



con il patrocinio del
Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova

ATTI DEL CONVEGNO
LA RIFORMA DEL PROCESSO ESECUTIVO E
CAUTELARE
(Problematiche applicative)

23 MAGGIO 2006

A cura della Camera Civile Genova

**PRESENTAZIONE E RINGRAZIAMENTI AI PARTECIPANTI, AI RELATORI, ALLA
FONDAZIONE CARIGE E ALL'AVV. MAURO FERRANDO DELL'AVV. ANDREA
SERGIO, PRESIDENTE DELLA CAMERA CIVILE DI GENOVA**
(omissis)

**L'ESPROPRIAZIONE FORZATA IN GENERALE E L'OPPOSIZIONE ALL'ESECUZIONE:
Prof. Avv. Sergio LA CHINA Ordinario di Diritto Processuale Civile Università Genova**

Ringrazio la Camera Civile di Genova, non è soltanto un atteggiamento di cortesia ma perchè veramente, quando c'è una riforma, studiarla e leggerla non basta in quanto bisogna avere uno stimolo concreto e si studia bene la legge quando si ha motivo di applicarla.

Detto questo, quando ci sono delle riforme così imponenti bisogna avere due accorgimenti: 1) cercare di capire lo spirito generale della riforma, 2) passare, sia pure così per sondaggi, ad alcuni dei più rilevanti problemi pratici, esegetici ed applicativi.

Per capire lo spirito della riforma genericamente si dice: finalmente si sono accorti dell'importanza del procedimento di esecuzione forzata che meritava di essere ritoccato sul piano empirico, mentre, su un altro piano, per capire esattamente cosa succede occorre premettere che tutti abbiamo studiato la procedura attraverso alcuni principi generali quali il contraddittorio, il giudicato mentre l'esecuzione costituiva l'ovvio completamento di una vicenda che aveva il suo momento più intenso e drammatico nella cognizione e nel giudicato. E' questa impostazione che per forza di cose ha cominciato a vacillare ed ad offuscarsi nel tempo; per motivi molto banali sappiamo che il giudicato arriva a distanza di cinque o più anni dal fatto e quindi questo giudicato, che era al centro

dell'attenzione anche da parte della dottrina, si è un po' offuscato; il sintomo di ciò è iniziato con l'anticipazione dell'esecuzione provvisoria che assiste da non molto tempo ex lege la sentenza di primo grado, questo tipo di fenomeno è il sintomo del fatto che ad un certo punto la certezza totale diventa irraggiungibile ed è quasi più importante avere nel tempo corrente per una certa protezione di legalità (...). Ciò potrà anche cambiare con uno sforzo di anticipazione per il cautelare ed i provvedimenti di urgenza in genere, il processo societario ed i provvedimenti anticipatori, che continuano ad avere il loro rigore anche se non viene promosso il procedimento di conferma.

Tutto questo è un tentativo di rimedio al problema del giudicato, diventato un sogno, è questo lo spirito della riforma del procedimento di esecuzione forzata ed è un fenomeno analogo a quello relativo alla riforma del procedimento penale in quanto l'esecuzione penale sembrava materia di direttori di carceri con qualche intervento del giudice di sorveglianza(...). Si è tutto incentrato sul problema della esecutività e della effettività del giudicato (...). Ciò spiega perchè si sia incentrata l'attenzione sul procedimento esecutivo in modo da renderlo più efficiente ed idoneo a raggiungere l'effetto che gli si voleva dare, è un problema di adeguamento della forma allo scopo e molte sono modifiche elementari alcune anche utili tecnicamente. Vi è tuttavia la tendenza ad allargare i termini come il termine per l'opposizione agli atti esecutivi che passa da 5 a 20 giorni. E il termine per l'ufficiale giudiziario riguardante l'esecuzione forzata per il rilascio che passa da tre a dieci giorni. Ciò è discutibile, ma alcuni aspetti che caratterizzano la sostanza di questa riforma sono, ad esempio, l'ampliamento dei titoli esecutivi, (...). In pratica vi è la tendenza di fare a meno del processo, di scartare il processo di cognizione (...) (si pensi alla scrittura privata autenticata già di per sé titolo esecutivo). Ciò significa passare alla fase esecutiva dal maggior numero di posizioni giuridiche con questa documentazione elementare costituita dalla scrittura privata autenticata, con il che si abbandona l'idea che il titolo esecutivo incarnasse un accertamento qualificato, invece una scrittura privata non incarna un bel niente! (...). Ed è sicuramente questo il segno più esplicito dell'intenzione del legislatore che, forse ridotto un po' alla disperazione dalla situazione cronica di crisi della macchina processuale, cerca di sveltirla eliminando alcuni passaggi e contrastando con alcuni principi di fondo provoca evidenti contraccolpi. La riforma stravolgente, tuttavia, non la troviamo mai in quanto certe esigenze riemergono come una bolla d'aria che risale nell'acqua verso l'alto, perché? Si che la scrittura è titolo esecutivo e si può procedere a pignoramento, ma quale è il rimedio? Ecco che l'istanza di sospensione dell'esecutività acquista uno spazio che prima non c'era in quanto si può chiedere la sospensione già con la semplice opposizione a precetto e c'è pertanto da aspettarsi un gran numero di opposizioni all'esecuzione ed allora ecco che questo illusorio vantaggio di partire subito con l'esecuzione scartando la cognizione si brucia e viene inevitabilmente riequilibrato da fatto che la cognizione, prima evitata, emerge in una fase successiva. Vi sarà comunque una percentuale di esecuzioni basate su scrittura che non verranno opposte e ciò potrà costituire un certo vantaggio da tenere presente.

Un altro aspetto vantaggioso da tenere presente deriva dal fatto che i titoli notarili, contrariamente a prima della riforma, sono ammessi per l'esecuzione forzata per consegna o rilascio come, ad esempio, nel caso di scuola di un contratto di compravendita, il compratore potrà ottenere il rilascio forzato, in tal modo riequilibrando così la situazione di svantaggio in cui egli versava rispetto al venditore che poteva agire per il prezzo.

