

LA TUTELA DEL TERZO NEL PROCEDIMENTO DI ESPROPRIAZIONE DI CREDITI DOPO LA LEGGE 24 DICEMBRE 2012, N. 228

SOMMARIO: 1. L'oggetto della presente indagine. - 2. I corsi e ricorsi storici del silenzio assenso del terzo. - 3. Il contenuto della citazione del terzo - La dichiarazione del terzo irrituale, tardiva – la mancata dichiarazione ed il rifiuto del terzo a renderla. - 4. L'opposizione *ex art.* 617 c.p.c., prevista dall'art. 548 ultimo comma c.p.c., come rimedio a tutela del terzo (opposizione tardiva avverso l'ordinanza di assegnazione). - 5. La risoluzione delle contestazioni e l'opposizione *ex artt.* 549 e 617 c.p.c. avverso la conseguente ordinanza.

1. *L'oggetto della presente indagine.* - La legge 24 dicembre 2012 n. 228, entrata in vigore il 1° gennaio 2013, ha modificato la disciplina del pignoramento presso terzi, incidendo su due aspetti del tutto differenti tra loro. Il primo intervento è un aggiornamento della disciplina della dichiarazione di terzo alle nuove tecnologie informatiche (*i.e.*, posta elettronica certificata). In tal senso la facoltà concessa al terzo di rendere la dichiarazione a mezzo posta elettronica certificata va considerata, più che una novella, un segno dei tempi¹.

Problemi molto complessi nascono, invece, dal sul secondo intervento effettuato dal legislatore sul pignoramento presso terzi.

Sotto un primo versante, allora – come è stato ampiamente chiarito² - la legge prevede oggi un regime totalmente nuovo della mancata dichiarazione del terzo. In particolare, se costui non rende la dichiarazione in udienza, nei casi in cui questa modalità è prescritta, il credito del debitore verso il *debitor debitoris* dovrà considerarsi non contestato, “*nei termini indicati dal creditore*”, e gli verrà assegnato. In tutte le altre ipotesi, il giudice fisserà una nuova udienza con provvedimento che dovrà essere notificato, almeno dieci giorni prima, al terzo³. Se in questa udienza egli non dovesse comparire a rendere la dichiarazione, il credito sarà, anche in questo caso, assegnato dal giudice dell'esecuzione, e anche stavolta “*nei termini indicati dal creditore*” poiché “*non contestato*”.

Ratio della novella appare essere quella di invertire il meccanismo fino a ieri esistente, che voleva, in caso di silenzio del terzo (nel senso di mancata dichiarazione), l'apertura di un giudizio di accertamento del suo obbligo, rimessa all'iniziativa del creditore (o del debitore). Il creditore, appunto, avrebbe potuto, a sua scelta, interpretare il silenzio come un ri-

1 Sono a tutti note le diffidenze dei giudici, sotto il previgente regime, nell'assegnare i crediti sulla base di una semplice copia della dichiarazione, priva della sottoscrizione in originale. Ci si domanda, pertanto, come verranno risolte talune fattispecie, e.g.: sarà considerata sufficiente, dai giudici dell'esecuzione, per potere assegnare il credito, la mera stampa dell'email certificata? Ancora, se la dichiarazione del terzo fosse contenuta, anziché nel corpo del messaggio, in un file allegato, questo dovrà essere sottoscritto dal terzo con firma digitale? In ogni caso si tratta di problematiche minori, che verranno risolte dalla prassi, via via che giudici, avvocati e terzi avranno preso confidenza con lo strumento della posta elettronica certificata.

2 V. le osservazioni di MONTELEONE, *Semplificazioni e complicazioni nell'espropriazione presso terzi*, in corso di pubblicazione in *Riv. Esec. Forz.*, 2013; SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi*, in www.judicium.it (2013) e in corso di pubblicazione in *Riv. Esec. Forz.*, 2013; STORTO, *Riforma natalizia del pignoramento presso terzi: le instabili conseguenze della “stabilità”*, in corso di pubblicazione in *Riv. Esec. Forz.*, 2013; VINCRE, *Brevi note sulle novità introdotte dalla L. 228/2012 nell'espropriazione presso terzi: la mancata dichiarazione del terzo (art. 458 c.p.c.) e la contestazione della dichiarazione*, in corso di pubblicazione in *Riv. Esec. Forz.* 2013.

3 Sebbene il legislatore nulla preveda sul punto, è preferibile – se non altro in chiave costituzionalmente orientata della norma – che al terzo venga notificata una vera e propria nuova citazione a comparire, contenente l'espresso avvertimento che in caso di sua mancata comparizione il credito potrà essere assegnato.

fiuto⁴ e lasciare estinguere il processo esecutivo, ovvero instaurare un procedimento contenzioso, diretto ad accertare l'obbligo di questo nei confronti del debitore principale⁵. A seguito della riforma, invece, il terzo che non avrà reso la dichiarazione potrà subire le conseguenze di un provvedimento di assegnazione di un suo presunto debito – di pagare una somma di denaro o di consegnare una *res - nei termini indicati dal creditore*.

Circa la portata innovativa delle nuove regole, la dottrina⁶ ha giustamente evidenziato una tendenza nella legislazione del XXI secolo, ad attribuire un qualche rilievo, in differenti settori del processo civile, al silenzio della parte (o, come in questo caso, del terzo), nei confronti del quale è indirizzata una determinata domanda o rispetto al quale viene dedotto un fatto. Se, in passato, la mera condotta di inerzia di uno di questi soggetti era considerata, salvo gli specifici casi previsti dalla legge⁷, tendenzialmente neutra è un fatto che, negli ultimi anni, si sono moltiplicati gli interventi normativi diretti a *forzare* il soggetto interpellato a prendere comunque una posizione, facendo discendere dal mero *silenzio* o, addirittura, dalla mancata, esplicita contestazione una sorta di *assenso* alla richiesta oggetto dell'interpello⁸.

Tornando alle regole di diritto positivo, il dato normativo conclude con la laconica previsione, al quarto comma dell'art. 548 c.p.c., che il terzo potrà “*impugnare nelle forme e nei termini di cui all'articolo 617, primo comma, l'ordinanza di assegnazione di crediti adottata*”

4 Qualora non avesse optato per un prudente rinvio, per consentire l'arrivo di una comunicazione ritardataria.

5 Cfr. ARIETA -DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, in MONTESANO – ARIETA *Trattato di diritto processuale civile*, Volume III, tomo II, Padova, 2007, p.897; BOVE, *Dell'espropriazione presso terzi*, in PROTO PISANI, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1988, p. 322 ss.; CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2012, p. 201; COLESANTI, *Il terzo debitore nel pignoramento di crediti*, Milano, 1967, p. 546 ss.; e *Id.*, *Pignoramento presso terzi*, in *Enc. Dir.*, 1983, p.834 ss; LUISO, *Diritto processuale civile, III Il processo esecutivo*, Milano, 2011, p. 80 ss.; MAJORANO, *L'espropriazione presso terzi*, in MICCOLIS – PERAGO (a cura di) *L'esecuzione forzata riformata*, Torino, 2009, p. 183 ss.; MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile, II*, Padova, 2012, p.187 ss; *Id.*, *Espropriazione dei crediti e ordinanza di assegnazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1969, II, p. 91 ss.; PUNZI, *Il processo civile, Sistema e problematiche, IV Il processo di Esecuzione*, Torino, 2010, p.73 ss.; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, p. 193 ss.; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2011, p. 565 ss.; VACCARELLA, *Espropriazione presso terzi*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 94 ss.

6 Per tutti v. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi.*, *cit.*, *ibidem*.

7 Si pensi: all'art. 232 c.p.c., che regola il caso di mancata comparizione della parte per rendere l'interrogatorio formale, ovvero di mancata risposta all'interrogatorio medesimo (si osservi la grande prudenza del legislatore del 1940, che aveva accuratamente evitato di far discendere, dalle due ipotesi sopra indicate, l'automatica e semplice *ficta confessio*); all'art.239 c.p.c., che disciplina la mancata comparizione della parte per rendere il giuramento decisorio, ovvero il suo rifiuto a renderlo; all'art. 157 c.p.c., che prevede la sanatoria della nullità, qualora la parte nel cui interesse la nullità è stabilita ometta di dedurla nella prima istanza o difesa successiva; all'art. 663 c.p.c., che prevede la convalida dello sfratto se l'intimato non compaia all'udienza o, comparendo, non si opponga; all'art. 215 c.p.c. che prevede il riconoscimento tacito della scrittura privata qualora la parte contro cui è prodotta, pur essendosi costituita non l'abbia disconosciuta alla prima udienza o nella prima risposta successiva alla sua produzione (in misura minore si veda anche il riconoscimento tacito, sia pure *fino a prova contraria* – *i.e.* salvo il disposto dell'art. 293 c.p.c. -, previsto dall'art. 215 n. 1, qualora la parte contro cui sia stata prodotta la scrittura sia rimasta contumace).

8 Ci si riferisce: all'art. 499 sesto comma c.p.c., come modificato dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35 ss.mm.ii., che prevede, in caso di intervento nell'esecuzione forzata, di creditori *sine titulo*, il tacito riconoscimento dei crediti medesimi, qualora il debitore non sia comparso all'udienza fissata; all'art. 115 c.p.c., come modificato dalla legge 18 giugno 2009 n. 69, che prevede l'onere per la parte di contestare specificamente i fatti dedotti dalla controparte; all'art. 13 del d.lgs.17 gennaio 2003 n.5, che prevedeva, prima della sua declaratoria di incostituzionalità (C. Cost. 8-12 ottobre 2007 n. 340) e della successiva definitiva abrogazione del processo societario, la regola dell'equipollenza della contumacia del convenuto (regola successivamente estesa anche all'ipotesi di tardiva notifica, da parte del convenuto, della comparsa di risposta) alla non contestazione dei fatti dedotti (e la conseguente emissione di una decisione “*sulla domanda sulla base della conclusione di questa*”, salva la possibilità per il giudice di deferire, occorrendo, il giuramento suppletorio.

a norma del presente articolo, se prova di non averne avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore”.

