

IL RIFIUTO DEL PIGNORAMENTO

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA POSIZIONE E DEI POTERI DELL'USCIERE COME ESECUTORE GIUDIZIARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. Importanza del tema per la sistemazione e la riforma del processo esecutivo e per lo studio della posizione e dei poteri dell'esecutore giudiziario. — 2. Concetto di pignoramento; rilevanza della sua funzione assicurativa. Programma dell'indagine. — 3. La figura dell'esecutore. Cenni storici. Sistemi legislativi e loro apparente diversità rispetto al principio della c. d. autonomia dell'usciere. Il rapporto fra l'usciere e la parte. — 4. Il controllo dell'usciere sui presupposti del pignoramento. Ammissibilità. Estensione, in rapporto a ciascun requisito (capacità, competenza, volontà, causa e forma) del pignoramento e della domanda del creditore ed alla natura del titolo esecutivo. — 5. Carattere della cognizione dell'usciere e del suo risultato: provvedimento esecutivo ordinatorio, distinto dal provvedimento materiale (pignoramento). Dimostrazione. Categoria dei provvedimenti esecutivi ordinatori e loro caratteri. Il diniego del pignoramento come provvedimento esecutivo ordinatorio (negativo); figure simili. Forma intrinseca, tempo e luogo. Ammissibilità di più provvedimenti successivi. — 6. L'obbligo dell'usciere. Possibile sua condotta in seguito alla domanda del creditore: inerzia, diniego semplice, diniego motivato, esecuzione del pignoramento, astensione dal pignoramento ordinato. Sanzioni penali, disciplinari, civili e limiti della loro efficacia. Obbligo di provvedere sulla domanda e di motivare l'eventuale diniego. Prime osservazioni sulla c. d. autonomia dell'usciere. — 7. Ricerca dei rimedi contro il diniego del pignoramento. Opinioni del Chiovenda e del Carnelutti; critica. Limitato campo di applicazione delle sanzioni e loro irrilevanza per il problema. Necessità di costruire gli eventuali rimedi come gravami esecutivi. Disciplina dei gravami nelle legislazioni straniere. — 8. Ancora sul concetto dell'autonomia dell'usciere. Ripartizione di mansioni fra l'usciere e il pretore rispetto al pignoramento; principio regolatore. Distinzione da altre concezioni sul rapporto fra l'usciere e il giudice. Carattere della funzione dell'ufficiale giudiziario. — 9. Ammissibilità del gravame contro i provvedimenti dell'usciere e competenza del pretore come organo di gravame. Argomenti per la costruzione del principio generale: le difficoltà

di esecuzione, il provvedimento in caso di desistenza dal pignoramento e la sua impugnabilità dinanzi al pretore. Carattere di opposizione esecutiva del gravame. — 10. Struttura del processo di gravame. Forma libera. Onere del gravame. Non necessità del contraddittorio. Inesistenza di ulteriori gravami. Efficacia del provvedimento di gravame. — 11. Conclusioni sulla disciplina del pignoramento e sui poteri degli organi di esecuzione nel diritto vigente. — 12. Proposte di riforma; critiche e rilievi.

1. — Avendo posto mano da tempo a delle ricerche sul pignoramento, delle quali spero di poter fra non molto rendere conto completo (1), ho dovuto soffermarmi su di un argomento che, rimasto quasi inosservato da parte della dottrina (2), è tuttavia indubbia-

(1) Alcuni dei risultati cui sono pervenuto si trovano già esposti in una nota a sentenza: *Difficoltà di esecuzione e provvedimenti esecutivi ordinatori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, II, 59-83, che rappresenta il primo saggio di tali indagini e contiene alcuni spunti destinati ad avere più ampio svolgimento nel presente lavoro; l'esame della portata della norma dell'art. 572 cod. proc. civ. e la difficoltà - avvertita dai più acuti studiosi, ma non pienamente superata - di inquadrare il processo ivi previsto nel sistema del processo di esecuzione mi hanno condotto a vedervi la espressione di un principio generale, che mi pare fondamentale per la costruzione del nostro processo esecutivo, e di cui le pagine seguenti vorrebbero presentare alcune significative applicazioni.