Passiamo ora alla norma sul pignoramento che è stata stravolta e sulla quale si scaricano molti problemi. Il pignoramento è diventato complicato (N.D.R.) Avendo voluto il legislatore tenere conto sia dell'esigenza di bloccare alcuni beni dell'esecutato, sia dell'esigenza di farne un momento di ricerca e scoperta di beni aggredibili; (...) Il pignoramento è diventata la prima fase di diversi possibili procedimenti che hanno lo scopo di portare a scoprire beni occulti, come? I passaggi sono due: la prima fase è quella di accesso dell'ufficiale e non è cambiata, mentre la seconda fase (ecco che emerge la preoccupazione dell'efficacia della procedura espropriativa e di moralizzare tale

situazione) prevede dapprima che l'ufficiale giudiziario, anche in maniera brusca, sollecita il debitore a collaborare invitandolo a palesare quali altri beni abbia, sotto pena, in caso di dichiarazione falsa, delle sanzioni del 388 c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice al quale è stato aggiunto un comma), dopodichè è addirittura prevista che la ricerca di beni sia effettuata dall'uff. giud. rivolgendosi a banche dati pubbliche o dell'anagrafe tributaria.

L'Ufficiale Giudiziario va oltre il suo semplicissimo spazio del pignoramento con l'accesso in loco e qui sorgono problemi delicatissimi quali, ad esempio, il tempo per la ricerca presso le banche dati o l'anagrafe o la possibilità che gli eventuali beni individuati spariscano subito dopo ed allora si tratta o no di distrazione di beni pignorati?; si tenta di risolvere il problema della insufficienza anche sopravvenuta dei beni gravando il debitore di obblighi ed estendendo i poteri d'indagine dell'uff. giud. Peraltro, evidenzio che l'obbligo d'indicare i beni presuppone che il debitore sia presente, cosa che raramente si verifica, e si può dire agli altri soggetti (moglie, figlio, dipendente etc.) di dichiarare gli altri beni da sottoporre a pignoramento, pena le sanzioni penali? Quale è il grado di conoscenza che il soggetto è tenuto ad avere? In pratica, anche la sanzione penale viene a svuotarsi di contenuto.

Altro profilo che è rimasto scoperto è: come si fa a pignorare i beni non materializzati? Non spetta a me fare una lezione sulla smaterializzazione di strumenti finanziari, ma oggi si va avanti mediante espedienti ed è un problema non risolto anche da parte della dottrina. (...) Un altro problema che sottolineo riguarda il fatto che nel pignoramento l'uff. deve avvertire il debitore che può convertire il pignoramento onde evitare la vendita e consentire una rateazione del debito. Ciò è importante ed è regolato con molta minuzia.

Non è inoltre da trascurare una nuova attenzione per gli aspetti telematici.

Riguardo ai miglioramenti sugli aspetti tecnici del processo, rilevo che questi incidenti che nascono nel corso della procedura di fronte al giudice dell'esecuzione, se questi è competente, decide la vertenza dopo aver istruito la causa. Questa norma apparente semplice crea un problema con la fase iniziale della causa di merito che ha tutta una serie di tempistiche da rispettare e di preclusioni (l'inizio del processo di cognizione non è pertanto indolore), s'impone un tempo in più in quanto si debbono ora rispettare i tempi della causa ordinaria. Per quanto riguarda, invece, l'opposizione agli atti esecutivi il Giudice fissa un termine per la notifica del ricorso e decreto ed all'udienza dai provvedimenti che ritiene indilazionabili e fissa un termine perentorio per il giudizio di merito, previa iscrizione a ruolo (...) Anche qui vi è la preoccupazione di investire il giudice del merito nelle forme complete dell'instaurazione di un processo di esecuzione; si perde così una semplificazione e peraltro la sentenza non è impugnabile. Io qui concluderei avendo indicato i passaggi principali, le cose importanti sono quindi l'esecutività estesa alle scritture private autenticate, il pignoramento che è il centro della nuova esecuzione forzata con il fine di ovviare al problema dell'insufficienza dei beni pignorati con una serie di mezzi d'indagine, e poi vi sono una serie di norme tecniche sparse.

INTERVENTO DELL'AVV. FERRANDO CHE RINGRAZIA LA CAMERA CIVILE DI GENOVA (omissis)

LE ESPROPRIAZIONI IMMOBILIARI: VENDITA CON O SENZA INCANTO: Dott.ssa Giovanna DOMINICI Presidente f.f. sez. Fallimentare Tribunale di Genova

Ringrazio la Camera Civile di Genova. Prima di parlare in particolare sulle vendite con incanto o senza incanto, vorrei agganciarvi al discorso svolto dal prof. La China ed esprimere a Voi i primi risultati di questa forma del pignoramento ed in particolare alla dichiarazione che l'ufficiale rivolge al debitore minacciandolo di sanzioni che non credo spaventino molto il nostro debitore in quanto ben sappiamo che avendo il nuovo 388 c.p. stabilito l'arresto fino a due mesi, tale norma non potrà che comportare una sanzione irrisoria mi sembra da un minimo di 103,00 ad un massimo di 1033,00 euro. Però io ho notato in questi primi pignoramenti che il nostro debitore deve essere furbissimo

perchè ha risposto subito indicando i propri beni e se è vero che i beni indicati sono automaticamente soggetti a pignoramento è altrettanto vero che l'uff. ha sempre il compito di andare a cercare il bene e spesso non riesce a trovarne traccia. Un avvocato mi era venuto a chiedere che cosa avrebbe potuto fare, io gli ho risposto che avrebbe potuto far ben poco se non agganciarsi a quella norma che dice dal momento della dich. il bene è pignorato e, quindi, presentare querela per sottrazione di beni pignorati e quindi quel povero creditore che ha già affrontato enormi spese si trova praticamente senza niente in mano.

