevare che il precetto non tanto va ritenuto atto esecutivo in quanto e solo in quanto «si collega alle successive attività esecutive» con le quali concorre a formare «una serie di operazioni molto vaste e complesse, tendenti ad un unico risultato»⁽²⁴⁾. Più che una tale qualificazione in via riflessa si addice al precetto la qualificazione diretta: dal risultato stesso (obbedienza al comando) che è necessariamente esecutivo ed al quale il precetto tende come suo scopo tipico. L'atto di precetto nel nuovo regime processuale è infatti un vero e proprio comando di adempiere rivolto da privato a privato e non già un mero atto d'uscire, come al tempo dell'abrogato codice di procedura⁽²⁵⁾. Il precetto quindi può ritenersi

⁽²⁴⁾ LIEBMAN, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁽²⁵⁾ Sotto l'impero dell'abrogato c.p.c. il precetto fu ritenuto «comando da privato a privato» da DE PALO, *Titolo esecutivo*, I, Napoli, 1901, pp. 30 ss. Al contrario lo ritennero atto di uscire: CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, pp. 89 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI, Padova, 1931, n. 595; LIEBMAN, *op. cit.*, *loc. cit.* Il DEGENKOLB, in *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877, pp. 111 ss. sostenne che anche il *mandatum de solvendo* non era comando in senso proprio ma avviso o meglio decreto monitorio suggerito da ragioni di

si atto esecutivo nel senso che l'effetto, che esso mira a sollecitare e produrre, consiste proprio nell'esecuzione, non dissimilmente dall'analoga funzione del *mandatum de solvendo* del nostro diritto comune: è in definitiva atto esecutivo in quanto atto di comando e non già mero atto del processo esecutivo. Il precetto è perciò una domanda di esecuzione in forma specifica e non semplicemente preavviso di una domanda di un atto esecutivo. La ricerca della natura esecutiva dell'atto di precetto è importante perché altrimenti ne conseguirebbe la inutilità dell'ulteriore indagine rivolta a determinare il «giudice competente per l'esecuzione». Sembra necessario prendere in specifico esame questo tema: il che è quando segue.

1. Il comando di parte non può certo ritenersi atto esecutivo, rispetto all'esecuzione forzata. La dottrina ha però osservato che esso è giudicabile per tale in un altro senso e precisamente ove si adotti il termine «esecuzione» in senso lato, accezione insita nella stessa sistematica del codice⁽²⁶⁾. Da questo angolo visuale deriva che non è già il mezzo che si qualifica da sé come esecutivo, ma è bensì il risultato (*ergo* la funzione) che qualifica il mezzo e quindi l'atto come esecutivo. Il precetto mira all'esecuzione del comando giudiziale, attraverso un comportamento dell'obbligato: esecuzione volontaria in forma specifica. Esso può quindi ritenersi atto esecutivo e nell'esecuzione (non anche in quella forzata) sta la sua *ratio essendi*. La giurisprudenza, quando si è messa su strada diversa, ha offerto soluzioni insoddisfacenti come questa: «È valido l'atto di precetto anche se ne è impossibile la materiale esecuzione, bastando all'uopo la semplice possibilità giuridica dell'esecuzione»⁽²⁷⁾. Che cosa è la possibilità giuridica dell'esecuzione quando essa è materialmente impossibile? Con argomento ben maggiormente si giustifica il precetto, quando si discorresse di «possibile esecuzione volontaria del condannato» anche se con mezzi mutuati da altri od anche se apparentemente nullatenente!

La stessa esecuzione volontaria in forma specifica è il contenuto essenziale e necessario del titolo esecutivo ed in funzione di essa, nello stato pre-forzato, va giudicato il titolo-esecutivo ai fini della competenza per l'esecuzione. Devesi osservare poi anche che se caratteristica dell'esecuzione in forma specifica è il suo risolversi nell'esercizio di un diritto soggettivo⁽²⁸⁾, ciò è connaturale al titolo esecutivo (fase potenziale) ed al

umanità. Invero nella stessa formula di decreto monitorio è implicita la natura di comando.

(26) CARNELUTTI, *op. cit.*, III, p. 3.

(27) App. Napoli, 4 maggio 1946, in *Rep. Giur. it.*, 1944-47, voce *Esecuzione e pignorabilità in genere*, c. 740, n. 16.