(2) Questo silenzio della maggior parte degli autori, non senza peraltro che i migliori fra questi abbiano sentito il problema e suggerito soluzioni che avremo occasione di esaminare, può spiegarsi agevolmente constatando come la legge non abbia regolato espressamente l'argomento. Ne tacciono di conseguenza gli esegeti del codice; mentre gli studiosi sistematici ne hanno avvertita l'importanza, ma hanno potuto considerare il problema solo incidentalmente e quindi di sfuggita.

In pratica il problema si presenta, se non frequentemente, per lo meno assai più spesso di quel che non si supponga. Anche a me ne è occorso qualche caso, che riferirò al momento opportuno, nella mia pratica professionale, sia come legale del creditore sia del debitore. Ad ogni modo, prima di stendere queste riflessioni ho voluto interrogare diversi ufficiali giudiziari sulle loro esperienze in argomento; ed ho potuto così avere notizia di un numero e di una varietà di casi veramente insospettati da chi credesse che la vita del diritto si trovi tutta documentata nelle raccolte di giurisprudenza. Il vero è che assai spesso le parti che si trovano di fronte a qualche questione che credono nuova si accontentano di una soluzione alla buona purchessia; nè agli avvocati salta in mente che le vie possibili per risolvere un caso dubbio si possano trovare altrove che nei commentari e nei massimari. E non hanno nemmeno tutti i torti, perchè qualche volta anche i giudici pensano nello stesso modo.

mente uno dei più interessanti della teoria del processo di esecuzione: l'argomento del potere dell'ufficio esecutivo di rifiutare il pignoramento e dei possibili rimedi contro tale rifiuto. Ritengo opportuno esporre quei risultati delle mie indagini che si prestano ad essere resi noti indipendentemente dalle altre ricerche, confidando che essi possano riuscire non inutili ai fini della sistemazione del processo esecutivo (3) e, nello stesso tempo, anche ai fini della riforma di esso (4).

Mi occupo qui esclusivamente del rifiuto del pignoramento nella esecuzione per espropriazione su beni mobili, particolarmente presso il debitore: ma ho creduto talvolta necessario fare richiamo alle situazioni analoghe che si possono presentare nel processo di espropriazione di immobili e perfino nel processo esecutivo concorsuale, avendo dovuto convincermi che, l'identità di natura e di funzione (5) esi-

(3) Un lato assai interessante di questa sistemazione riflette i rapporti che corrono tra i diversi organi del processo esecutivo e l'estensione rispettiva dei loro poteri. L'argomento qui studiato ci costringerà ad affrontare diversi problemi, sinora poco o punto trattati (v. oltre nel testo), sulla *posizione* e sui *poteri* dell'*usciera* come *esecutore giudiziario*, la cui importanza fu da tempo rilevata, p. es. dal DIANA, *Le funzioni del presidente nel processo civile*, Milano 1910, pag. 11.

(4) Molte sono le critiche rivolte al nostro legislatore per l'ordinamento adottato per il processo civile e specialmente per il processo di esecuzione. Si è rilevato e censurato soprattutto il difetto di un sistema, a cui si deve se ogni istituto è regolato quasi fosse completamente indipendente dagli altri. D'altra parte, però, non era giusto criticare l'assenza di un sistema ancor prima di averlo cercato; ed ognuno sa per quanto tempo il processo esecutivo italiano ha atteso chi lo studiasse compiutamente. Le ottime monografie che vanta la nostra letteratura sul processo esecutivo, da quelle del MENESTRINA e del DE PALO a quelle dello ZANZUCCHI e, più recentemente, del LIEBMAN, pur contenendo frequenti richiami alla teoria generale dell'esecuzione, non intendevano e non potevano intendere, a trovare e a descrivere un sistema generale del processo di esecuzione informatore del nostro diritto *positivo*. Anche i contributi finissimi del CHIOVENDA non esauriscono certamente il quadro generale. La trattazione del CARNELUTTI è stata la prima completa; quella che, come tale, consente ed esige insieme ulteriori ricerche particolari, sui singoli punti più significativi, a sviluppo ed a controllo di essa. Per la migliore applicazione del diritto vigente e per la più cosciente preparazione di quello futuro lo studio accurato dei diversi istituti, che tenga conto delle esigenze della pratica senza omettere peraltro il costante riferimento alle teorie generali, sembra rappresentare ora il contributo più urgente.