Contemporaneamente alla riforma del codice di procedura è stata introdotta quella della legge fallimentare. Mentre prima il creditore, forse equivocando sulla funzione dell'istanza di fallimento, presentava l'istanza come un mezzo per ottenere il pagamento e lo otteneva per il timore da parte del debitore delle conseguenze del fallimento, ora questo non si potrà più fare anche perchè per ottenere la dichiarazione di fall. ci vorranno particolari requisiti essendo stata modificata la definizione stessa di piccolo imprenditore, mentre prima si presentavano istanze per un credito di mille euro ora per presentare l'istanza e raggiungere la dichiarazione bisogna che sia accertato che il credito non sia inferiore a venticinquemila euro. Quindi il legislatore avrebbe modificato l'esecuzione in modo da agevolare il recupero del credito. Fatta questa premessa io parlerei della esecuzione immobiliare. A prima vista, secondo me, la riforma è un'ottima cosa anche se il legislatore non ha avuto il coraggio di abbandonare completamente la vendita con incanto. Abbiamo tutti noi notato che in questi anni le procedure duravano a non finire, vi era il tentativo di rinviare il più possibile le vendite con incanto, le vendite con incanto il più delle volte venivano fatte in modo tale andare deserte ed ottenere l'abbassamento del prezzo per una, due, tre volte per poi arrivare a vendere stremati per una procedura che durava 10-15 anni finendo per agevolare tutti i vari speculatori che partecipano alle vendite. Ora la vendita senza incanto direi che dovrebbe dare degli ottimi risultati anche perchè dovendo, chi intende partecipare all'asta, fare l'offerta in busta chiusa, non rimarrà intimorito perché tutto dovrà avvenire con la massima trasparenza alla presenza del giudice o del professionista delegato e, quindi, con l'apertura delle buste: se vi saranno più offerte si aprirà una gara, evitando così gli accordi pre-asta. Un'altro aspetto importante è la possibilità di partecipare alle vendite senza incanto anche a quelle persone che non hanno da subito la somma iniziale in quanto è possibile ottenere un finanziamento finalizzato alla presentazione dell'offerta e partecipare all'incanto. Il legislatore ha infatti previsto che è prevista l'iscrizione ipotecaria di primo grado sull'immobile ed al momento che verrà trascritto il decreto di trasferimento verrà subito iscritta ipoteca. Altra buona cosa è la possibilità data al Giudice di nominare custode persona diversa dal debitore, anche prima talvolta veniva sostituito il custode e nominato, il più delle volte, un C.T.U. ma le funzioni del consulente erano limitate ed in casi particolari: ora la figura del custode è importante in quanto gli sono affidati maggiori compiti. Il custode potrà consentire ai potenziali acquirenti di far visionare l'immobile e ciò è un'ottima cosa, egli potrà inoltre dare tutte le informazioni necessarie alle persone interessate all'acquisto mentre prima ciò non era possibile. Questo secondo me consentirà che molte più persone parteciperanno all'asta. Recentemente ero Giudice Delegato ad una vendita senza incanto secondo il nuovo rito e posso dire che è andata nel miglior modo possibile perchè partendo da un prezzo base di € 45.000,00 vi sono state tre offerte, due delle quali presentate nei termini dell'art. 572 con aumento del quinto ed una terza notevolmente superiore di 75.000,00, ho invitato le parti a partecipare alla gara (in tal caso il Giudice o il professionista delegato può stabilire rilanci più ravvicinati per rendere più appetibile la partecipazione alla gara) ed a seguito di essa l'offerta è arrivata ad € 90.500,00. Mi auguro che tutte le vendite vadano nello stesso modo, ma posso dire che tra tutte le riforme quella delle esec. immobiliari è la migliore...

ADR: Anche se vi sono più offerte ed una è più alta, io debbo indire la gara per non precludere la possibilità di raggiungere un prezzo di aggiudicazione il più alto possibile; la norma, infatti, parla di più offerte e non dice in caso di più offerte quale deve essere la scelta. Anzi, il legislatore nell'art.

586 ha addirittura stabilito che il Giudice, qualora ritenga che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, può sospendere la vendita ed indirne una nuova.

Il legislatore non è stato tanto coraggioso da abbandonare la vendita con incanto per cui il Giudice dell'esec., nel momento dell'ordinanza di vendita, deve fissare contempor. i due modi di vendita. Vi possono essere diversi motivi per cui non si proceda alla vendita senza incanto: ad es. perchè non vi sono state offerte, perchè quelle presentate non sono efficaci (sapete che debbono essere presentate in busta chiusa entro le ore 13 del giorno preced. a quello fissato per l'esame delle offerte, oppure senza cauzione o in misura inferiore di 1/10 al prezzo offerto).

Io direi che, siccome nella stessa inserzione sul sito e sul giornale viene data notizia contemporaneamente della vendita senza incanto e poi della vendita con incanto, il legisl. non stabilisce a quale distanza debba essere seguita la vendita con incanto, io sarei dell'idea per non allungare troppo i tempi che la vendita con incanto avvenga entro max due settimane. Nel caso in cui non si riuscisse a realizzare nulla il legisl. ha previsto tre-quattro possibilità: 1) dare l'immobile in amministrazione giudiziaria, 2) rifissare un'altra vendita con incanto allo stesso prezzo base, 3) abbassare il prezzo base d'asta di un quarto e rifissare la vendita senza incanto e con incanto (qui i termini sono più ridotti: non inferiori 60 giorni); 4) stabilire un'altra vendita senza incanto e modificare i tempi ed i modi di versamento del prezzo anche mediante rateazione.

L'altra novità particolare riguarda quello che chiamavamo l'aumento del sesto, ora è il quinto e lo si può fare solo avvenuto l'incanto. Io però mi domando, in relazione al disposto del 586, perchè se io ho aggiudicato l'immobile ad un certo prezzo perchè debbo precludere la possibilità di ottenere un prezzo maggiore? La finalità della procedura esecutiva non è solo vendere ma cercare di realizzare il più possibile.....anche perché sappiamo che le spese della procedura sono molto alte, parliamo in particolare delle spese per la cancellazione della trascrizione de pignoramento e dell'iscrizione ipotecaria. La legge non dice nulla. Io sono dell'idea che le spese vadano poste a carico dell'aggiudicatario perché se uno ha fatto l'acquisto per andare ad abitare l'immobile, potrà tenersi le iscrizioni, mentre se l'acquirente ha fatto l'acquisto per fini speculativi, perché le spese devono rimanere a carico della procedura? Non ne vedo la necessità.