(28) SATTA, *op. cit.*, pp. 3 ss., 19 ss.; *contra* ALLORIO, *Su una recente concezione*

precetto (fase attuale), il quale ultimo esprime per l'appunto una pretesa di carattere precettivo⁽²⁹⁾ e non già meramente assertorio (*iussum* come esercizio della *facultas iubendi*).

Sarà da altri obiettato che trattasi di esecuzione volontaria. Non sembra che da tale elemento possa inferirsi una risposta negativa al nostro problema: è questo un carattere particolare di questa forma d'esecuzione, così come per altre forme lo è invece la coazione giudiziaria. È già stato osservato dalla dottrina che la presenza della giurisdizione e l'elemento «forza» non sono affatto essenziali requisiti dell'esecuzione; si è anzi detto che quello che legittima la qualificazione esecutiva è il tendere alla esecuzione cioè al «conformarsi della volontà d'un soggetto alla volontà d'un altro soggetto»⁽³⁰⁾.

Non è essenziale il carattere giurisdizionale, potendosi benissimo avere esecuzione coattiva senza la partecipazione di alcun giudice (artt. 1515, 1516 c.c.).

Ma non lo è del pari l'elemento «forza». Già il Chiovenda ebbe a rilevare che fra le stesse esecuzioni giurisdizionali alcune sono forzate ed altre non forzate (es. il processo di liberazione delle ipoteche) e diede conseguentemente dell'azione esecutiva una definizione comprensiva delle une e delle altre⁽³¹⁾. In ogni caso l'elemento «forza» non distrugge l'elemento «volontà» del debitore, che pur è sempre presente, sia pure come «volontà coatta». Il Mortara ebbe su questo punto, ai suoi tempi, a scrivere: «Non si può ammettere che la personalità giuridica del debitore sia estranea in tutto od in parte all'esecuzione forzata, poiché essa interviene costantemente, immedesimata nelle disposizioni e negli ordini del magistrato. Chi vende è il debitore; chi paga col ricavo della vendita i creditori, che vi hanno diritto, è ancora il debitore»⁽³²⁾. Se ne arguirà dunque che il carattere forzato non è essenziale ma bensì accidentale dell'esecuzione onde quella non forzata è esecuzione, sebbene non coatta. La conclusione che qui si sostiene è questa: la mancanza di giurisdizione e di coazione non è di ostacolo all'adozione dell'esecuzione in forma specifica, sollecitata dal precetto, come mezzo di determinazione del c.d. «giudice competente per l'esecuzione».

dell'esecuzione forzata, in *Giur. it.*, 1950, IV, c. 161 ss.

⁽²⁹⁾ La distinzione è stata posta dal BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 64 a differenza del WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. Fadda e Bensa, I, Torino, 1930, pp. 121 ss.

⁽³⁰⁾ SATTI, *Esecuzione forzata*, Torino, 1950, n. 6, pp. 15-16.

⁽³¹⁾ CHIOVENDA, *Principii di dir. proc. civ.*, Napoli, 1923, p. 259.

⁽³²⁾ MORTARA, *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1906, n. 781, p. 186.

Questa tesi ha l'inconsapevole suffragio di quegli autori⁽³³⁾ e di quella giurisprudenza⁽³⁴⁾ che, agli effetti della nostra questione, sostengono «iniziarsi l'esecuzione ex artt. 605, 608, 612 c.p.c. coll'atto di precetto». Il precetto di consegna, rilascio, degli esecuzione d'obblighi di fare e non fare, non dissimilmente dal precetto di pagamento di somma, mira ad un'esecuzione volontaria in forma specifica. Né conta che in quest'ultimo la specificazione sia rimessa al debitore, perché se il comando è volontariamente eseguito, il relativo modo di attuazione preparatoria non ha alcuna importanza.