(5) Mi pare superfluo estendermi a chiarire le ragioni per cui considero anch'io il fallimento come un procedimento (prevalentemente) esecutivo, aderendo

gendo un regolamento strutturale fondamentalmente analogo, una indagine per qualche riflesso unitaria sarebbe stata più proficua. Del resto, quello che più mi premeva di raggiungere era di inquadrare l'argomento studiato nella teoria dell'esecuzione, colmando, se possibile, quello che a me e ad altri era sembrato uno spazio vuoto di essa; a questo risultato non avrei potuto nemmeno aspirare se avessi omesso quei richiami.

L'indole di questi studi, il loro fine, che vorrebbe essere essenzialmente critico e ricostruttivo e non espositivo, la cerchia ristretta e scelta dei lettori a cui sono dedicati, varranno, spero, a giustificare la forma schematica e un po' arida, la sobrietà dei cenni su argomenti già noti e la preferenza riservata ai lati meno osservati finora del problema.

2. — Premessa necessaria delle ricerche qui esposte potrebbe sembrare a taluno un'ampia disamina della natura e degli effetti del pignoramento. Pur pensando che vi sia ancora qualche osservazione da fare in argomento, nonostante le discussioni cui esso ha dato luogo, io non credo indispensabile, anzi nemmeno utile, diffondermici qui. Ai fini del mio problema posso accontentarmi della nozione più comune del pignoramento, riservandone la revisione ad altro momento.

Mi preme peraltro affermare la innegabile, seppur non esclusiva,

all'opinione oggi largamente diffusa. Cfr. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig 1885, p. 16 e 49-50, nota 1; MENESTRINA, *L'accessione nell'esecuzione*, Vienna 1901, p. 207; SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2^a ediz., Leipzig 1910, p. 167, 919; HELLMANN, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, 1907, p. 383-384; SEUFFERT, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, p. 3; JAEGER E., *Komm.*, II, al § 71, p. 2; CHIOVENDA, *Principi di dir. proc. civ.*, p. 246; DIANA, *L'apertura del fallimento sulla dichiarazione del commerciante*, in *Studi Senesi*, XXX, 1915, p. 202; CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, V, n. 409; LIEBMAN, *La contestazione dei crediti nel fallimento*, in *Studi per Vivante* e in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, 210, e *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma 1931, n. 112, p. 190-191; INVREA, *Natura giuridica della sentenza che dichiara il fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 534; CRISTOFOLINI, *La dichiarazione del proprio dissesto nel processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, p. 331; BRUNETTI A., *Diritto fallimentare italiano*, Roma 1932, prefazione e *passim*.

funzione assicurativa del pignoramento (6), dovendone trarre deduzioni di qualche rilievo; e precisare poi che - mentre di solito si comprendono sotto il termine di pignoramento più momenti della attività di esecuzione - si intende qui riservare tale nome ad un solo momento, e precisamente a quello in cui taluni beni determinati vengono individuati come oggetto (mediato) dell'esecuzione, operan-

(6) Essa è stata messa in particolare rilievo dallo ZANZUCCHI, *Le domande in separazione nell'esecuzione forzata e la rivendicazione fallimentare*, Milano 1916, p. 89, secondo il quale il pignoramento (sequestro esecutivo) partecipa degli atti cautelari e assicurativi, con particolari caratteri in quanto si trova applicato nel processo di esecuzione forzata; non è una misura esecutiva, ma un atto preparatorio e preliminare a misure esecutive.