La formulazione normativa, ove non attentamente considerata, si presta ad interpretazioni errate. La norma potrebbe, in particolare, essere letta nel seguente modo: se il terzo non ha reso la dichiarazione (e il credito viene dunque assegnato), egli potrà proporre esclusivamente l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* Il contenuto di tale opposizione, poi, non potrebbe essere *libero* (e.g., il terzo non potrebbe limitarsi a dedurre di non essere debitore etc.), ma il terzo potrebbe solamente dedurre di “*non averne avuto tempestiva conoscenza*” (ed essere, pertanto, sostanzialmente rimesso in termini per rendere la dichiarazione).

Scopo di questo scritto sarà, appunto, dimostrare che tale interpretazione non appare corretta, sulla scorta del dato letterale della legge, e creerebbe fondati sospetti di incostituzionalità, oltre a problemi interpretativi di ben difficile soluzione. Si cercherà di dimostrare, in particolar modo, che intento del legislatore sia stato semplicemente quello di deformalizzare, innanzitutto, la fase della risoluzione delle controversie sorte a seguito della dichiarazione o mancata dichiarazione del terzo, prevedendo la loro decisione con ordinanza. In secondo luogo, obiettivo del legislatore sarebbe stato, a nostro avviso, quello di attribuire a tutti i soggetti del processo esecutivo – creditore, debitore escusso e terzo *debitor debitoris*- un rimedio unico e generalizzato, sia contro l'ordinanza che dette controversie ha risolto (e dunque, indirettamente, contro l'eventuale successiva ordinanza che ha assegnato in tutto o in parte il credito o che lo ha ritenuto insussistente), sia contro l'ordinanza che ha assegnato il credito medesimo, nel caso di mancata dichiarazione del terzo. Siffatto rimedio utilizza, appunto, le forme dell'opposizione agli atti esecutivi, pur avendo un contenuto diverso dal suo modello previsto dall'art. 617 c.p.c., *istituzionalmente* diretto a contestare la regolarità formale di precetto e titolo, ovvero la nullità di singoli atti di esecuzione, ovvero ancora vizi di notifica di precetto e titolo.

Scopo di questa indagine sarà, infine, dimostrare che la fattispecie prevista dall'art. 548 c.p.c. abbia carattere residuale e vada interpretata sulla scorta del successivo art. 549 c.p.c., configurandosi quale caso speciale. La prova della mancata conoscenza dell'ordinanza, cui si fa riferimento nella prima norma, non riguarderebbe il contenuto dell'opposizione prevista dall'art. 548 c.p.c. (che potrà essere il più vario, analogamente a quanto accade nell'opposizione prevista dal successivo art. 549) ma sarebbe solamente una sua condizione di ammissibilità, e ne giustificerebbe la proposizione con citazione quando sia concluso il processo esecutivo.

2. *I corsi e ricorsi storici del silenzio assenso del terzo.* - Tanto premesso, va osservato che la regola oggi introdotta dal legislatore ha, in realtà, precedenti nella legislazione preunitaria e postunitaria, sia pure con differenze di rilievo.

Il Codice per lo Regno delle due Sicilie⁹ dedicava il libro VI alla “*esecuzione delle sentenze*”. Al titolo VII, rubricato “*De' sequestri sopra effetti del debitore esistenti presso un terzo*” (artt. 647 ss.) prevedeva un meccanismo affine, sotto certi aspetti, all'attuale pignoramento presso terzi. Circa le conseguenze per il terzo in caso di mancata dichiarazione, l'art. 667, così statuiva: “*Il sequestratario che trascurerà di fare la sua dichiarazione, e di giustificarsi ne' modi stabiliti negli articoli precedenti, verrà dichiarato debitore puro e semplice delle somme indicate nel sequestro*”. La norma, tuttavia, consentiva l'appello della statuizio-

⁹ PICARDI – GIULIANI (a cura di), *Codice per lo Regno delle due Sicilie III. Leggi della procedura ne' giudizi civili, 1819*, Milano, 2004, con introduzione a cura di CIPRIANI, *Le leggi della procedura nei giudizi civili nel Regno delle due Sicilie*, p. VIII ss.

ne e aggiungeva espressamente: “Potranno però i giudici, anche in appello, ammettere la dichiarazione tardiva, ma non dopo che sarà divenuto il giudicato inappellabile”¹⁰.

Le norme sul sequestro dei crediti erano poi richiamate dal Titolo X (artt. 726 ss.), rubricato “Del pignoramento di rendite costituite sopra terzi”¹¹. Il secondo comma dell'art. 728 conteneva, però, una regola parzialmente differente: “Se questo debitore non fa la sua dichiarazione, o la fa troppo tardi, o se non dà le giustificazioni ordinate, potrà, secondo i casi, esser condannato al pagamento della rendita per mancanza di prova, riguardo alla sua liberazione; ovvero a' danni ed agl'interessi derivati dal suo silenzio, o dal ritardo nel far la dichiarazione, o dalla procedura cui egli medesimo avrà dato causa”.

Il codice di procedura civile italiano del 1865¹² rubricava il capo quinto “del pignoramento di beni mobili presso i terzi e dell'assegnamento di crediti in pagamento”. Le norme di diritto positivo erano dettate agli artt. 611 – 622. Circa le conseguenze della condotta del terzo, l'art. 614 prevedeva che se egli non fosse comparso all'udienza per rendere la dichiarazione davanti al pretore (o davanti al tribunale, davanti al quale il pretore avrebbe dovuto rimettere le parti “a udienza fissa” se non fosse stato competente), il giudice avrebbe potuto dichiararlo “detentore dei mobili o debitore della somma” e condannarlo “a farne la consegna o il pagamento”.

La possibile condanna del terzo *inerte*, dunque, era rimessa ad una prudente valutazione del giudice, e non era, comunque, ancora definitiva. Il terzo avrebbe potuto, infatti, proporre appello avverso la sentenza che lo condannava e rendere la dichiarazione in tale sede. Avrebbe, tuttavia, dovuto “sopportare le maggiori spese” alle quali avesse dato luogo¹³.

10 La struttura del procedimento napoletano, come pure il contenuto delle disposizioni, richiamavano le omologhe del Codice di procedura civile napoleonico, tradotto in lingua italiana e applicato nel Regno d'Italia nel 1806: v. art. 638 (*Titolo X. Del pignoramento di rendite costituite sopra Terzi*), secondo comma: “Se il debitore della rendita non fa, o ritarda a fare la sua dichiarazione, o se non dà le giustificazioni prescritte, può esser condannato, secondo i casi, a sborsare la rendita qualora non abbia giustificato la propria liberazione, oppure ai danni ed interessi derivati dal suo silenzio, sia dalla ritardata dichiarazione, sia dalla procedura a cui avrà dato causa”. Per le norme sui sequestri v. artt. 570 ss., richiamate, per il pignoramento di crediti, dall'art. 638. Cfr. PICARDI – GIULIANI (*a cura di*), *I codici napoleonici T.I. Codice di procedura civile, 1806*, Milano, 2000, con introduzione a cura di PETRONIO, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, p. VII ss. Cfr. anche le disposizioni del *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI*, del 1834, e segnatamente il § 1218 (a proposito “del sequestro esecutivo”, richiamato dal § 1261 del Capitolo III “*Del pignoramento dei diritti ed azioni reali*”). Per il Regolamento giudiziario pontificio v. Cfr. PICARDI – GIULIANI (*a cura di*), *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI, 1834*, Milano, 2004, con Prefazione a cura di PETRONIO - PICARDI, *Prefazione*, p. VII ss. V. anche MENESTRINA, *Il processo civile nello Stato Pontificio* in PICARDI – GIULIANI (*a cura di*), *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI, 1834.*, cit., p. 1 ss.

11 Così l'art. 728: “Le disposizioni contenute negli articoli 660, 661, 662, 663, 664, 665 e 666 relative alle formalità che dee praticare il terzo pignorato, saranno osservate dal debitore della rendita[...]”

12 Prima dell'unità sono note le complesse vicende della procedura civile e del codice di rito (*recte*: dei codici) nel Regno di Sardegna: cfr. PICARDI – GIULIANI (*a cura di*), *Codici di procedura civile del Regno di Sardegna 1854/1859*, Milano, 2004, con introduzione a cura di CHIARLONI, *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, IX ss. Lo Stato sabauda vanta, infatti, il singolare primato di avere emanato ben due codici a brevissima distanza l'uno dall'altro e precisamente nel 1854 e nel 1859 (i quali, sommati al Codice del Regno d'Italia del 1865, fanno tre codici in 11 anni). Con riguardo alle norme sul pignoramento presso terzi e sulle conseguenze della mancata dichiarazione del terzo, si vedano gli artt. 732 ss. del codice di procedura civile del 1854 e l'art. 765 del Codice del 1859, sotto numerosi aspetti affini al codice postunitario del 1865. Sul punto, v. *infra*.