2. *Il giudice competente per l'esecuzione, designato dall'art. 617, 1° comma c.p.c. è il Pretore.*

È stato osservato che il tipo d'esecuzione riconducibile all'atto di precetto, come suo effetto primario, è rappresentato da quella in forma specifica, della quale non sono elementi costituzionali né il carattere forzato né quello giurisdizionale. A tale forma d'esecuzione l'art. 480, 3° comma c.p.c. riferisce la competenza del giudice. Ciò è arguibile dalla circostanza che non già il luogo del bene su cui cade l'esecuzione determina la sede territoriale del giudice e quindi l'elezione di domicilio, ma è bensì il luogo del domicilio eletto, come *forum destinatae solutionis*, che determina la sede territoriale del giudice. Il «*forum executionis*» è *qui rappresentato dal «forum destinatae solutionis» ed è con esso un tutt'uno, mettendo in evidenza di quale esecuzione si tratti ed in definitiva quale giudice competente, ecc., debba essere individuato.* Questa interpretazione è avvalorata dal carattere surrogatorio dell'elezione di domicilio rispetto alla dichiarazione di residenza dell'intimante, che pur rappresenta, come foro generale del creditore, il luogo d'adempimento dell'obbligazione. Mentre infatti per il processo di cognizione si assume a metro della competenza giudiziaria per territorio il foro generale del convenuto e solo in via concorrente e facoltativa il luogo d'esecuzione dell'obbligazione, al contrario per il precetto viene assunto il foro generale dell'intimante e solo in via facoltativa e alternativa il luogo specifico d'esecuzione dell'obbligazione art. 1182 c.c.). Né si comprenderebbe diversamente il carattere ulteriormente surrogatorio del luogo dell'eseguita notifica, se essa va fatta coll'osservanza delle norme di cui all'art. 139 c.p.c. È peraltro vero che il debitore può pagare a mani dell'ufficiale giudiziario e quindi in luogo

(33) D'ONOFRIO, *op. cit.*, II, pp. 167, 168; SATTA, *op. cit.*, p. 436; REDENTI, *op. cit.*, II, 2, p. 169.

(34) Cass., 19 dicembre 1947, n. 1716, in *Rep. Foro it.*, voce *Esecuzione per consegna o rilascio*, c. 466, n. 16; Trib. Genova, 23 ottobre 1948, in *Mon. trib.*, 1949, p. 105.

diverso da quello della residenza o del domicilio eletto del precettante (art. 494, 1° comma c.p.c.) ma che esso lo liberi senz'altro è da revocarsi in dubbio ove si ponga mente alla frase terminale «con l'incarico di consegnarli al creditore». *Se ordunque l'esecuzione cui ha riguardo l'art. 480, 3° comma c.p.c. è quella in forma specifica (e volontaria), il giudice indicato come competente «ratione materiae» è il Pretore.* Tale conclusione non solo si ricava dall'art. 16, 1° comma c.p.c. ma anche dall'art. 1515, 3° comma c.c. Quest'ultima norma è sintomo di un principio più generale: che cioè al Pretore è devoluta, in via eventuale, la materia della attuazione diretta dello *ius subiectivum*. Lo stesso credito, in quanto sia assunto come oggetto di espropriazione (arg. *ex art. 16 c.p.c.*) richiama la sua competenza *ratione materiae* e nell'espropriazione del credito è implicito il suo adempimento. Anche per altra via si potrebbe arrivare all'indicazione del Pretore, ove si volesse in sede sistematica distinguere l'azione esecutiva mobiliare da quella immobiliare, classificando fra le prime quella che trova la sua espressione nel precetto e che si estingue coll'adempimento (*ex art. 16 c.p.c.*). È indubbio, quanto meno procedendo per esclusione, che, anche sotto questo aspetto, competente sarebbe il Pretore. Sarà opposto *ex adverso* che trattandosi di esecuzione volontaria, ne resta esclusa la presenza di qualunque giudice, anche in via presuntiva. Il rilievo non pare esatto. Anche l'esecuzione *ex art. 1515 c.c.*, se ha carattere forzato, non ha carattere giurisdizionale e ciò non toglie la eventuale presenza del Pretore, come giudice competente per l'esecuzione. D'altro canto è stato già osservato dalla dottrina a riguardo del precetto di consegna, rilascio, ecc., che la presenza del giudice d'esecuzione può ben manifestarsi anche solo in sede di opposizione e non è luogo a dubitare che un siffatto atto postuli un'esecuzione volontaria. In verità l'espressione «giudice competente per l'esecuzione» può avere un duplice significato: talora può indicare il giudice che dirige le operazioni esecutive, talaltra anche solo il giudice che esplicita un'attività di controllo e di pronunzia.