A prescindere da quest'ultima affermazione, che è fatta in relazione ad un concetto di atto esecutivo meno ampio di quello comune, e riconosciuta la connessione finale del pignoramento con la esecuzione (riconoscimento contenuto del resto nella stessa denominazione di *sequestro esecutivo*), la funzione assicurativa di quell'atto è più o meno concordemente riconosciuta dagli scrittori posteriori (v. per tutti CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, pp. 75-76, 79-80). Una adesione di particolare valore è quella del ROCCO ALFREDO, *Il fallimento, teoria generale ed origine storica*, Torino, 1917, p. 62-63 (e già in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, p. 836: *Natura giuridica dell'espropriazione forzata*), il quale dà un'ampia ed esauriente dimostrazione di quella funzione, seppur ponendola in relazione (ma il rapporto non mi sembra necessario, e per ciò ritengo tanto più significativa l'adesione) con quella concezione della esecuzione forzata per crediti come realizzazione di un substrato reale del diritto di obbligazione (diritto generale di pegno sui beni del debitore), di cui egli è strenuo assertore. Tale concezione, ripresa in un certo senso dall'INVREA in due recenti scritti (*Il torto e l'azione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 154 ss.; *Natura giuridica ecc. cit.*) ha trovato scarso seguito nella dottrina (stato della questione in ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; Recht der Schuldverhältnisse*, 1922, II, 6; cfr. le critiche del CHIOVENDA, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 91 e in *Saggi di dir. proc. civ.*, Roma 1931, II, 466, che addita i precedenti della tesi in KOHLER, *Prozessrechtliche [Pfandrechtliche] Forschungen*, Jena 1882, p. 59 ss., e del CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi per Chiovenda*, Padova 1926, n. 38, p. 312). Senza indugiare sulle critiche ad essa dirette, sembra peraltro da notare che hanno torto a rifiutarla coloro, privatisti per lo più, ormai, che non hanno compreso il carattere e il significato prettamente processuali degli istituti del pegno e dell'ipoteca, dimostrati dal CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 586, ma intuiti ed affermati già dal REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, n. 131, p. 226 (testo e nota 209), in quanto la tesi del Rocco non è, a mio avviso, se non una estensione coerente e logica a tutti i crediti di principi accolti pacificamente per i crediti pignoratizi e ipotecari dall'opinione comune, che vede nel pegno e nell'ipoteca dei diritti reali.

dosi, rispetto ad essi, una modificazione di rapporti giuridici materiali (7).

Il *pignoramento* è l'atto giuridico, in virtù del quale tutto ciò avviene: atto che si rinviene necessariamente in ogni forma o tipo di processo per espropriazione ed ha carattere di *provvedimento esecutivo, materiale*, perchè non è diretto ad ordinare, determinare o regolare atti ulteriori del processo esecutivo, ma a produrre certe modificazioni nella situazione giuridica del debitore, limitandone la facoltà di disporre dei beni assunti ad oggetto mediato della esecuzione (8).

Comunque è, come dicevo, particolarmente significativa l'insistenza con cui il Rocco accentua la funzione assicurativa del pignoramento, nel quale anch'egli vede una forma di *sequestro*, giustificato dallo "stato di pendenza o incertezza circa la sua definitiva condizione giuridica, in cui viene a trovarsi la cosa, del cui valore si inizia la realizzazione. Tale infatti - egli continua - è l'essenza del sequestro, considerato come figura generale, comprendente in sé il sequestro volontario e giudiziale, il conservativo e il giudiziario *stricto sensu*„ (*Op. e loco cit.*).

(7) Questa modificazione consiste essenzialmente, come è noto, in una *perdita della disponibilità* (del potere di disporre, con atti di esercizio del diritto) del bene pignorato da parte dell'escusso: non mai nella perdita della proprietà. Eventualmente anche nella *perdita della detenzione* (con il potere di esercitare le semplici facoltà in cui consiste il godimento), quando il bene venga depositato giudizialmente; nel qual caso al mutamento dello stato di diritto si unisce anche un *mutamento dello stato di fatto* (chiara ed incisiva esposizione di questi effetti in ZANZUCCHI, *Op. cit.*, pag. 229; più ampiamente, ora, in CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 660 ss.).

(8) Debbo presumere nota la distinzione dei *provvedimenti esecutivi* in *materiali* e *processuali* proposta dal CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 485. A tale distinzione io attribuisco un valore veramente notevole ai fini della sistemazione del processo esecutivo, considerandola come la chiave per risolvere numerosi ed intricati problemi. Soltanto, per una ragione di semplicità terminologica, preferisco dire *provvedimenti esecutivi ordinatori* anzichè processuali, dato che qui processuali vorrebbe dire meramente processuali, in contrapposizione ai materiali (che sono processuali anch'essi, seppure dotati di efficacia materiale). Il termine di *ordinatori*, corrispondente a quello di *istruttori* nel processo di cognizione, esprime chiaramente come tali provvedimenti siano diretti a disporre ed a regolare altri provvedimenti, e in genere altri atti di esecuzione, forniti di efficacia materiale (cfr. il cit. scr. *Difficoltà di esecuzione e provvedimenti esecutivi ordinatori*, n. 5, p. 70-71).