13 Si osservi che questo meccanismo – mutuato in larga parte dal Codice del Regno di Sardegna del 1859 - non realizzava, ancora in questa fase, un giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo vero e proprio. Stabile, sul punto, l'art. 616, che solamente qualora intorno alla dichiarazione del terzo fossero insorte controverse “le quali non siano di pura forma”, su istanza della parte interessata il giudice avrebbe dovuto rimettere le parti “alla decisione dell'autorità che sarebbe stata competente se il dichiarante fosse stato citato di-

Il meccanismo era, dunque, ben bilanciato; il terzo era chiamato a rispettare le parti e il giudice, ma non incorreva in alcun trabocchetto processuale: la mancata dichiarazione non veniva considerata, per ciò solo, una automatica tagliola dei suoi diritti: il giudice avrebbe dovuto valutare se l'esistenza del suo debito verso *il debitor debitoris* fosse sufficientemente provata. Anche in caso di sentenza di condanna emessa dal giudice, egli avrebbe potuto ancora ribaltare la decisione, rendendo la dichiarazione in appello, fermo restando che avrebbe dovuto sostenere i maggiori costi legati alla sua condotta¹⁴.

La regola del legislatore postunitario¹⁵ fu sostanzialmente recepita dal legislatore del 1940. Solo che la nuova struttura attribuita al processo esecutivo comportò immediatamente un problema di coordinamento.

Uno dei presupposti affinché si potesse, sotto la vigenza del codice del 1865, condannare il terzo anche in sua contumacia, senza timore di comprimere eccessivamente i suoi diritti, era la struttura sostanzialmente contenziosa del procedimento in cui si innestava la dichiarazione del terzo e la conseguente natura di sentenza appellabile del provvedimento che sull'esistenza o inesistenza del rapporto tra debitore e *debitor debitoris* si pronunciava.

Sebbene, infatti, il pignoramento presso terzi del 1865 non avesse una struttura bifasica così marcata, come ad esempio aveva il pignoramento immobiliare, esso non era del tutto affrancato da un certo carattere ed una forma almeno parzialmente contenziosi¹⁶, evidenti, ad esempio, nel carattere di sentenza appellabile dei provvedimenti che decidevano sulla dichiarazione del terzo *debitor debitoris*.

Nel passaggio dal codice del 1865 a quello del 1940, uno degli obiettivi che si propose il legislatore nel ridisciplinare l'esecuzione forzata fu proprio quello di marcare la differenza

rettamente dal proprio creditore” (cfr. la formulazione, per molti aspetti analoga, dell'art. 767 del Codice di procedura civile del Regno di Sardegna del 1859: “*Se insorgono contestazioni intorno alla dichiarazione, le quali non siano di pura forma, il dichiarante potrà chiedere di essere rimesso innanzi all'Autorità giudiziaria che sarebbe stata competente ove egli fosse stato citato direttamente dal proprio creditore*”).

14 Cfr. MORTARA, *Manuale della procedura civile, volume secondo*, IX ed., Torino, 1921, p.321: “*Accennammo che il terzo può essere ritenuto detentore dei mobili o debitore delle somme, anche senza averne fatta la dichiarazione (...) Il giudice competente può ritenere il terzo debitore o detentore delle cose pignorate e condannarlo come tale; ma può anche, malgrado la contumacia, giudicare che non consta la esistenza della obbligazione (art. 614). Ciò significa, che il terzo non deve essere condannato in contumacia, se della sua obbligazione non sono somministrate prove sufficienti; è chiaro che il legislatore ha escluso anche qui l'efficacia della tacita confessione desunta dalla mancata comparizione; altrimenti avrebbe ordinato di condannare il terzo come detentore delle cose o delle somme. Rinviata la decisione al magistrato competente, il terzo può comparire innanzi a questo per fare la dichiarazione non fatta prima. Se poi l'esistenza dell'obbligazione è ritenuta in sua contumacia, egli ha diritto di appellare e di far la dichiarazione in appello. Le' maggiori spese di cui sia causa la comparizione del terzo in grado di appello devono essere da lui sopportate (ultimo capov. art 614)*”.

15 Più delicata appare la comparazione del sistema italiano – e di quegli Stati preunitari che adottavano una legislazione di derivazione francese - con il regolamento processuale di derivazione austroungarica reintrodotto nel 1815 nel Lombardo – Veneto, su cui v. TARUFFO, *Il processo civile nel Lombardo – Veneto*, in PICARDI – GIULIANI (a cura di), *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo – Veneto, 1815*, Milano, 2003, p. VII ss. Per gli effetti particolarmente gravi della contumacia nel processo di cognizione *de quo*, sanciti dal (§32) v. TARUFFO, *Il processo civile nel Lombardo – Veneto., cit.*, p. XVII ss.. Con riferimento all'applicazione della regola In materia di esecuzione forzata presso il debitore cfr il § 386, mentre per il caso di bene mobile nelle mani di un terzo, v. il § 395.

16 Per l'utilizzo di forme contenziose, nel Codice del 1865, nelle esecuzioni immobiliari e mobiliari, si rinvia a CARNELUTTI, *Istituzioni di Diritto processuale civile*, vol. III, Roma, 1956 pp. 25 ss.; SATTA – PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, p.745. Sia consentito, al riguardo, a rinviare alle considerazioni già svolte in F. RUSSO, *La sospensione del processo esecutivo*, Roma, 2013, p. 40 ss.

tra processo esecutivo e processo di cognizione, al fine di incrementare l'efficacia del primo¹⁷.

L'assenza di contraddittorio che caratterizzava ed – entro certi limiti¹⁸ - caratterizza tuttora il procedimento esecutivo vero e proprio, come pure l'estraneità al processo esecutivo attuale del concetto di sentenza (al di fuori dei giudizi di opposizione, che proprio ad instaurare il contraddittorio sono diretti), indussero probabilmente il legislatore a disegnare lo schema previsto dagli artt. 543 ss. c.p.c. Ai sensi dell'art. 548 c.p.c., la mancata dichiarazione del terzo, come pure la sua contestazione, avrebbero determinato o la chiusura del processo esecutivo, ovvero, su istanza del creditore, l'apertura di un procedimento a carattere contenzioso - *il vecchio giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo* - diretto, appunto, ad accertare, con tutte le forme e le garanzie del contraddittorio, il credito del debitore verso il terzo *debitor debitoris*. Solo in questa fase l'eventuale silenzio del *terzo*, avrebbe potuto comportare le medesime conseguenze di cui all'art. 232 c.p.c.¹⁹

Anche lo schema voluto dal legislatore del 1940 aveva una sua coerenza logica e giuridica: la condotta *neutra* del terzo, della mancata dichiarazione, poteva assumere un significato a lui pregiudizievole solo se reiterata nel giudizio, contenzioso, di accertamento dell'obbligo del terzo. Solo che il *nuovo* meccanismo aveva, forse, perduto qualcosa in termini di efficacia, dal momento che, coerentemente con la nuova impostazione, non sarebbe stato (come in effetti non fu) più possibile prevedere la regola generalizzata della responsabilità del terzo per i maggiori costi sostenuti dal creditore, nel caso in cui egli avesse reso la dichiarazione per la prima volta “*nel giudizio di appello*” (*recte*, nell'impianto del 1940, nella fase contenziosa di accertamento dell'obbligo del terzo)²⁰.

17 Come si è già evidenziato nel mio precedente RUSSO, *La sospensione del processo esecutivo.*, cit., *ibidem.*, gli interventi del legislatore furono diretti nelle seguenti direzioni: a) affrancare, sia sul piano degli schemi processuali che su quello della terminologia, il processo esecutivo da quello di cognizione (a partire dall'abbandono, nei pignoramenti immobiliari, dello schema della citazione e della successiva sentenza di autorizzazione alla vendita, di cui si è detto *supra*; Cfr. Relazione al Re, par. 31: «Questo spreco di forme contenziose in un processo in cui non sussiste contesa derivava dalla mancanza di chiara distinzione teorica tra i due momenti»); b) distinguere il procedimento esecutivo vero e proprio dalle fasi di cognizione che eccezionalmente possono incidere sul suo corso (*i.e.*, le opposizioni dei debitori e dei terzi); c) ribadire la centralità del giudice dell'esecuzione (secondo una visione autoritaria dello Stato e del processo, in parallelo alla centralità del giudice istruttore nel processo civile di cognizione); d) assicurare il bilanciamento dell'interesse del creditore con quello del debitore; e) prestare attenzione agli interessi collettivi e statuali, sovraordinati all'interesse delle «parti» private creditore e debitore. Relazione al Re, par.31, in CIPRIANI – IMPAGNATIELLO (a cura di), *Codice di procedura civile con la relazione al Re*, Bari, 2007, p.298.

18 Secondo CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2012, p. 51, anche alla luce degli artt. 3, 24, 112 Cost. e 6 CEDU, deve essere improntato, in ogni suo particolare svolgimento, al rispetto del contraddittorio. Nel processo esecutivo, tuttavia, questo principio avrebbe delle applicazioni particolari, nel senso che il processo civile “*si svolge secondo fasi prefigurate dal legislatore, in relazione alle quali di volta in volta viene stabilito ciò che è necessario ai fini del contraddittorio*”.

19 Dunque le stesse regole previste dal codice per il caso di mancata comparizione della parte all'udienza fissata per rendere l'interrogatorio formale, ovvero per il caso rifiuto della parte a renderlo.

20 Cfr. Cass. 19.9.1995, n.9888, secondo cui non sussiste alcun obbligo, in capo al terzo, di rendere la dichiarazione prescritta dall'art. 547 c.p.c., sicché andrebbe esclusa la sua eventuale responsabilità per i danni cagionati al creditore a causa dell'omessa dichiarazione (salvo il caso di dichiarazione mendace o fuorviante). La possibilità, però, di condannare il terzo alle spese del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, azionato dal creditore a causa dell'omessa dichiarazione, era stata, però, ricavata in via interpretativa dalla giurisprudenza sulla scorta del criterio generale della soccombenza: cfr. Cass. 22.1.1998, n. 588. Si segnala, ancora, che nel passaggio dalla legislazione postunitaria a quella di epoca fascista Un significativo miglioramento nella tutela del terzo nell'espropriazione presso terzi fu invece garantito dal nuovo codice di diritto sostanziale. Va infatti rammentato che il codice civile del 1865, pur prevedendo l'istituto della compensazione, non prevedeva l'eccezione generale *inadimplenti non est adimplendum* che fu, appunto, una novità assoluta introdotta con il vigente codice civile (cfr., però, l'art. 1469, che prevedeva la possibilità del venditore di non con-

3. *Il contenuto della citazione del terzo - La dichiarazione del terzo irrituale, tardiva – la mancata dichiarazione ed il rifiuto del terzo a renderla.* - Alla luce del breve *excursus* storico, la scelta attuale del legislatore italiano presenta qualche aspetto di novità, e – al tempo stesso – di problematicità.