Nel primo caso egli concorre a porre in essere l'esecuzione, nel secondo vi partecipa del pari togliendone un ostacolo (reiezione dell'opposizione) od annullandola (accoglimento). In altri termini la frase «giudice competente per l'esecuzione» è un modo di dire *elittico*, in quanto essa si risolve in quest'altra «giudice (dell'opposizione) competente per l'esecuzione». La opposizione determina il rapporto giurisdizionale e quindi la presenza del giudice, che dovendo, per risolvere l'opposizione, giudicare dell'atto opposto può ben chiamarsi giudice dell'atto e quindi dell'esecuzione. La natura dell'esecuzione definisce la materia della competenza esclusiva del giudice. Sotto questo profilo può anche dirsi che il rapporto giurisdizionale, instaurato coll'opposizione, costituisce l'angolo di prospettiva che dà un senso alla mentovata espressione e la forma dell'esecu-

zione rappresenta l'angolo di rilevazione della competenza. Il senso pratico si ricava dalla comparazione degli artt. 480, 3° comma, e 617, 1° comma c.p.c. vigente cogli artt. 455, 3° comma, e 452 del progetto Solmi. La soluzione accolta dalla legge processuale attuale si esprime infatti coll'affidare l'opposizione al giudice preposto a conoscere dell'atto (competenza per l'esecuzione) mentre quella divisata dal progetto Solmi affidava la cognizione dell'atto al giudice preposto all'opposizione (competenza per l'opposizione). L'obbezione dianzi formulata e criticata è superabile sol che si pensi che la stessa deroga territoriale (art. 480, 3° comma) la esclude, in quanto il risultato non è la mera ricezione di un giudice, che postuli il carattere giurisdizionale dell'esecuzione, ma bensì la configurazione di un giudice competente può non coincidere col giudice dell'esecuzione, eppertanto con esso non si identifica. Il che spiegherà perché possa aversi coesistenza di un giudice figurativamente competente per l'esecuzione ed effettivamente per l'opposizione e di un giudice che dirige gli atti esecutivi successivi al precetto. La coesistenza si spiega però anche col carattere sanzionatorio dell'esecuzione forzata rispetto alla non esecuzione (disobbedienza) del comando. La prima rappresenta una forma di ulteriore esecuzione rispetto alla seconda. La persistenza della disobbedienza legittima per ciò solo l'applicazione della sanzione, ma qualora la disobbedienza venga giudicata conforme alla legge per invalidità del comando, ne deriva la illegittimità della sanzione e quindi l'annullamento degli atti di applicazione di essa.

Il giudice investito dall'opposizione in quanto deve pronunziarsi sulla validità od invalidità del precetto, che si risolve nella illegittimità o meno della sua esecuzione in forma specifica e quindi nella legittimità dell'applicazione della sanzione, può ben dirsi giudice competente per l'esecuzione. Né questa può ridursi alla mera attività di applicazione della sanzione (esecuzione forzata), ma bensì comprende le due fasi ed in relazione all'attività dell'una o dell'altra acquista un significato specifico.

La conclusione è quella offerta: giudice competente per le opposizioni a precetto per irregolarità formali, proposte prima dell'inizio dell'esecuzione forzata è il Pretore, quale competente per l'esecuzione (volontaria) in forma specifica del comando di parte.

Rimane però ad augurarsi che espressioni oscure letteralmente del tipo di quelle di cui all'art. 617. 1° comma, c.p.c. siano presto bandite dal legislatore «giacché qui non ha tanto importanza la soluzione che si adotti, quanto che si adotti una soluzione in guisa da eliminare ogni incertezza»⁽³⁵⁾.

(35) Relazione progetto Solmi, tit. III, n. 330.

CAPITOLO SECONDO

Lo scritto è stato richiamato da:

F. BUCOLO, *Giudice competente per le opposizioni formali preesecutive*, in *Giur. it.*, 1958, IV, p. 17; R. SANSONE-BRACCI, *Codice dell'esecuzione*, sub art. 617, p. 960; L. REIBALDI-P. VITTORIA, *Formulario del processo di esecuzione*, Milano, 1981, sub art. 617, p. 1267; CARPI-COLESANTI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 1984, sub art. 617, p. 798.