Altra novità è che il legislatore ha disposto che, prima del decreto di trasferimento, il Giudice può stabilire la liberazione dell'immobile. Mi sta bene. Voi sapete tuttavia che le spese dei compensi per il custode o per il professionista delegato (vi sono elenchi che verranno aggiornati semestralmente) - il legislatore non li ha ancora stabiliti - avranno una certa incidenza come le spese di procedura per ottenere la liberazione dell'immobile. Mi auguro quindi che tali ultime spese vadano poste a carico dell'aggiudicatario, altrimenti si rischia che il debitore risulti aver pagato solo in minima parte il proprio debito.

Colui che partecipa alle vendite sia con che senza incanto, deve versare una cauzione, nulla si dice sull'acconto spese, ma è bene stabilire che versi anche un acconto anche a titolo di spese (il legislatore non dice niente, salvo che per il mancato versamento del prezzo, art. 587) per evitare che si blocchi la procedura.

Io penso di aver rapidamente detto le principali modifiche e passerei la parola al dr. Basoli.

L'INTERVENTO E LA SOSPENSIONE NEL PROCESSO ESECUTIVO

Dott. Vincenzo BASOLI Giudice Tribunale di Genova

Ringrazio la Camera Civile per avermi invitato ed i partecipanti, io vorrei commentare con voi l'intervento e la sospensione, novità in realtà pesanti che dimostrano come talvolta la modifica genetica non riguardi soltanto piante ed animali ma anche le norme in quanto, nel corpo della norma, è stata tentata una simbiosi tra il creditore privo di titolo esecutivo ed il decreto ingiuntivo. E' bene capire perchè tutto questo e quali sono le conseguenze che non sono da poco. Il 499 introduce nel mondo dell'esecuzione uno strano passaggio a due fra l'esecuzione che si svolge ed il titolo che si forma. Nella sostanza, in passato (Cass. 2005), il creditore che interviene può intervenire sino alla fine purchè il suo credito sia liquido ed esigibile ma non può compiere atti d'impulso. Ora la distinzione riguarda creditori muniti di titolo esecutivo e creditori non muniti di

titolo esecutivo, lasciando da parte i primi, la vicenda è nota, parliamo del creditore non munito di titolo con scritture contabili autenticate da Notaio (art. 2214 c.c.). Questa norma consente la presentazione di un ricorso, la notifica dell'estratto notarile delle scritture al debitore e l'intervento. Una volta separati i creditori con e senza titolo esecutivo, non possono essercene altri, se il debitore riconosce il debito le somme si mettono da parte e poi si distribuiscono, mentre se il debitore non le riconosce queste somme vanno accantonate se il creditore non munito di titolo propone azione per ottenere il pagamento. Abbiamo quindi una fase esecutiva con una fase di formazione del titolo, qualcosa che si esegue prima ancora di avere l'accertamento del diritto, la cosa più pesante che trovo nella norma è che il Giudice può dare un termine fino a tre anni per ottenere un titolo (supponiamo una sentenza esecutiva) e quindi le somme rimangono accantonate per molto tempo e per somme anche considerevoli solo sulla base di scritture contabili. Mi ponevo il dubbio fino a che punto tale procedura rasenti le misure cautelari, quale è la spiegazione per cui il debitore che contesti il titolo non è in grado di ottenere quanto residua dalla procedura esecutiva.

Posso aggiungere che l'intervento da diritto a partecipare alla distribuzione, alla espropriazione ed a provocarne i singoli atti, quando si parla di intervento si sottolinea probabilmente l'interv. del creditore munito di titolo esecutivo, mi pare che non vi sia salto logico su questo. Il problema si pone anche per quanto riguarda l'estinzione della procedura in quanto se viene meno per rinuncia il creditore munito di titolo esecutivo, il creditore senza titolo con le sole scritture contabili non può dare atti d'impulso e, quindi, il cred. senza titolo non ha chance per cui è bene che si doti di titolo esecutivo.

La distribuzione della somma ricavata è quella che vi ho detto prima, vi è tuttavia un inciso che ci ha lasciato perplessi in tutti i casi il riconoscimento del debitore rileva ai soli effetti dell'esecuzione, allora qui tocchiamo il culmine della modificazione genetica. Supponiamo che il riconoscimento abbia un valore ai soli fini dell'esecuzione questo comporta che il debitore domani, dopo aver pagato, possa pretendere dal creditore la restituzione delle somme, sto cercando di immaginare la portata della riforma, è un punto interessante da approfondire. Naturalmente, vi sono poi passaggi piuttosto semplici, il creditore deve fare istanza dimostrando di aver proposto l'azione necessaria, 30 gg. per proporre l'azione, 40 gg. per opporre l'opposizione, il debitore qui non avrebbe la possibilità di opporre tempestivamente. L'unico grimaldello che potrebbe disarticolare è costituito dalla sospensione della esecuzione. Vi sono grossi punti interrogativi. Se quelle somme sono molto contestate, quale è lo strumento? La modificazione genetica qui è pesante...

Vi dico soltanto ancora qualcosa su un'altra norma che lascia dei punti in sospeso, non parlo della sospensione concordata è solo un fatto di lettura, la norma lascia uno spazio di aspettativa per le parti al fine di sistemare la situazione debitoria.....questo è uno dei modi che il legislatore ha introdotto e secondo me molto a ragione perché dobbiamo pensare che vi sono delle forme di composizione che prescindono da esecuzioni, liti, vi è un mondo parallelo a quello della giurisdizione che deve garantire ai soggetti reciprocamente dei comportamenti adeguati.

(..)... pienamente sensata, pienamente funzionale e io spero che voi stessi, tutte le volte che venite da noi, invece di chiederci semplicemente un rinvio, ci diciate: -vogliamo un rinvio concordato, vogliamo un rinvio di 24 mesi perchè abbiamo delle forme di garanzia che sono costituite dalla procedura stessa, perchè il debitore si è impegnato seriamente a restituirci tutto, arriverci e grazie, a noi fa piacere, a voi fa piacere al debitore fa piacere-.

Discorso molto diverso per quanto riguarda la sospensione per gravi motivi: questa anche è una norma particolare.

Dov'è la particolarità della norma?

Che fa una strana commistione e anche qui modificazione genetica: l'ordinanza di sospensione può avere anche efficacia estintiva del pignoramento quando ad essa sia stata fatta acquiescenza dalla parte opposta.