Condizione necessaria per trarre dalla distinzione tutti i frutti possibili mi sembra quella di sceverare severamente l'efficacia materiale e quella meramente processuale (ordinatoria) di ogni provvedimento esecutivo; anche quando a prima

Qualunque altro atto che, pur presupposto dal pignoramento, pur diretto a promuoverne, a consentirne, ad agevolarne l'effettuazione, non produca di per sè la modificazione descritta di rapporti giuridici materiali, sta al di fuori del nostro concetto di pignoramento. Di conseguenza, questo si ha esclusivamente: nel processo di espropriazione di beni mobili presso il debitore con la descrizione e valutazione sommaria dei beni (art. 597 cod. proc. civ.) e con il deposito in cancelleria (art. 604, secondo comma, c. p. c.) o con l'affidamento al custode (art. 599 c. p. c.) dei medesimi; nella espropriazione su beni mobili presso terzi o su somme dovute da terzi al debitore con la notificazione al terzo della ingiunzione da parte dell'ufficiale giudiziario (art. 611 c. p. c.); nella espropriazione su beni immobili con la trascrizione del precetto (art. 2085 cod. civ.); nella esecuzione concorsuale con l'apposizione dei sigilli (art. 733 cod. comm.) (9).

vista si crederebbe di aver di fronte un solo provvedimento, può essere necessario distinguere, al di sotto della unità formale, la presenza di più provvedimenti di diversa efficacia e quindi di differente carattere.

(9) L'identificazione di questi momenti è più o meno concorde per i primi tre tipi di processo di espropriazione (cfr. per la trascrizione del precetto immobiliare BONELLI, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, VII (1889), p. 4; ROCCO, *Op. cit.*, p. 62 e 64; CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 632 e 638 e ss.). Meno facilmente invece può incontrare consenso la tesi (accennata del resto già dallo ZANZUCCHI) che nel processo esecutivo di concorso tale momento debba vedersi nella apposizione dei sigilli. Eppure essa non è che una conseguenza della definizione del pignoramento accolta comunemente, e precisata nel testo, in ordine alla quale non si ha pignoramento senza una determinazione specifica che individui singolarmente i beni (le parole sono del ROCCO, *Op. e loco cit.*; conf. del resto anche CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 634, p. 123), o quanto meno, cioè quand'anche difetti la individuazione immediata, senza la perdita della loro detenzione da parte del debitore.

Non ignoro che gli autori (v. per tutti BONELLI, *Del fallimento*, 2^a ediz., Milano 1923, *sub* art. 699) attribuiscono alla sola pronuncia della sentenza dichiarativa, nemmeno alla sua pubblicazione e tanto meno alla notificazione (*ivi*, n. 214, p. 382) il caratteristico effetto dello *spossessamento*, che più o meno riavvicinano al pignoramento del processo esecutivo singolare. Che dalla sentenza dichiarativa procedano anche degli effetti materiali (basterebbe l'incapacità conseguente del fallito) non intendo certamente negare; sì che, a proposito delle recenti discussioni sulla sua natura (bibliografia nel mio cit. scr., pag. 70, nota 3), io la considero come *provvedimento esecutivo complesso* (che consta di più *provvedimenti esecutivi, materiali e ordinatori*). Ma l'effetto tipico del pignoramento, secondo la defini-

Ciò premesso, il problema del rifiuto del pignoramento, che appunto nel processo di espropriazione mobiliare presenta il maggiore interesse, si pone nei seguenti termini ed impone la risoluzione dei seguenti quesiti: *se e quando sia ammissibile che venga rifiutato il compimento di un pignoramento richiesto; in quale forma simile rifiuto possa o debba avvenire; quali siano le conseguenze giuridiche del rifiuto, a seconda delle circostanze, e in particolare quali eventuali rimedi siano offerti dall'ordine giuridico alla parte interessata che affermi illegittimo il rifiuto; quali, infine, le conclusioni da accogliere circa la posizione e i poteri dell'organo del pignoramento e i suggerimenti che possono trarsene per un miglior regolamento legislativo del processo di esecuzione.*

Prima di affrontare direttamente le questioni accennate sembra opportuno dedicare alcune considerazioni alla figura degli organi del pignoramento ed al diverso contegno che essi possono assumere rispetto alla domanda ad essi rivolta dal creditore.