Innanzitutto è stata mantenuta, relativamente alla prima fase dell'esecuzione presso terzi, la linea direttrice introdotta dal legislatore del 1940, di un procedimento che, pur essendo introdotto con un atto contenente la *citazione* del terzo appare estraneo agli schemi del processo contenzioso e del contraddittorio vero e proprio, perché il terzo è chiamato solo per rendere semplicemente la dichiarazione. Un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, correlata alla necessità di assicurare in capo al terzo il diritto alla difesa *ex art. 24 Cost.*, porta, a nostro avviso, ad affermare che, pur nel silenzio normativo, la citazione del terzo dovrà oggi contenere l'avvertimento che, *in caso di mancata comparizione di questo o di omessa dichiarazione all'udienza nei casi previsti dall'art. 545 commi terzo e quarto c.p.c., e di mancata dichiarazione a mezzo raccomandata / pec e di mancata comparizione all'udienza successivamente fissata ai sensi dell'art. 548 comma secondo, negli altri casi, il credito verrà assegnato “nei termini indicati dal creditore procedente”*²¹.

Superata questa prima fase, si giungerà all'udienza vera e propria. Nulla è cambiato qualora il terzo abbia reso la dichiarazione. Le novità legislative riguardano, invece, l'ipotesi che il terzo non l'abbia resa, nella prima fase, nei modi previsti dalla legge. In questo caso il giudice dovrà assegnare direttamente il credito, nei casi previsti dall'art. 545 commi terzo e quarto c.p.c., ovvero fissare una nuova udienza con ordinanza, che dovrà essere notificata al terzo. Riteniamo che l'ordinanza dovrà contenere espressa menzione del fatto che il creditore ha precisato di non avere ricevuto la dichiarazione del terzo. Qualora, inoltre, nella citazione originaria non fosse contenuto l'avvertimento di cui si è fatto cenno *supra*²², la nullità

segnare la cosa, se il compratore non pagava il prezzo; v. anche artt. 67 ss. del Codice di commercio del 1882. Cfr., sul punto, Per una disamina v. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento, Tomo II*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, Roma Bologna, 1988, p. 1 ss.). Ne conseguiva, sotto la previgente disciplina, un vuoto di tutela per il terzo, nell'ipotesi, tutt'altro che infrequente, che il suo debito verso il debitore principale si inserisse in un rapporto sinallagmatico, e il debitore non avesse ancora adempiuto alla sua controprestazione. Da qui il susseguirsi, nei progetti di riforma al codice di procedura civile, di una serie di tentativi di ridisciplinare il pignoramento presso terzi, limitando le distorsioni a danno del terzo. Cfr. gli artt. 628 ss. *Progetto Carnelutti*, 611 ss. *Sottocommissione C*. Secondo i due progetti il terzo, chiamato a rendere la dichiarazione, avrebbe potuto riconoscere il proprio debito ma richiedere, al contempo, la corrispettiva controprestazione da parte del debitore. In questo caso il *Progetto Sottocommissione C* e il *Progetto Carnelutti* si dilungavano in una serie di opzioni, a seconda se il creditore avesse deciso di adempiere lui stesso la controprestazione (ed esercitare, poi, azione di regresso contro il debitore), ovvero ottenere la prestazione da parte del terzo, e lasciare che questi agisse *in executivis* contro il debitore (titolo esecutivo sarebbe stato dato dall'ordinanza apposita emessa dal giudice dell'esecuzione). Il meccanismo può apparire abbastanza farraginoso; ma il tentativo, ingegnosamente messo in atto da Carnelutti, di assicurare, attraverso lo strumento processuale, un certo grado di tutela al terzo – per così dire - *debitor creditorque debitoris*, non poteva che risultare una mera *terapia sintomatica*, incapace di incidere sulle cause – di diritto sostanziale – del vuoto di tutela. CARNELUTTI, *Progetto del Codice di procedura civile, presentato alla Sottocommissione Reale per la Riforma del Codice di Procedura Civile – Parte seconda del Processo di Esecuzione*, Padova, 1926; per la storia del *Progetto* cfr. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991, p. 286 ss.

21 Un simile avviso dovrebbe avere lo scopo di avvertire il debitore delle possibili conseguenze della sua mancata dichiarazione. Proseguendo su questa linea interpretativa, sarebbe astrattamente possibile ipotizzare, in caso di omissione di tale avviso da parte del creditore, la nullità del pignoramento, ai sensi dell'art. 156 comma secondo c.p.c., non essendo l'atto idoneo a raggiungere lo scopo (*i.e.* rendere edotto il terzo sulle conseguenze della sua mancata dichiarazione).

22 *Scil.* che, in caso di mancata dichiarazione a mezzo raccomandata / pec e di mancata comparizione all'udienza successivamente fissata ai sensi dell'art. 548 comma secondo il credito sarebbe stato assegnato

da noi ipotizzata potrebbe essere sanata qualora l'ordinanza, o comunque l'atto che verrà notificato al terzo *debitor debitoris*, dovesse contenere un siffatto avviso.

A questo punto, in caso di mancata comparizione del terzo scatterà la presunzione prevista dal nuovo art. 548 c.p.c., e il credito verrà assegnato dal giudice.

Potrebbe darsi, però, il caso che la dichiarazione di terzo, non ancora pervenuta alla prima udienza di comparizione, fissata dal creditore precedente, pervenga in questa seconda fase e segnatamente nello iato temporale, intercorrente tra la prima e la seconda udienza fissata dal giudice dell'esecuzione.

Una simile eventualità, va segnalato, potrebbe verificarsi in due ipotesi: la prima – abbastanza verosimile – che il terzo abbia tempestivamente spedito la dichiarazione, ma questa, per un ritardo del servizio postale o un malfunzionamento dei server di posta elettronica, non pervenga in tempo utile²³. La seconda ipotesi, forse più teorica, è quella del terzo che abbia omesso per qualunque motivo di comunicare, in prima battuta, la propria dichiarazione al creditore, e che, a fronte della notifica dell'ordinanza *ex art. 548 c.p.c.*, invii al creditore la lettera raccomandata o la comunicazione a mezzo pec, anziché comparire di persona, come previsto dalla legge.

In siffatte ipotesi dovremo, probabilmente, distinguere. *Nulla quaestio*, ovviamente, se il terzo dovesse comunque comparire all'udienza per ratificare o confermare la dichiarazione, positiva, parzialmente positiva o negativa, già comunicata. Il processo seguirà il suo corso, per come disegnato dal legislatore. Ma egli potrebbe ritenere di avere già assolto al suo obbligo e disertare la nuova udienza fissata, confidando nella dichiarazione scritta, già trasmessa.

Riteniamo, a questo punto, si debba nuovamente ed ancora una volta distinguere. Nessun problema se questa seconda dichiarazione sia interamente positiva. Il credito potrà essere assegnato, con piena soddisfazione del creditore, del giudice dell'esecuzione e del legislatore. Più delicato il caso che questa seconda dichiarazione sia negativa o solo parzialmente positiva²⁴.

In questo caso, l'obbligo di lealtà e probità sancito dall'art. 88 c.p.c., sia pure inteso nel suo significato *minore* di comportarsi secondo buona fede e “*non barare*”²⁵, dovrebbe comportare l'onere per il creditore di dare atto della nuova dichiarazione. Si tratta di un principio, a nostro avviso, di ragionevole correttezza, che non comporta un sovvertimento del sistema processuale; tanto più che – dopotutto – qui si tratta di non nascondere al giudice una dichiarazione proveniente da un soggetto che *non è* il debitore principale (“*la controparte*”, per così dire), ma è, come detto, estraneo al rapporto sostanziale e processuale intercorrente tra creditore e debitore e principale.

Se la dichiarazione irrituale verrà comunque prodotta dal creditore precedente, riteniamo che il giudice non potrà assegnare il credito al di fuori dei suoi limiti (nel caso che essa, ovviamente, sia solo parzialmente positiva). E ciò per due ordini di ragioni.

“*nei termini indicati dal creditore precedente*”.

23 Si pensi alla prassi, e.g. delle banche in caso di pignoramento del saldo di conti correnti, di rendere la dichiarazione a ridosso dell'udienza.

24 Si pensi al caso, tutt'altro che infrequente, che il terzo dichiari effettivamente di essere debitore, ma per un importo inferiore a quello indicato dal creditore precedente: e.g., la banca dichiari l'esistenza di un rapporto di conto corrente intestato al debitore, ma con saldo inferiore al credito precettato.

25 Per la ben nota metafora dell'obbligo di lealtà come divieto di barare al gioco delle carte, cfr. CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, p.128, il quale oltretutto analizza a fondo i rapporti tra lealtà, probità e principio dispositivo. Si veda, per una diffusa trattazione, il mio precedente RUSSO, *La verità nel processo civile – brevi riflessioni sul diritto positivo*, in *La formazione dell'avvocatura (2009-2012) Percorsi di diritto processuale civile*, Roma, 2012, p. 30 ss.