Allora questo è il primo passaggio.

Da che cosa nasce questo?

A volte, nel prendere in esame le istanze di sospensione si affrontano delle questioni che sono molto più avanzate e tutto questo può dare alla parti una perfetta consapevolezza che anche nel merito il giudice dell'esecuzione si pronuncerà così.

Allora che senso ha continuare?

E allora ecco che la norma giustamente dice "quando ad essa sia stata fatta acquiescenza da parte opposta": qui è la parte opposta che si rende probabilmente conto e dice -va beh si ho capito, me ne sto, chiudiamola là-.

In ogni caso, in ogni altro caso, l'interessato può comunque promuovere il giudizio di merito sull'opposizione.

Ecco che quindi abbiamo anche la fase eventuale.

Quindi, (i) pronuncia sulla istanza di sospensione, (ii) accoglimento dei motivi dell'opposizione perlomeno, diciamo delibazione seria della fondatezza dei motivi dell'opposizione, (iii) sospensione dell'opposizione.

A questo punto, la parte opposta, quindi il creditore precedente, si porrà il problema -mi conviene andare avanti o non mi conviene andare avanti-?

Detto questo può dire -no, non vado avanti-.

Oppure può dire ogni altro interessato...

Già qui il problema "ogni altro interessato": provate ad immaginare chi può essere interessato ad una situazione del genere.

Devo dire che ci vorrà un po' di esperienza, un po' di casi concreti per capire se riusciremo ad identificare dei soggetti che siano portatori di una legittimazione ad agire.

Qui posso pensare alla posizione del terzo, il terzo che vanta dei beni.

Posso pensare ad una simulazione.

La prospetto.

Qui, poi, passiamo ad una questione che tratterà il prof. Righetti e che riguarda la fase di opposizione.

Il testo della norma è questo: "nei casi di sospensione del processo disposta ai sensi del primo comma e non reclamata (è quello che abbiamo detto adesso) nonché disposta o confermata in sede di reclamo, il Giudice che ha disposto la sospensione dichiara con ordinanza non impugnabile l'estinzione del pignoramento".

"Con ordinanza non impugnabile": primo passo.

"Previa eventuale imposizione di cauzione": secondo passo.

Interpretazione.

"E con salvezza degli atti compiuti, su istanza dell'opponente alternativa all'instaurazione del giudizio di merito sull'opposizione".

"Su istanza dell'opponente".

"Fermo restando in tal caso il suo possibile "promuovimento" da parte di ogni altro interessato".

Dunque, c'è, poi, il primo passaggio:

"contro l'ordinanza che provvede sull'istanza di sospensione è ammesso reclamo ai sensi dell'art. 669 terdecies".

“La disposizione di cui al periodo precedente si applica anche al provvedimento di cui all’art. 512” (il 512 è quello che regola il contrasto fra le parti in ordine alla distribuzione delle somme ricavate dalla esecuzione).

Però qui, anche, vedete che queste modalità di commistione è in questo caso attuata attraverso il riferimento al procedimento di reclamo per provvedimenti cautelari: siamo nel 669 terdecies.

Si apre una fase che, voi, come sapete, è retta dal 737, siamo nell’ambito della procedura per volontaria giurisdizione, come procedura: camera di consiglio.

E, quindi, questo procedimento si incammina sotto questa altra, diciamo, questione.

L’unico domanda, l’ultima che mi pongo e che vi pongo è: perchè il debitore che si trovi davanti un titolo non esecutivo fondato su scrittura contabile autenticata non può proporre reclamo?

Cioè, manca qualcosa qua o no?

Perchè qui, diciamo, la possibilità per il giudice dell’esecuzione di accantonare per tre anni 80.000 euro forse sarebbe degna di una considerazione diversa.

Passo, quindi, la parola, ringraziandovi dell’attenzione, al prof. Righetti.

I PROCEDIMENTI CAUTELARI E POSSESSORI

Prof. Avv. Enrico RIGHETTI Ordinario di Diritto dell’Arbitrato Università Genova

Il tema oggetto del mio intervento, è quello della riforma dei procedimenti cautelari.

Qui il legislatore è intervenuto con alcuni correttivi molto spesso apprezzabili, molto opportuni.

In particolare, l’intervento del legislatore si è incentrato su tre aspetti.

Prima di tutto sulla disciplina generale dei procedimenti cautelari e sugli artt. 669 quinquies, 669 octies, 669 decies e 669 terdecies, in particolare, che andiamo a trattare.

Poi, un secondo momento di intervento del legislatore si è avuto in materia di procedimenti di istruzione preventiva e, in terzo luogo, il legislatore è anche intervenuto nella materia dei procedimenti possessori.

Seguendo l’ordine logico, inizierei a parlare dell’intervento del legislatore della riforma sulla disciplina generale dei procedimenti cautelari.

Comincio, lasciatemi spendere due parole sull’art. 669 quinquies, sull’intervento che ha toccato appunto l’ art. 669 quinquies.

L’intervento è molto semplice.

In particolare, il legislatore ha riconosciuto la possibilità di richiedere la tutela cautelare al giudice ordinario anche in presenza di un accordo compromissorio per arbitrato irrituale o libero.

Non è una novità.

Qui, l’intervento si è reso necessario perchè?

Perché la giurisprudenza prevalente, anche della Suprema Corte di Cassazione, riteneva che, in caso di arbitrato libero, di arbitrato irrituale, ci fosse una vera e propria rinuncia alla giurisdizione.

Quindi, le parti, rinunciando alla giurisdizione, avrebbero dovuto rinunciare anche alla tutela cautelare, quindi alla tutela giurisdizionale in via cautelare.

E questo era un orientamento giurisprudenziale assolutamente predominante.

Orientamento che si è venuto ad intaccare, prima di tutto con una sentenza della Corte Costituzionale, la n. 320 del 2002, che ha ritenuto, diciamo, irragionevole questo orientamento della giurisprudenza e ha criticato questa prevalente giurisprudenza, ritenendola in contrasto con i principi di inviolabilità del diritto costituzionale alla tutela giudiziaria.

In secondo luogo l’art. 35 del D.lgs. n. 5 del 2003, in materia di arbitrato societario, ha preso, anche in questo caso, in considerazione l’arbitrato libero, l’arbitrato irrituale.