3. — L'organo al quale il diritto italiano commette il potere di compiere il pignoramento sui beni mobili nel processo di esecuzione singolare è l'*ufficiale giudiziario* o *usciera*, come, più brevemente, si continua a dire. Le mansioni di questo organo, importantissime tanto nel campo della esecuzione quanto anche in quello del processo di cognizione, non sono state - a mio avviso - ancora tutte studiate a fondo; ma soprattutto non è stato approfondito, nè dalla dottrina italiana nè da quella straniera (10), lo studio dei rap-

zione accolta, si verifica solamente quando, con l'apposizione dei sigilli, la indisponibilità dei beni è efficacemente garantita (anche con sanzioni penali: art. 349 cod. pen.; cfr. con l'art. 334); quando i beni, oggetto mediato dell'esecuzione, vengono ad essere sia pure indirettamente (con riguardo alla loro collocazione nello spazio) determinati; quando, cioè, non si ha soltanto perdita del potere di disporre *a parte subiecti*, nel debitore, ma anche perdita di attitudine ad essere di fatto oggetto di disposizione (nel bene, oggetto del pignoramento). Il pignoramento si fa sui beni (*cose pignorate*) e, sotto questo profilo, seppur soltanto sotto questo, la sentenza dichiarativa è un provvedimento esecutivo ordinatorio, che ordina appunto, fra l'altro, il pignoramento dei beni del fallito.

(10) Neppure dalla dottrina tedesca, la quale ha pure, nella trattazione dell'*HELLWIG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1907, II, §§ 83-84, la più ampia esposizione dei problemi concernenti la figura del *Gerichtsvollzieher*. Egli si diffonde invero magistralmente sul tema dei rapporti fra l'usciera e le parti

porti fra l'ufficiale giudiziario e il giudice. La necessità di raggiungere nozioni meno vaghe ed imprecise si avvertirà più volte nel corso del presente lavoro, che del resto non vuole essere più che un contributo a quello studio. In particolare si sentirà il bisogno di vedere con qualche senso critico quale sia il valore di quel principio della *autonomia dell'usciera*, che, inteso come di solito lo si intende, non significa nulla o quasi nulla, mentre se fosse interpretato alla lettera importerebbe un ben singolare disordine nella struttura del processo.

È probabile che molte delle incertezze che la dottrina e la giurisprudenza presentano in materia siano dovute alla imprecisione di quel principio e più ancora al fatto che, inconsciamente, ci si lascia dominare da concezioni ormai sorpassate - nella specie, in particolare a proposito dei rapporti fra l'usciera e la parte - dimenticando in sede di applicazione i principi accolti al momento della esposizione generale. È vero peraltro che talvolta gli effetti di questi *residui* si notano anzitutto nelle disposizioni della legge, alle cui espressioni letterali molta parte della dottrina si è troppo spesso uniformata; e del resto quei residui non possono meravigliare chi tenga presente la derivazione del nostro codice da quello francese e le trasformazioni, sempre graduali e talvolta inavvertite, subite dal concetto e dalla posizione dell'usciera nel progresso storico delle diverse legislazioni.

È nozione comune che il diritto italiano e il diritto tedesco hanno desunto dal sistema francese la figura dell'ufficiale o esecutore giudiziario (*Gerichtsvollzieher*), fornito, appunto come il francese *huissier*, di una certa sfera di indipendenza rispetto al tribunale di

(§ 84, III, p. 105 e ss.), mentre ciò che osserva su quello dei rapporti fra l'usciera e il giudice (*ivi*, II, p. 104) si riduce a poco più di una parafrasi del § 766 ZPO. Vi rileggiamo l'affermazione del principio dell'autonomia (*eine selbständige Stellung*), corretta peraltro dalla immediatamente successiva osservazione che *ist er dem Gerichte untergeordnet*; finchè la posizione del tribunale esecutivo rispetto all'usciera viene definita nel modo seguente; “*Das Vollstreckungsgericht steht also über dem Gerichtsvollzieher, aber nicht nur in der Art, wie die untere Instanz unter der höheren steht, sondern so, dass die volle Vollstreckungsgewalt in der Hand des Vollstreckungsgerichts liegt* ... La quale formula (riferita più ampiamente oltre, alla nota 85) avrebbe bisogno, per non essere fraintesa pericolosamente, di più di un chiarimento.

esecuzione; laddove il diritto austriaco, serbatosi innegabilmente più fedele alle tradizioni (11), affida, al pari di altre legislazio-