In primo luogo, la posizione del terzo, il quale rende una dichiarazione, secondo una modalità prevista dalla legge, sia pure al di fuori dai limiti temporali di essa²⁶, non può essere considerata equivalente a quella del terzo che non la rende affatto, o la rende in un modo assolutamente atipico. Atteso che la norma determina, comunque, una compressione dei diritti e della posizione del terzo ed in ogni caso un aggravamento della sua posizione, essa non può che essere soggetta – a nostro avviso – ad una interpretazione rigorosa e garantista²⁷.

In secondo luogo, se il terzo – come noi riteniamo – può avvalersi in ogni caso del rimedio previsto dagli artt. 549 e 548 c.p.c., per dedurre l'inesistenza del proprio debito, l'assegnazione del credito in presenza di una dichiarazione solamente irrituale si porrebbe in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost. Non pare proprio ragionevole *ignorare* la dichiarazione da egli irritalmente resa, e costringerlo ad incardinare un'ulteriore azione, con grave dispendio di tempi e risorse processuali.

Qualora, infine, il terzo non abbia reso la dichiarazione all'udienza originaria, ovvero alla nuova udienza per i crediti diversi da quelli previsti dai commi terzo e quarto dell'art. 545 c.p.c., il credito dovrà essere considerato non contestato nei termini indicati dal creditore e dunque, su istanza del creditore, potrà essere assegnato.

Nessun problema, in questo caso, qualora il creditore abbia indicato, in modo abbastanza preciso, il credito vantato dal debitore principale nei confronti del terzo *debitor debitoris*. Il giudice assegnerà le somme nei limiti indicati dal creditore.

Meno agevole è la soluzione se il creditore – come è naturale che sia – non abbia una precisa ed approfondita cognizione del credito del debitore verso il terzo, ma si sia limitato, come consentito dall'art. 543 c.p.c., a dare nel pignoramento una indicazione “*generica*” delle somme o cose dovute dal terzo²⁸. Si pone, a questo punto, il problema dei limiti del provvedimento di assegnazione.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di ritenere sempre e comunque ammissibile l'assegnazione delle somme, sia pure – giusta l'art. 546 c.p.c. - nei limiti del credito precettato aumentato della metà.

Riteniamo, tuttavia, che siffatta interpretazione non appaia sufficientemente aderente al disposto del nuovo art. 548 c.p.c., che non prevede, a ben vedere, l'automatica assegnazione “*dell'importo precettato aumentato della metà*”, ma semplicemente che “*il credito pignorato, nei termini indicati dal creditore, si considera non contestato*”.

26 La medesima soluzione andrebbe seguita, a nostro avviso, qualora il terzo *debitor debitoris*, versando in una delle ipotesi previste dall'art. 545 commi secondo e terzo c.p.c., avesse erroneamente effettuato la dichiarazione a mezzo raccomandata o pec, senza comparire all'udienza. In quest'ultimo caso, nell'ipotesi di dichiarazione parzialmente positiva, potrebbe essere omessa la fissazione di una ulteriore udienza, affinché il terzo possa ratificare la dichiarazione stessa in udienza; il giudice potrebbe, probabilmente, assegnare il credito, nei limiti di quanto pur irritalmente dichiarato dal terzo.

27 La correttezza di questa soluzione appare, a nostro avviso, vieppiù evidente, nell'ipotesi che il terzo avesse trasmesso tempestivamente (*recte*, prima dell'udienza fissata dal creditore precedente, ancorché successivamente al termine ordinatorio previsto dall'art. 543 c.p.c.) la dichiarazione, ma questa non fosse pervenuta nei termini per un disguido postale o informatico. Le conseguenze del disguido, riteniamo, non dovrebbero ricadere sul terzo. Si tratta di un principio – a nostro avviso, di civiltà giuridica - affermato in più occasioni dalla giurisprudenza della Consulta e dal Giudice di legittimità. Ci si riferisce alle ben note pronunce in materia di perfezionamento asimmetrico delle notifiche, per il notificante e per il destinatario: C. Cost. 26 novembre 2002, n. 477, C. Cost. 27 luglio 2001, n. 322 (ord.), C. Cost. 23 gennaio 2004, n. 28, C. Cost. 11 gennaio 2010, n. 3. Ma si veda, anche, Cass. Sez. un 14 aprile 2011, n. 8491.

28 Si pensi al caso frequentissimo di pignoramento “*di tutti i saldi di conto corrente eventualmente intrattenuti dal debitore principale presso la banca debitor debitoris*”. È altamente improbabile che il creditore precedente conosca, alla data del pignoramento, non solo l'esatto saldo creditore del conto, ma anche solamente l'IBAN di questo. Assai frequente è, del resto, nella prassi il pignoramento “*di tutte le somme dovute e debende*” nei limiti dell'importo precettato aumentato della metà, come previsto dall'art. 546 c.p.c.

Il fatto che sia utilizzata espressamente la locuzione “*non contestato*” ed il rinvio ai “*termini indicati dal creditore*” portano, infatti, a preferire una interpretazione maggiormente rigorosa della disposizione. Riteniamo, in particolare, che intanto un debito possa considerarsi “*non contestato*” nei “*termini indicati dal creditore*” in quanto esso sia stato sufficientemente individuato nell'atto di pignoramento; fattispecie che non pare verificarsi quando ad essere pignorati siano stati, *e.g.*, *tutti i saldi creditori dei conti correnti intestati al debitore escusso*, genericamente indicati.

La regola dell'assegnazione, dunque, potrà trovare, a nostro avviso, applicazione solo qualora il creditore procedente abbia sufficientemente indicato il credito del debitore verso il *debitor debitoris*, anche precisandone, sia pure con approssimazione²⁹, l'ammontare.

Analogamente, riteniamo che – stante l'inequivoco tenore letterale della norma – la regola del non dichiarato - non contestato possa trovare applicazione al solo caso di mancata comparizione del terzo all'udienza fissata, e non anche al caso in cui questi sia comparso ma si sia rifiutato di rendere la dichiarazione.

In quest'ultima ipotesi il *rifiuto o silenzio* del terzo comparso dovrà essere interpretato, a nostro avviso, come una dichiarazione negativa³⁰, senza possibilità di applicare analogicamente l'art. 548 c.p.c. Si tratta, infatti, di norma eccezionale, che comprime, oltretutto, i diritti del terzo; sicché deve, a nostro avviso, essere interpretata restrittivamente.

Si aggiunga, ancora, che tra le due ipotesi – mancata comparizione del terzo e sua comparizione ma rifiuto di rendere la dichiarazione - non pare sussistere neppure l'*eadem ratio*. Se la condotta del terzo che non compare può, da un lato, su un piano concettuale essere intesa come manifestazione di disinteresse verso la vicenda del pignoramento, il rifiuto di rendere la dichiarazione è, di contro, una condotta incompatibile con l'ammissione, anche *facta concludentia*, del debito. Essa va, dunque, interpretata per quello che è: un modo, sia pur peculiare, per negarne l'esistenza. In assenza di contestazioni di creditore e debitore, pertanto, il giudice non potrà che dichiarare l'estinzione del processo esecutivo a norma dell'art. 481 primo comma c.p.c.³¹.

Qualora, invece, il creditore o il debitore dovessero sollevare contestazioni sulla dichiarazione *non collaborativa* del terzo, il giudice dovrà risolverle a norma dell'art. 549 c.p.c. L'ordinanza sarà impugnabile da creditore, debitore e da terzo con ricorso al giudice entro venti giorni dalla sua pronuncia in udienza o, qualora sia stata emessa fuori udienza, dalla sua comunicazione.

Qualora il giudice abbia, a nostro avviso erroneamente, considerato il silenzio del terzo come equipollente alla mancata dichiarazione ed abbia assegnato ugualmente le somme, si pone il dubbio se avverso tale ordinanza sia proponibile il rimedio previsto dagli artt. 548 e 549 c.p.c. ovvero l'appello, trattandosi di provvedimento emesso in assenza dei presupposti di legge. Riteniamo preferibile la prima soluzione, perché più coerente con la *ratio* della riforma del 2012, *i.e.* – almeno a noi pare – prevedere l'opposizione nelle forme dell'art. 617

29 Il creditore, cioè, dovrebbe indicare in modo sufficientemente chiaro, prendendo, per così dire, una espressa posizione, che il debitore escusso è creditore del terzo, e che tale credito è pari o superiore all'importo pignorato (dunque, le somme precettate aumentate della metà).

30 Non sembra corretto interpretare analogicamente l'art. 548 c.p.c. Si tratta, infatti, di norma eccezionale, che comprime, oltretutto, i diritti del terzo. Sicché non potrà, a nostro avviso, che essere interpretata restrittivamente. Si aggiunga, ancora, che tra le due ipotesi – mancata comparizione del terzo – e sua comparizione ma rifiuto di rendere la dichiarazione non pare sussistere neppure l'*eadem ratio*. La condotta del terzo che non compare è *più significativa* di quella del terzo che compare ma non vuole dichiarare se è, o meno, debitore.

31 Anteriormente alla novella del 2012, in tal senso (sia per l'ipotesi di mancata comparizione del terzo che di rifiuto di rendere la dichiarazione) v. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, II., *cit.*, p. 200.

c.p.c. come rimedio generalizzato contro ogni provvedimento del giudice, conseguente alla dichiarazione o alla mancata dichiarazione del terzo.

4. *L'opposizione ex art. 617 c.p.c., prevista dall'art. 548 ultimo comma c.p.c., come rimedio a tutela del terzo (opposizione tardiva avverso l'ordinanza di assegnazione).*- Una volta che il terzo non abbia reso la dichiarazione, e si sia perfezionato il complesso *iter* previsto per l'assegnazione del credito in caso di silenzio, la legge prevede, innanzitutto, che egli potrà “*impugnare nelle forme e nei termini di cui all'articolo 617, primo comma, l'ordinanza di assegnazione dei crediti adottata a norma del presente articolo, se prova di non averne avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore*”.