L’aspetto interessante di questo intervento è che il legislatore ha posto rimedio ai problemi che poneva questo orientamento giurisprudenziale.

Passiamo ora all'art 669 octies, dove si è avuto l'intervento forse più importante di tutta la riforma. Prima di tutto, come ha detto il prof. La China, il legislatore ha esteso i termini da trenta giorni per l'inizio della causa di merito a sessanta giorni, ovviamente in conseguenza di un provvedimento di accoglimento della domanda di tutela cautelare proposta *ante causam*.

Quindi, in caso di ordinanze di accoglimento di una domanda di tutela cautelare proposta *ante causam*, il termine per iniziare il giudizio di merito è stato portato a 60 giorni (30 giorni i termini previsti in precedenza).

La novità più importante riguarda gli ultimi 3 commi, che sono stati aggiunti all'art. 669 octies. Questa novità era stata anticipata dal processo societario e, in particolare, ricalca l'art 23 del Decreto Legislativo n. 5 del 2003.

Infatti, il 6 comma prevede che per i provvedimenti di urgenza, per quelli emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto, e per tutti i provvedimenti cautelari anticipatori, non è più necessario intraprendere la causa di merito, ossia, non è più necessario che venga instaurata dal ricorrente la causa di merito perché il provvedimento diventi definitivo. In particolare perché il provvedimento cautelare emesso non diventi inefficace ai sensi del successivo art 669 nonies.

Qui il legislatore ha accolto gli indirizzi che erano stati precedentemente espressi, soprattutto in dottrina e si basavano un po' sull'esperienza francese di "référé".

Questa norma prevede inoltre che in questi casi, ossia nei casi in cui non sia necessario intraprendere il successivo giudizio di merito, il Giudice non assegna termine per iniziare il Giudizio di merito e liquida le spese. La liquidazione delle spese, in precedenza, era prevista solo nel caso di provvedimento negativo. Quindi, in questo caso il giudizio di merito è solo facoltativo.

La legge dice espressamente "può essere iniziato". Il termine ovviamente, anche se l'articolo non dice nulla, si ritiene che sia sempre quello di 60 giorni, previsto nel primo comma dell'art 669 octies. Quindi, il legislatore lascia l'iniziativa per il giudizio di merito alla libera determinazione delle parti e le parti possono essere entrambe, sia ricorrente che resistente. Nella maggiore parte dei casi, sarà il resistente a iniziare la causa di merito perché vorrà far dichiarare l'inesistenza del diritto, in questo caso, se il diritto viene dichiarato inesistente il provvedimento cautelare diventa inefficace.

Ma può essere anche, che la parte ricorrente, che ha chiesto la domanda cautelare abbia interesse a intraprendere il giudizio di merito. Ad esempio, quando la misura cautelare riguarda soltanto una parte della controversia. Oppure quando è comunque richiesto l'accertamento del diritto anche nel merito. Quindi, per riassumere la legge lascia all'iniziativa di entrambe le parti di chi ha interesse in questi casi l'instaurazione del giudizio di merito.

La soluzione adottata dal legislatore in questo campo ha seguito i suggerimenti della dottrina che già da tempo aveva tratto la distinzione tra provvedimenti cautelari anticipatori e conservativi.

Per i provvedimenti cautelari anticipatori viene meno il nesso di "strumentalità" con il processo di cognizione ordinaria. In questo caso la "strumentalità" della tutela cautelare rispetto al processo di cognizione ordinario è solo potenziale.

Questi provvedimenti cautelari conservativi, si avvicinano alla categoria dei provvedimenti sommari semplificati esecutivi, di cui abbiamo esempi nei articoli 186 bis e 186 ter. Sono quei provvedimenti anticipatori e interinali che sopravvivono anche all'estinzione del giudizio di merito. Quindi sono provvedimenti sommari e a prevalente funzione esecutiva. Sono quindi, privi dell'efficacia preclusiva propria del giudicato. Come vedremo l'art 669 quinquies 8 comma, dispone che l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo. Pertanto non hanno autorità di cosa giudicata e questo può porre dei grossi problemi.

Sono quindi dotati di un'efficacia meramente esecutiva che in ipotesi può protrarsi indefinitivamente nel tempo come, ad esempio, nei casi dell'art 186 bis e ter del provvedimento anticipatorio e interinale di cui ho parlato prima.

Il settimo comma prevede che nei casi di cui al sesto comma, ossia nei casi di provvedimenti cautelari anticipatori, l'estinzione del giudizio di merito, non determina l'inefficacia dei

provvedimenti cautelari anche se concessi in corso di causa. Quindi, non è necessario il giudizio di merito, hanno efficacia esecutiva, possono rimanere indefinitamente nel tempo e anche in caso di estinzione del successivo giudizio di merito, nel caso in cui venga promosso, non perdono l'inefficacia.

I problemi che pone questa norma sono diversi. Io ne ho trattato solo tre. Bisogna distinguere tra provvedimenti cautelari anticipatori e provvedimenti cautelari conservativi perché i provvedimenti cautelari conservativi richiedono tuttora l'instaurazione del giudizio di merito. Per il legislatore non richiedono l'instaurazione del giudizio di merito tutti i provvedimenti di urgenza e anche quelli in ipotesi che avessero natura conservativa. Sappiamo che i provvedimenti di urgenza ex art 700 possono avere sia funzione anticipatoria che funzione conservativa.

Nel nostro caso, il legislatore ha optato per attribuire questo regime a tutti i provvedimenti di urgenza come a tutti i provvedimenti enunciativi, ossia tutti i provvedimenti di denuncia di nuova opera di danno ottenuto, che per altro già Calamandrei, nell'anno 1936 considerava come decisioni anticipate decisorie e del merito.

Secondo la dottrina, rimangono come provvedimenti cautelari conservativi soltanto il sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c ed il sequestro giudiziario di beni ex art 670 n. 1 c.p.c. Anche se all'art 676 c.p.c. prevede che il Giudice, per quanto riguarda il sequestro giudiziario dei beni, ha il potere di dettare criteri e limiti nell'amministrazione delle cose sequestrate. Quindi, non è semplicemente conservativo, ma anche in questo caso anticipatorio.