(11) Nel diritto romano giustiniano, tramontate ormai da tempo le primitive forme di esecuzione privata (su cui v. lucidamente SCIALOJA, *Esercizio e difesa dei diritti. Procedura civile romana*, Roma 1894, p. 72 ss.), l'esecuzione, compresa l'effettuazione della *pignoris capio*, era demandata al pretore, il quale si serviva di appositi *apparitores* o *executores* (sui quali MOMMSEN, *De apparitoribus magistratuum romanorum*, in *Rhein. Museum für Phil.*, Nuova serie, VI, 1, cit. da BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, Bonn 1864-74, II, p. 140 e da WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, p. 55. Sul particolare carattere ufficiale del procedimento cfr. FLEISCHMANN, *Das pignus in causa iudicati captum*, Breslau 1896, p. 7 e p. 21 e ss.; L. 2 C. si in causa iud., 8, 22 (23), cit. da WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 233, 1. Sulla irresponsabilità dell'*executor* e del creditore rispetto al compratore evitto, da cui si arguisce che l'esecuzione non avveniva per autorità del creditore, vedi la convincente dimostrazione del GUARNERICI, *Gli effetti della evizione nei rapporti fra l'aggiudicatario e i creditori*, in *Riv. dir. civ.*, XII, 1920, p. 317 ss.).

Negli antichi diritti germanici, con un processo evolutivo analogo, dalla esecuzione completamente privata (su cui v. NAEGELI, *Germanische Selbstpfändungsrecht in hist. Entwicklung*, 1876; per la legislazione ecclesiastica SALVIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano*, 1884, 173-174) si passa al pignoramento privato preceduto dalla autorizzazione del giudice (*Lex Baiuvariorum*, 13,1; "pignerare nemini liceat, nisi per iussionem iudicis"; *Lex Burgund.*, 19; *Lex Visig.*, V, 6, 1; *Lex salica*, 52, 2; *Leges Henrici*, 51, 3; raccolte e citate da LIEBMAN, *Opp. di merito cit.*, p. 30, nota 1: sulla legge salica v. anche SOHM, *Prozess der lex Salica*, Weimar 1867, e SALVIOLI, *St. della proc. civ. e crim.*, Milano 1925, I, p. 216), o quanto meno controllato dal giudice invocato dalla parte (v. AMIRA, *Das altnorw. Vollstreckungsverfahren*, München 1874, p. 241 ss., cit. dal Menestrina e dal Liebman; WACH, *Der Arrestprozess in seiner gesch. Entwicklung*, Leipzig 1868, p. 37; notizie e buone osservazioni anche in GALLI, *Il sistema della giurisdizione esecutiva*, in *Arch. giur.*, 1909, p. 62 ss); poi al pignoramento effettuato da un ufficiale pubblico per ordine del giudice (il conte; *Lex Salica* 50, 3; v. LIEBMAN *Op. cit.*, p. 33, nota 2, e SALVIOLI, *Op. cit.*, I, cap. VI; lo sculdascio [giudice inferiore, con poteri anche militari e di polizia] nel diritto longobardo: v. SOLMI, *St. del dir. it.*, Milano 1930, § 38, p. 213; nel senso che già in tempi più remoti e anche per l'Editto longobardo il pignoramento dovesse essere chiesto al giudice FERRARI G., *L'esecuzione forzata gotica e longobarda*, in *Studi Senesi*, XXXVI, 1923, p. 3 ss.; una fine analisi delle ragioni dello sviluppo della direzione ufficiale del processo esecutivo in MENESTRINA, *Accessione cit.*, p. 87).

Anche per la legislazione statutaria, ove abbondano le disposizioni sui *nuntii*, gli *apparitores*, i *cursores*, questi agiscono costantemente per ordine del giudice (SALVIOLI, *Op. cit.*, I, p. 175); e dovunque si nota una forte reazione, che trionfa

ni (12), la direzione del processo esecutivo ai tribunali di esecuzione (*Executionsgerichte*: § 17 E. O. 27 maggio 1896), i quali si servono, nella esecuzione su cose mobili, di propri subordinati organi esecutivi (*Vollstreckungsorgane*): ufficiali di esecuzione (*Vollstreckungsbeamte*) o funzionari di cancelleria e inservienti giudiziari (*Gerichtsdienner*) (§ 24 E. O.).