La norma va analizzata – nella sua struttura linguistica – con molta attenzione, per interpretarla in modo corretto e costituzionalmente compatibile.

Sul piano dell'analisi logica, innanzitutto, la proposizione “*se prova di non averne avuto tempestiva conoscenza*” è retta dal complemento oggetto della proposizione precedente, *i.e.*: “*l'ordinanza di assegnazione di crediti adottata a norma del presente articolo*”.

La fattispecie descritta dal legislatore è, dunque, quella del terzo che non abbia avuto conoscenza dell'ordinanza di assegnazione pronunciata, per così dire, in sua *contumacia* e non, come potrebbe ingannevolmente sembrare ad una lettura non approfondita della norma, della pendenza del processo esecutivo³² o dell'ordinanza con la quale, ai sensi del secondo comma dell'art. 548, il giudice ha fissato una nuova udienza per la comparizione del terzo. Tale ultima interpretazione risulta preclusa, in particolare, da due ordini di ragioni.

Innanzitutto, sul piano letterale, l'ordinanza di assegnazione è cosa diversa dall'ordinanza di fissazione udienza.

Ma anche a non tenere conto di tale rilievo, sempre sul piano letterale, la locuzione “*l'ordinanza di assegnazione di cui al presente articolo*” appare riferita a due fattispecie differenti, ambedue disciplinate dall'art. 548. La prima è quella dei crediti, per così dire, ordinari, per i quali la dichiarazione del terzo viene resa in prima battuta a mezzo raccomandata o posta elettronica certificata. La seconda è quella di crediti di cui all'art. 545 terzo e quarto comma. Orbene, in tale ultima ipotesi non vi è alcuna nuova udienza, ma il credito viene considerato, *ope legis*, non contestato e assegnato al creditore procedente direttamente all'originaria udienza, fissata dal creditore. Intendendo per “*ordinanza di assegnazione*” l'ordinanza di fissazione di una nuova udienza, dovrebbe concludersi che l'opposizione *de qua* sarebbe ammessa per i soli crediti ordinari e non anche per quelli di lavoro o alimentari. Il che renderebbe la previsione di dubbia costituzionalità, oltre che di dubbia ragionevolezza.

L'ultimo comma dell'art. 548 c.p.c., dunque, introduce semplicemente una specifica opposizione avverso l'ordinanza di assegnazione emessa in caso di mancata dichiarazione del terzo. Essa andrà proposta con atto di citazione, giusta il richiamo alle forme del primo comma

³² Si osservi come una simile interpretazione, oltre a rendere la norma di dubbia costituzionalità, non appare perfettamente compatibile con il dato letterale, dal momento che costringe a considerare priva di significato, quasi fosse un rifiuto, la proposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 548 c.p.c. (a norma del quale, come detto, il terzo può proporre l'opposizione ex art. 548 u.c. c.p.c. qualora dimostri di non avere avuto conoscenza dell'ordinanza di assegnazione e non già del procedimento esecutivo). Perché se interpretata restrittivamente (nel senso che al terzo non competerebbero altre forme di tutela, se non l'opposizione in questo specifico caso) la norma sarebbe eccessivamente lesiva dei diritti del terzo, che si troverebbe a diventare *ope legis* debitore, anche se debitore non era. Perché irragionevole, anche sul piano dello spreco di tempi risorse processuali, se interpretata in modo permissivo (il terzo potrebbe comunque proporre opposizione all'esecuzione per dimostrare, nell'esecuzione contro di lui proposta, di non essere debitore del debitore principale).

dell'art. 617 c.p.c., e potrà essere azionata ogni qualvolta non abbia avuto conoscenza dell'ordinanza di assegnazione del credito, emessa in sua contumacia.

La logica del legislatore pare essere, in particolare, quella di disciplinare un'opposizione residuale, rispetto alla successiva – di portata generale - prevista dall'art. 549 c.p.c. Il rimedio previsto, infatti, da quest'ultima norma si atteggia come strumento generale di *impugnazione* avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che, risolvendo ogni “*contestazione*” sulla dichiarazione del terzo, abbia assegnato o non assegnato le somme. Esso si propone, come detto, con ricorso al giudice dell'esecuzione stessa, nelle forme e nei termini di cui all'art. 617 c.p.c. e dunque entro venti giorni dalla pronuncia dell'ordinanza se emessa in udienza, o dalla sua successiva comunicazione o notificazione.

Con l'introduzione, all'ultimo comma dell'art. 548, di una ulteriore opposizione, proponibile dal terzo che non sia comparso all'udienza e non abbia avuto, comunque, conoscenza della conseguente ordinanza di assegnazione, il legislatore ha voluto conseguire un doppio risultato.

In primo luogo ha, nella sostanza, chiarito che il terzo potrà proporre, sempre e comunque – avverso l'ordinanza che assegni il suo debito – opposizione nelle forme dell'art. 617 c.p.c., rimedio che riveste, dunque, carattere generale.

In secondo luogo, ha previsto un ulteriore strumento di garanzia per il terzo, diretto a rimetterlo in termini ogni qualvolta, a causa della sua mancata comparizione, non abbia avuto conoscenza dell'ordinanza di assegnazione emessa ai suoi danni. Tale rimedio consiste, appunto, in una opposizione *tardiva* agli atti esecutivi, da proporre entro venti giorni dalla effettiva conoscenza dell'ordinanza che ha assegnato il suo asserito debito e comunque entro venti giorni dalla notifica di questo, in uno con il precetto, da parte del creditore precedente.

La fattispecie di cui all'art. 548 c.p.c., dunque, non sarebbe altro che un'ipotesi di opposizione tardiva, del tutto analoga a quelle previste dagli artt. 650 e 668 c.p.c. che consente al terzo – anche dopo la chiusura dell'esecuzione forzata – di rimettere in discussione l'ordinanza di assegnazione (*i.e.*, il titolo esecutivo formato contro di lui), qualora non ne avesse avuto conoscenza senza sua colpa.

In questa chiave di lettura va, a nostro avviso, inteso il disposto dell'ultimo comma dell'art. 548 c.p.c. a norma del quale il terzo deve dimostrare di non avere avuto tempestiva conoscenza dell'ordinanza di assegnazione per irregolarità della notifica o per caso fortuito o forza maggiore. La norma non ha l'obiettivo di circoscrivere i possibili motivi di opposizione del terzo che abbia disertato l'udienza (permettendogli di proporre opposizione solamente *al fine* di dimostrare di non avere avuto conoscenza del processo esecutivo) ma semplicemente quello di individuare il termine ultimo di preclusione – dunque la condizione di ammissibilità – entro cui è possibile proporre la predetta opposizione tardiva.

Il terzo, in conclusione, non dovrà giustificare il fatto di non aver reso la dichiarazione, ma di non avere proposto l'opposizione *generale*, prevista dall'art. 549 c.p.c., entro venti giorni dalla pronuncia dell'ordinanza di assegnazione³³.

33 Ovvero in un momento successivo, ma comunque anteriore alla notifica del precetto e dell'ordinanza da parte del creditore precedente. Si pensi al caso dell'ordinanza di assegnazione che venga comunque comunicata al terzo a cura della cancelleria, o notificata, non in copia esecutiva, ad istanza del debitore. In tutti questi casi, stante il disposto dell'art. 548, il termine di venti giorni inizierà a decorrere dalla data in cui il terzo ha avuto conoscenza effettiva dell'ordinanza.

Quanto all'onere della prova in capo al terzo, dal momento che, evidentemente, egli non potrà fornire la prova negativa di non avere avuto conoscenza anteriore dell'ordinanza, lo schema sarà, con tutta probabilità, il medesimo seguito nelle impugnazioni nel termine di decadenza *ex art.* 327 c.p.c. Il terzo, dunque, dovrà dedurre di non avere avuto conoscenza in epoca anteriore, fermo restando che il giudice, su eccezione della controparte o *ex officio* se risulta dagli atti, potrà dichiarare inammissibile l'opposizione se venga dimostrato che il terzo aveva avuto conoscenza anteriore dell'ordinanza.

Una volta chiarito che la locuzione “*se prova di non averne avuto conoscenza*” non ha alcuna attinenza con il contenuto dell'opposizione prevista dall'art. 548 c.p.c., ma disciplina semplicemente una condizione di ammissibilità del rimedio tardivo, non sussiste alcuna incertezza nel definire il possibile oggetto di questo. Il contenuto dell'opposizione prevista dall'art. 548 c.p.c. è il medesimo di quella previsto dall'art. 549 c.p.c. Essa potrà essere diretta, senza alcun limite e alla sola condizione che venga *giustificata* per come detto, la sua proposizione tardiva, a negare l'esistenza del debito verso il *debitor debitoris*, ovvero a contestarne l'ammontare, a dedurre una causa estintiva, *etc.*

Si noti come, interpretando in tal modo la norma, acquista significato e coerenza l'intero impianto normativo. Non solo acquista significato la previsione che tale forma di opposizione possa essere proposta in caso di mancata conoscenza dell'ordinanza di assegnazione (e non del processo esecutivo); ma diviene anche ragionevole la forma prescelta dal legislatore: atto di citazione, entro venti giorni dalla notifica del precetto e del titolo contro il terzo. Si tratterebbe, come detto, di un caso residuale, diretto a tutelare e garantire il terzo qualora il procedimento esecutivo si è perfezionato a causa della sua mancata comparizione.

Ancora diviene ragionevole la mancata previsione dell'opposizione in esame al caso di omessa dichiarazione del terzo in udienza³⁴.

Diviene ragionevole perfino l'onere per il terzo di provare di non avere conosciuto l'ordinanza di assegnazione in un momento anteriore alla sua notifica da parte del creditore precedente³⁵. In nessun caso vi sarà una eccessiva compressione dei diritti del terzo, dal momento che i suoi diritti potranno essere adeguatamente tutelati, salvo il problema di regolare il regime delle spese processuali della fase dell'opposizione. Queste saranno, con tutta probabilità, poste a carico del terzo, dal momento che è stata la sua mancata comparizione a rendere necessaria questa ulteriore fase.