Un altro problema è quello della sorte del provvedimento cautelare anticipatorio qualora nella causa di merito, la sentenza, se promossa, rigetti la domanda per motivi non di merito, ma per motivi di rito.

Per quanto riguarda i sequestri e i provvedimenti conservativi è noto che in caso di sentenza di rigetto della domanda per motivi di rito, il provvedimento cautelare perde l'efficacia, quindi diventa inefficace. Per i provvedimenti anticipatori e gli altri previsti dal legislatore, bisogna considerare il principio della sopravvivenza del provvedimento cautelare all'estinzione del processo. In questo caso è intervenuto l'interprete per il quale occorre distinguere i singoli vizi processuali che possono condurre ad una pronuncia di rigetto sul rito.

Quindi, senz'altro comportano il venire meno della misura cautelare, ad esempio una sentenza che dichiara il difetto di giurisdizione come un'incompetenza del giudice oppure un difetto di legittimazione o di interesse ad agire.

Invece, l'interprete ritiene che la misura cautelare in questo caso anticipatoria, permanga e quindi non diventi inefficace ai sensi dell'art 669 nonies, qualora sussista un vizio dell'atto di citazione della causa di merito attinenti alla vocatio in ius o alla editio actionis quindi non riconducibile al procedimento cautelare. In questi casi, il provvedimento cautelare anticipatorio dovrebbe permanere efficace e non venire meno a causa della sentenza che si pronuncia solo sul rito.

Due parole sull'ottavo comma che prevede che l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo. Anche qui l'interprete ritiene che questa norma si applichi soltanto ai provvedimenti anticipatori e agli altri per cui non è necessario alcun giudizio di merito successivo.

Questi provvedimenti anticipatori non acquisiscono autorità di giudicato. Hanno efficacia esecutiva, possono rimanere indefinitamente nel tempo però non acquisiscono efficacia di giudicato.

L'art 669 decies detta una nuova disciplina in tema di revoca e di modifica del provvedimento cautelare. Il primo comma prende in considerazione la possibilità di chiedere quindi la revoca e la modifica del provvedimento cautelare positivo nel corso dell'istruzione della causa di merito.

Un primo problema che poi vedremo, è il problema di coordinamento con l'art. 669 terdecies perché il 669 decies dice "salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'art 669 terdecies". Quindi c'è un problema di coordinamento che però mi riservo di trattare tra poco.

Comunque, in questo caso, il Giudice istruttore, (siamo nel caso della revoca del provvedimento cautelare richiesto nel corso dell'istruzione della causa di merito, nel caso in cui ovviamente sia stata promossa una causa di merito) può su istanza di parte modificare o revocare con ordinanza il

provvedimento cautelare anche se emesso anteriormente alla causa però solo se si verificano mutamenti nelle circostanze o si allegano fatti anteriori di cui sia acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In questo caso, l'istante deve fornire prova (lo dice testualmente la norma) del momento dell'avvenuta conoscenza. Può essere quello che si chiama una probatio diabolica, perché fornire questa prova è estremamente difficoltoso.

Quindi, in questo caso, mentre la pronuncia di rigetto del provvedimento cautelare ha una debole stabilità poiché indipendentemente dal reclamo può sempre cedere dinanzi alla riproposizione dell'istanza ove siano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto, quindi sufficienti per ripresentare una domanda di misura cautelare, allegare nuove ragioni di fatto o di diritto, la pronuncia di accoglimento, della misura cautelare ha una ben maggiore stabilità data la preclusione che colpisce infatti i fatti conosciuti ma non allegati nel procedimento cautelare.

Il secondo comma, invece, prevede la possibilità di chiedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare, quando il giudizio di merito non sia iniziato o sia dichiarato estinto. Anche in questo caso la norma dice "esaurita la fase di reclamo". Anche qui c'è un problema di coordinamento che vedremo subito con il 669 terdecies.

Si chiede, in questo caso, quando non è iniziato il giudizio di merito oppure il giudizio di merito sia stato dichiarato estinto l'eventuale revoca o modifica della misura cautelare si chiede allo stesso giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare, e quindi può conoscere della revoca o della modifica anche in questo caso con le stesse limitazioni che abbiamo visto prima, solo se si provano il mutamento delle circostanze o si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente alla misura cautelare.

Passiamo ora al 669 terdecies, che modifica, la disciplina del reclamo contro le misure cautelari. In questo caso il termine è stato esteso a 15 giorni dalla pronuncia in udienza oppure dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriori.

Anche in questo caso uniformandosi alle modifiche della Corte Costituzionale su questo punto, il legislatore ha ammesso il reclamo sia contro le ordinanze di accoglimento che contro le ordinanze di rigetto della misura cautelare, che inizialmente non erano state previste con la novella del novanta. La Corte Costituzionale ha successivamente ritenuto incostituzionale la norma nel caso in cui non fosse proponibile il reclamo contro i provvedimenti di rigetto della misura cautelare. In questo caso, il legislatore ha adattato la norma all'insegnamento della Corte Costituzionale.

Questa fase di reclamo è stata, quindi impostata dal legislatore della riforma come una sorta di mini appello. Il nostro legislatore, ha delineato, un procedimento volto a rivedere tutta la materia e ha previsto, quindi, una estensione dei poteri del giudice del reclamo.

In primo luogo, il Collegio può assumere informazioni ed acquisire nuovi documenti probabilmente anche di ufficio, ha anche poteri inquisitori e può dare corso ad una istruzione sommaria, cosa che non era prevista nel testo previgente.

Non è mai prevista la remissione al primo giudice qualunque tipo di vizio possa essere ravvisato dal giudice del reclamo.

Inoltre, terzo punto, il Collegio deve conoscere delle circostanze e dei motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo, con l'inciso del legislatore: "nel rispetto del contraddittorio".

Questo ci porta a parlare del coordinamento tra la fase di reclamo e l'eventuale richiesta di modifica dell'ordinanza cautelare. Il reclamo prevale sempre sul procedimento di revoca e di modifica, quindi viene sempre prima. Abbiamo visto i due incisi al art 669 decies "salvo che sia stato proposto reclamo", primo comma, "esaurita l'eventuale fase di reclamo" proposta ai sensi dell'art 669 terdecies nel secondo comma.