Essendo richiamate, infine, le ipotesi di nullità della notifica, troveranno a nostra opinione applicazione le regole generali in materia di nullità, sicché l'opposizione dovrà essere dichiarata inammissibile se la notifica, pur essendo nulla, abbia raggiunto lo scopo, e abbia consentito al terzo di conoscere la pendenza del processo esecutivo e le conseguenze previste in caso di omessa dichiarazione.

5. La risoluzione delle contestazioni e l'opposizione ex artt. 549 e 617 c.p.c. avverso la conseguente ordinanza. - Altra novità della riforma è la soppressione del vecchio giudizio ordinario di *accertamento dell'obbligo del terzo*, sostituito potere del giudice, giusta l'art. 549 c.p.c., di risolvere le eventuali contestazioni con ordinanza, impugnabile nelle forme e nei termini dell'art. 617 c.p.c.

34 Si osservi come, seguendo l'interpretazione suggerita, acquista coerenza anche la scelta normativa di applicare il meccanismo della assegnazione per mancata dichiarazione, anche al caso di pignoramento dei crediti di cui agli artt. 545 commi terzo e quarto, alle ipotesi, cioè, in cui la dichiarazione del terzo deve essere resa in udienza. In tali ipotesi, invero, il fatto che il terzo non abbia reso la dichiarazione – *recte*: la sua mancata comparizione all'udienza – è immediatamente ed obiettivamente riscontrabile dal giudice stesso (mentre nelle altre ipotesi è affidata, fino alla successiva udienza di cui all'art. 548 c.p.c.) ad una dichiarazione del creditore, potenzialmente inattendibile.

35 Riteniamo che, sulla base dei principi più volte enunciati dalla Consulta in fattispecie analoghe, al caso di mancata conoscenza dell'ordinanza di assegnazione – debba essere equiparato quello della tempestiva conoscenza, ma dell'impossibilità – per caso fortuito o forza maggiore – di proporre l'opposizione. cfr. C. Cost. 20 maggio 1976 n. 120, per il caso di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, C. Cost. 18 maggio 1972 n. 89 per il caso di sfratto dopo la convalida, e ciò anche per il differente disposto di cui all'art. 294 c.p.c., che consente la rimessione in termini del contumace, qualora la costituzione in giudizio sia stata impedita da causa a lui non imputabile.

Il testo novellato dell'art. 549 prevede, oggi, invece che se sulla dichiarazione sorgono contestazioni, il giudice dell'esecuzione le risolverà, “*compiuti i necessari accertamenti, con ordinanza*” destinata a produrre effetti “*ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione*”. La norma si chiude con la previsione che l'ordinanza *de qua* è impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'articolo 617 c.p.c.

Si è già detto che – a nostro avviso – il senso della riforma sarebbe stato quello di introdurre, nel pignoramento presso terzi, il rimedio generalizzato dell'opposizione nelle forme dell'art. 617 c.p.c., in ogni caso in cui i soggetti del processo esecutivo (*i.e.*, creditore, terzo o debitore) vogliano mettere in discussione l'ordinanza di assegnazione del giudice dell'esecuzione.

Il sopravvenire di contestazioni, a seguito della dichiarazione del terzo, paiono determinare, dunque, l'avvio di un procedimento a carattere bifasico – se non proprio di due gradi di giudizio – con una prima fase a carattere incidentale, che si svolge davanti al giudice dell'esecuzione e che si chiude con ordinanza, e una ulteriore, che apre il vero e proprio contenzioso ed a cognizione piena e che inizia con la proposizione dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*

Il sistema delineato è simile a quello previsto dall'art. 512 c.p.c., a proposito delle controversie in sede di distribuzione del ricavato, nonché, in una certa misura, alle controversie previste dagli artt. 92 ss. l.fall. In siffatte controversie si ha appunto un accertamento provvisorio dei diritti dei creditori nei confronti del fallimento affidato ad una fase sommaria, il cui esito può essere *impugnato* o comunque messo in discussione con l'opposizione *ex art. 98 l.fall.* o con le ulteriori *impugnazioni* previste dalla legge.

La complicazione è data, però, dal fatto che le controversie *ex art. 549 c.p.c.* - e correlativamente il provvedimento, oggi con forma di ordinanza, che le decide – è destinato a produrre i suoi effetti anche nei riguardi di un terzo; di un soggetto che, fino a questo momento, non è stato parte del processo esecutivo ed è estraneo al rapporto – sia esso stato definito da un titolo esecutivo contrattuale o giudiziale – tra creditore e debitore escusso. È, infatti, indubbio che, almeno fino all'ordinanza di esecuzione, nessun accertamento giurisdizionale vi è stato tra creditore precedente e terzo *debitor debitoris*, come pure nessun titolo esecutivo esiste.

L'aver affidato la soluzione della controversia tra creditore, debitore e terzo ad un provvedimento con forma di ordinanza fa sorgere immediatamente il problema dei suoi effetti – meramente endoprocedimentali o *ultra vires*.

Di non facilissima lettura è, al riguardo, la previsione, contenuta nell'art. 549 c.p.c., che l'ordinanza in questione, emessa dal giudice dell'esecuzione, “*produce effetti ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione*”.

Sembrerebbe, a prima vista, che il senso della legge sia quello di attribuire una efficacia meramente endoprocedimentale al provvedimento in questione, come del resto all'ordinanza di assegnazione fondata sulla mancata dichiarazione del terzo. L'efficacia di siffatti provvedimenti sarebbe, dunque, limitata all'esecuzione in corso ed a quella eventualmente instaurata contro il terzo, nei cui confronti non si formerebbe – nel caso di ordinanza emessa a seguito di contestazioni sulla dichiarazione - alcun giudicato.

Solo che questa soluzione renderebbe poco razionale il sistema e svuotato di utilità pratica per il creditore precedente³⁶: il terzo, immediatamente dopo avere pagato il creditore ori-

³⁶ Una differente lettura potrebbe, forse, ricavarsi dall'esegesi sistematica della disposizione in esame con l'ultimo comma dell'art. 548 c.p.c. Dalla lettura delle due norme, infatti, emerge l'assoluta identità delle locuzioni usate. Nella fattispecie prevista dal primo comma dell'art. 548 c.p.c. (richiamato anche dal secondo comma), in caso di mancata comparizione del terzo, il credito si considera “*non contestato*” ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione. Gli effetti della non contesta-

ginario, potrebbe instaurare un giudizio di cognizione contro di lui, diretto ad ottenere, dopo la chiusura dell'esecuzione, la ripetizione dell'indebitato.

La norma, tuttavia, si presta ad una possibile diversa interpretazione, forse più coerente con l'esegesi, qui proposta, della riforma nel suo complesso.

Sul piano letterale, in particolare, si osserva che la norma non utilizza l'espressione "esclusivamente" o altra analoga, che consenta di affermare in modo univoco che intento del legislatore fosse proprio quello di attribuire all'ordinanza un'efficacia endoprocedimentale. Siffatta efficacia, inoltre, mal si concilia con la previsione – questa espressa – che l'ordinanza acquista efficacia esecutiva anche nei confronti del terzo, *i.e.* in una ulteriore, eventuale e successiva esecuzione forzata, esterna rispetto al precedente pignoramento presso terzi.

Il senso della previsione, allora, potrebbe essere semplicemente quello di rimarcare che le due ordinanze di assegnazione hanno efficacia, oltre che ai fini del processo esecutivo in corso – indicazione, questa, pleonastica – anche ai fini dell'eventuale esecuzione contro il terzo. Il legislatore, in altri termini, avrebbe semplicemente inteso, con la previsione *de qua*, risolvere in modo *gordiano – scil.*, attraverso una esplicita previsione normativa – *la vexata quaestio* se il provvedimento di assegnazione costituisca o meno titolo esecutivo anche nei confronti del terzo³⁷.

Affermare, tuttavia, che l'ordinanza che risolve le controversie tra debitore, creditore e terzo produrrà effetti anche in un procedimento ulteriore rispetto all'esecuzione in corso e dunque anche nei rapporti con il terzo *debitor debitoris*, obbliga probabilmente a meglio in-

zione, dunque, potrebbero avere la stessa estensione degli effetti della mancata opposizione avverso l'ordinanza che risolve le controversie sorte a seguito della dichiarazione del terzo. In tal senso la decisione del terzo o degli altri soggetti di non proporre opposizione avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione potrebbe essere, concettualmente, accostata ad una non contestazione; non più del credito, *tout court*, indicato dal creditore precedente, ma di quello individuato dal giudice dell'esecuzione.

Seguendo questo filo ideale, allora, a seguito della mancata opposizione nei termini, l'ordinanza del giudice non produrrebbe ugualmente gli effetti di un giudicato, ma sarebbe – piuttosto – accostabile, analogamente alla positiva (o, oggi, alla mancata) dichiarazione del terzo, ad una confessione o, quantomeno, ad un riconoscimento di debito. Con il risultato che, anche dopo aver subito l'esecuzione forzata ad istanza del creditore precedente, il terzo potrebbe ancora rimettere in discussione il proprio debito (direttamente con il mezzo di una opposizione all'esecuzione, o indirettamente con una azione di ripetizione di indebitato, dopo aver pagato); ma ciò esclusivamente entro i limiti in cui avrebbe potuto rimettere ancora in discussione la dichiarazione positiva: solamente negli stretti limiti dell'art.2732 c.c. (dimostrando, cioè, di non avere potuto proporre opposizione per errore di fatto o la violenza), o comunque dell'art. 1988 c.c., con conseguente inversione dell'onere della prova (dovrebbe, cioè, dimostrare l'inesistenza del rapporto fondamentale con il debitore principale).

Di contro, qualora il terzo, il debitore o il creditore, dovessero proporre, avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione, l'opposizione ex art. 617 c.p.c., questo aprirebbe un giudizio a cognizione e piena, tra le parti, il quale, chiudendosi con sentenza avrebbe efficacia di giudicato.

Il limite della tesi, sopra, suggerita è, probabilmente, la sua scarsa ragionevolezza, dal momento che il terzo avrebbe, forse, una maggiore convenienza a non opporre l'ordinanza, piuttosto che a impugnarla, se non altro al fine di beneficiare di tre gradi pieni di giudizio, in luogo dei due consentiti dalle forme dell'opposizione ex art. 617 c.p.c.

37 Senso della previsione, allora, sarebbe quello di affermare, per la prima volta, il principio giurisprudenziale che l'ordinanza di assegnazione ha efficacia di titolo esecutivo anche nei confronti del terzo. Per la tesi negativa, in passato, V. COLESANTI, *Il terzo debitore nei pignoramenti dei crediti*, II, Milano, 1967 p. 428 ss.; MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, II cit., p. 207; *Id.*, *Espropriazione dei crediti e ordinanza di assegnazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1969, II, p. 91-108 ed in giurisprudenza Cass. 7 ottobre 2005, n. 19652. Per la tesi opposta in dottrina v. G. ARIETA F. DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, in MONTESANO – ARIETA *Trattato di diritto processuale civile*, Volume III, tomo II, Padova, 2007, p.979- SATTA – PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 673; MONTESANO – ARIETA, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 1999, p. 76 ss.. In giurisprudenza v. Cass. 18 marzo 2003, n. 3976.

quadrare giuridicamente la natura di siffatta ordinanza; il che, come ulteriore conseguenza, obbliga anche a riqualificare il procedimento di risoluzione delle contestazioni, che a produrre tale ordinanza è diretta.

In una parola, ritenere che l'ordinanza avrà effetto tra le parti anche al di fuori dal processo esecutivo, corrisponde, a nostro avviso, ad affermarne il carattere di sentenza e l'idoneità a formare cosa giudicata. L'affermazione, poi, dell'idoneità a formare giudicato comporta, sempre a nostro parere, a concludere che la relativa fase processuale, pur svolgendosi davanti al giudice dell'esecuzione, sia diretta ad accertare l'esistenza o meno del debito del terzo³⁸. Debba, dunque, svolgersi con il rispetto del contraddittorio a terzo, creditore e debitore escusso³⁹.

Il legislatore, allora, avrebbe – in definitiva – semplificato solamente le forme, ma non la natura del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, sul rilievo che, probabilmente, era proprio l'apertura di un processo nelle forme ordinarie a determinare possibili lungaggini del processo esecutivo. In tale prospettiva la differenza tra vecchio e nuovo giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, sarebbe semplicemente la *sommarizzazione* del secondo, che culminerebbe con un provvedimento che – pur avendo forma di ordinanza – incidendo su diritti soggettivi avrebbe pur sempre natura di sentenza.

La scelta di far chiudere il primo grado con una ordinanza, anziché con una sentenza, sarebbe imputabile alla (a nostro avviso, deplorabile) abitudine del legislatore⁴⁰ di considerare l'ordinanza non tanto come un provvedimento ordinatorio, destinato a regolare talune fasi di un procedimento, ma come una mera sentenza *semplificata*, sull'assunto, forse, che le forme della sentenza non siano imprescindibili strumenti di garanzia per la tutela dei diritti soggettivi, ma inutili formalismi, che ostacolano, quando proprio non impediscono, la ragionevole durata del processo.

Ulteriore corollario è che, a nostro avviso, qualora il credito contestato afferisca ad un rapporto di lavoro dipendente, dovrà trovare applicazione il rito lavoristico. Non tanto, ovviamente, per quanto concerne le modalità di introduzione del procedimento – che sono quelle previste dall'art. 549 c.p.c. - e della sua definizione (che avverrà sempre con ordinanza) ma per quanto concerne i poteri officiosi del giudice, che saranno quelli previsti dall'art. 421 c.p.c.

Qualora l'ordinanza decida sull'esistenza del credito del debitore verso il *debitor debitoris*, il giudice potrà assegnare il credito. Il terzo, a questo punto, si troverà costretto a pagare il creditore procedente, e questi, in caso di suo inadempimento, potrà notificargli ordinanza di assegnazione e precetto ed avviare nei suoi confronti un'esecuzione forzata.

Riteniamo che, seguendo questa impostazione, il terzo che non abbia proposto opposizione agli atti esecutivi nel termine di venti giorni, non potrà più proporre opposizione al precetto e all'esecuzione, per motivi afferenti alla formazione del titolo (ed in particolare per dedurre l'inesistenza del suo debito nei riguardi del debitore principale), a ciò ostando il disposto dell'art. 549 c.p.c. Potrà tuttavia, a nostro avviso, proporre opposizione avverso il

38 Conclusione, questa, che pare avvalorata dal dato normativo dell'art. 549, a norma del quale il giudice deve comunque compiere “*i necessari accertamenti*” (e dunque istruire in un certo qual modo la causa).

39 I quali, a questo punto, già da questa fase dovranno stare in giudizio con un difensore, e saranno litisconsorti necessari. Con la conseguenza che, qualora il debitore non fosse comparso all'udienza, o questi o le altre parti fossero comparsi senza l'ausilio di un difensore, l'udienza dovrà essere rinviata per consentirne la costituzione in *giudizio* delle parti.

40 Cfr., meramente a titolo di esempio, la scelta della legge 18 giugno 2009 n. 69 di prevedere la forma dell'ordinanza per tutti i provvedimenti che statuiscano sulla competenza (e sulla litispendenza). Si vedano, su questi temi, le osservazioni di RASCIO, *Note sull'impiego del reclamo (in luogo dell'appello) come mezzo per impugnare le sentenze con devoluzione automatica piena*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p.955.

precetto e l'esecuzione contro lui iniziata dall'originario creditore procedente – analogamente a quanto avviene per le opposizioni a precetto fondate su titoli giudiziali⁴¹- per motivi successivi alla formazione del titolo⁴².

Una volta affermata l'idoneità al giudicato dell'ordinanza ex art. 549 c.p.c., poca importanza ha, a questo punto, l'ulteriore problematica se la prima fase davanti al giudice dell'esecuzione sia da intendere come un vero primo grado di giudizio⁴³, ovvero come una fase sommaria di un unico grado di giudizio. Se, correlativamente, l'opposizione prevista dall'art. 549 c.p.c. debba essere considerata un mezzo di impugnazione in senso stretto, ovvero (ricostruzione, secondo noi, preferibile) come una vera e propria opposizione, diretta ad aprire una fase a contenzioso pieno.

Rimane, in ogni caso, certo, a nostro avviso, che anche a volere considerare l'opposizione *de qua* come una impugnazione in senso stretto (e non come l'atto che dà impulso ad un procedimento a contraddittorio pieno che si innesta nel procedimento esecutivo) l'eventuale carattere di impugnazione va interpretato *cum grano salis*. Dal momento che il primo *grado* è comunque caratterizzato, per lo meno, da una certa sommarietà, a seguito dell'opposizione si aprirà un *novum iudicium*, all'interno del quale non dovrebbe operare alcuna preclusione. Il soggetto opponente – sia esso creditore, debitore o terzo - potrà, a nostro avviso, far valere anche ragioni nuove, diverse da quelle eventualmente fatte valere all'udienza prevista dall'art. 549 c.p.c.

Il fatto che, inoltre, ad essere richiamate siano le *forme* dell'opposizione agli atti esecutivi, e non *l'opposizione in sé*, implica che l'opposizione – abbia o meno carattere di impugnazione - *de qua* non sarà limitata alla irregolarità formale degli atti e agli altri casi previsti dall'art. 617 c.p.c., ma potrà riguardare – come detto - anche ogni contestazione di sostanza, circa l'esistenza o l'inesistenza del debito.

Con tale previsione, dunque, il legislatore avrebbe voluto, come detto, attribuire un certo e generalizzato rimedio per risolvere, con un procedimento a carattere contenzioso e relativamente celere⁴⁴, ogni possibile contestazione sorta non tanto in ordine al contenuto della dichiarazione del terzo, quanto alla conseguente ordinanza del giudice dell'esecuzione, che tali contestazioni ha risolto, ovvero che ha assegnato il credito nella *contumacia minor* del terzo *debitor debitoris*.

Federico Russo

Ricercatore di Diritto Processuale Civile
nell'Università degli Studi di Palermo

41 *Ex plurimis*, v. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, II cit., p. 260 ss.

42 *E.g.*, deducendo l'avvenuto pagamento nelle mani del creditore procedente, dopo l'ordinanza di assegnazione, o allegando la rimessione del debito o la prescrizione successiva all'ordinanza di cui all'art. 549 c.p.c., etc. Si osservi che questa riflessione porta ad attribuire, a ben vedere, natura decisoria all'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione risolve, ai sensi dell'art. 549 c.p.c., le controversie.

43 Come parrebbe dedursi dall'art. 549 medesimo, a norma del quale l'ordinanza che chiude questa fase potrà essere *impugnata* (non reclamata né opposta) “*nelle forme e nei termini*” di cui all'art. 617 c.p.c. Un'impugnazione, dunque, si avrebbe, che ha solo la forma dell'opposizione, ma manterrebbe natura di impugnazione. Naturalmente è possibile, però, ritenere che la locuzione “*impugnare*” sia stata utilizzata in modo improprio, come strumento diretto alla modifica e comunque al riesame.

44 Si pensa alla inappellabilità della sentenza che definisce l'opposizione.