Quindi il reclamo prevale sempre sul procedimento di revoca o di modifica nel senso che proposto il reclamo i mutamenti delle circostanze e a fatti anteriori conosciuti successivamente devono essere fatti valere esclusivamente nel relativo procedimento, quindi non possono essere fatti valere eventualmente in una fase per chiedere successivamente la revoca o la modifica della misura cautelare. Inoltre la revoca o la modifica non sono più possibili quando le circostanze o i motivi

sopravvenuti avrebbero dovuto essere sottoposti al giudice del reclamo, perché conosciuti prima del provvedimento cautelare o perché avrebbero dovuto essere conosciuti dal giudice del reclamo.

In questo caso il legislatore, nel tentativo di coordinare questi due aspetti-rimedi contro la misura cautelare che può essere concessa, in questo caso, ha dato la netta prevalenza a favore del reclamo.

Passiamo ora, ai procedimenti di istruzione preventiva. In questo caso il legislatore è intervenuto sull'art 696 c.p.c. prevedendo che l'accertamento tecnico o l'ispezione giudiziale possono essere disposti anche sulla persona dell'istante, e, dice la legge, se vi consente, anche sulla persona nei cui confronti è proposta l'istanza.

Ovviamente nei confronti della parte contro cui viene proposta l'istanza, l'ispezione giudiziale, l'accertamento tecnico preventivo sulla persona necessita sempre del consenso di questa.

Sempre in tema di accertamento tecnico preventivo, il legislatore, ha introdotto un correttivo, venendo incontro peraltro un orientamento giurisprudenziale che era già consolidato. Il legislatore infatti ha previsto che l'accertamento tecnico preventivo possa comportare valutazioni in ordine alle cause e ai danni relativi all'oggetto della verifica. Quindi sono ammessi anche operazioni valutative da parte del CTU e sembrerebbe anche la liquidazione dei danni, e questo è un orientamento che già da tempo la Cassazione aveva fatto proprio.

Più interessante è invece l'art 696 bis introdotto ex novo ossia quello che viene definita Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. Qui l'argomento è molto complesso. Vi lo accenno solo perché potrebbe dare luogo a un convegno su questo argomento.

In pratica, il legislatore ha voluto introdurre una sorta di ADR (Alternative Dispute Resolution) ai fini auspicabilmente deflattivi del contenzioso giudiziario. Prima di tutto, il primo comma prevede che l'espletamento di questa consulenza tecnica ai fini della composizione della lite possa essere richiesta anche al di fuori alle condizioni di cui al primo comma dell'art 696 quindi anche fuori dei casi di urgenza.

L'oggetto di questa consulenza tecnica preventiva è l'accertamento e la relativa determinazione dei crediti derivante dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o di fatto illecito.

Il pericolo più grave di questa norma è che la valutazione del CTU, il fine dell'accertamento, deve essere di fatto, quindi dovrebbe prescindere da tutte le valutazioni giuridiche e quindi, la valutazione del CTU si ha, senza che le parti abbiano esperito difese dal punto di vista giuridico e soprattutto senza che ci sia stata una previa fase istruttoria perché ovviamente è un procedimento preventivo. Le parti non hanno la possibilità in questo caso di svolgere le loro difese dal punto di vista giuridico. Nell'intenzione del legislatore questo istituto è finalizzato prima di tutto a un tentativo di conciliazione perché se a seguito di questa consulenza tecnica preventiva questo CTU nominato, riesce a fare conciliare le parti, viene redatto un verbale di conciliazione che ha efficacia e che con ordinanza può essere reso esecutivo dal giudice e che è inoltre esente dall'imposta di registro. Se la conciliazione non riesce, la relazione può essere acquisita su istanza di parte agli atti del successivo giudizio di merito.

Vi ho dato solo alcune indicazioni di massima su questo istituto che effettivamente è molto interessante e nell'intenzione del legislatore dovrebbe avere questa intenzione deflattiva in via preventiva di sfrondare un numero di cause che può essere portato davanti al Giudice.

Non so se questo strumento sia utile o sia sufficiente, tenendo conto soprattutto che non è una mediazione, una mediazione. Nei veri e propri ADR, molto diffusi in Stati Uniti, il mediatore, il conciliatore, prende in considerazione tutti gli aspetti, non solo tecnici, ma anche gli aspetti giuridici e quindi tenta una conciliazione complessivamente. Nel nostro caso, come viene formulata la norma, sembrerebbe che semplicemente, si tratti di un accertamento o una liquidazione del danno derivante del inadempimento contrattuale o extracontrattuale, e secondo me non avrà quella efficacia probabilmente che il legislatore poteva aspettare.

Un'ultima parola sui procedimenti possessori. L'art 703 prevede l'applicabilità della disciplina generale sui procedimenti cautelari anche alla disciplina dei procedimenti possessori col criterio della compatibilità e li io rimando all'opinione dell'interprete, se si ritiene il 669 bis applicabile eccetera.

La legge prevede espressamente l'applicabilità del 669 terdecies, quindi del reclamo contro i procedimenti possessori.

La prosecuzione sul giudizio sul merito possessorio è subordinata all'istanza di parte, da proporsi entro il termine perentorio di 60 giorni decorrente dalla comunicazione del provvedimento che si pronuncia sulla domanda o sul reclamo. Anche qui si applica l'articolo espressamente richiamato dalla norma, 669 novies terzo comma, per cui il procedimento possessorio perde efficacia a seguito di sentenza di rigetto nel merito possessorio.

La conclusione, per quanto riguarda i procedimenti possessori, è che con questa riforma il legislatore ha inteso attribuire un'efficacia, una stabilità maggiore al provvedimento possessorio anche se non seguito dalla fase di merito perché richiamando la disciplina del 669 bis e seguenti anche i procedimenti possessori rientrano nei provvedimenti cautelari anticipatori, non richiedono necessariamente un giudizio di merito e quindi la misura cautelare una volta emessa, potrebbe, in ipotesi, rimanere in vigore indefinitamente, con efficacia esecutiva ma senza autorità di giudicato.

I problemi sono tantissimi. Io ho cercato di delinearvi solamente gli aspetti fondamentali. Vi ringrazio.