A prescindere dal sistema dell'esecuzione privata, di valore prevalentemente storico, gli autori sogliono quindi distinguere due diversi sistemi di esecuzione ufficiale: quello in cui il pignoramento viene effettuato dal tribunale di esecuzione, attraverso l'opera di organi subordinati (sistema austriaco), e quello in cui il pignoramento sarebbe compiuto invece per volontà immediata della parte dall'esecutore pubblico (sistema francese) (13).

Secondo una parte notevole, ed anche autorevole, della dottrina tedesca, nei paesi che hanno accolto il secondo sistema l'esecutore giudiziario agirebbe come rappresentante del creditore, al quale do-

però solo dopo lunghe lotte, contro l'esecuzione non compiuta o diretta dal giudice (v. specialmente *Stat. Pisa*, ediz. BONAINI, I, p. 25, e gli altri citati da SALVIOLI, *Op. cit.* II, parte II, cap. XIV, §§ 1 e 5; da LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milano 1899, pp. 118-119; da SELLA, *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*, Milano 1927, pp. 177-178; per Venezia v. BESTA, *Statuti civ. di Venezia*, pp. 29-30, e *Il diritto di Venezia*, p. 121 ss; per la Savoia, ove il pignoramento privato durò assai a lungo, per l'influenza ivi sentita delle leggi longobarde e burgunde, v. NANI, *Statuti di Pietro II di Savoia* 1263-1268, in *Memorie R. Accad. di Sc. di Torino*, 1881, p. 92 ss; *Studi di diritto longobardo*, 1890, II, p. 167, n. 1).

(12) Nella Spagna, ad es., il creditore deve presentare la domanda di esecuzione al giudice, a cui spetta ordinare l'esecuzione dandone l'incarico all'uscieri (*Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1440-1442). Nella Svizzera la *Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento* dell'11 aprile 1889 (ediz. uff. italiana aggiornata al 1° febbraio 1931) affida l'esecuzione ad un ufficio istituito in ogni circondario di esecuzione, diretto da un *ufficiale esecutore* (art. 2) e controllato da una speciale *autorità di vigilanza* (art. 13) e, in definitiva, dal Tribunale federale (art. 15, testo modificato). Questi uffici di esecuzione partecipano insieme del carattere e delle funzioni che nelle altre legislazioni si trovano ripartiti fra giudici e uscieri.

(13) V. per tutti SCHMIDT, *Op. cit.*, § 34, p. 198. Credo opportuno avvertire fin da ora che, a mio avviso, questa contrapposizione si suol fare in termini troppo recisi, dovuti appunto allo scarso approfondimento del tema dei rapporti - nelle legislazioni dette a tipo francese - fra l'ufficiale giudiziario e il giudice.

vrebbe ritenersi legato da un rapporto di diritto privato (di locazione d'opera o di mandato) (14).

(14) Questa concezione, indubbiamente rafforzata dal fatto che la ZPO tedesca ripetutamente parla di incarico (*Auftrag*) dato dal creditore all'esecutore (§ § 753, 754), ha avuto dapprima un largo seguito. Già secondo il WINDSCHEID, *Pandette*, § 233, vol. I, pag. 836 della ediz. italiana, il pignoramento ha luogo per opera dell'esecutore giudiziario "in base a mandato del creditore". A tale opinione hanno aderito in dottrina: SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, Freiburg - Tübingen 1883, pagg. 69-71; WACH, *Handbuch* cit., p. 322-323, n. 28, e, più ampiamente, in *Vorträge über die Reichszivilprozessordnung*, 2^a ediz., Bonn 1896, p. 330; FALKMANN, *Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluss der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen*, Berlin 1888, p. 284 ss.; RICHTER, *Das achte Buch der ZPO: die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen*, Düsseldorf 1889, p. 86; WELCK, *Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers*, in *Beiträge di Gruchot*, XXXVI (1892), p. 497 ss.; DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, Halle 1897, II, § 298, n. 28; ROTTMANN, *Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers*, 1900, p. 27 ss.; nonchè quasi tutti i commentari (v. specialmente GAUPP-STEIN, sul § 753 della ZPO, anche per la giurisprudenza). Fra i più recenti STEIN JUNCKER, *Grundriss*, p. 92.

La tesi ebbe grande successo in Germania soprattutto per l'autorità del WACH e per una decisione del *Reichsgericht*, 10 giugno 1886 (Racc. XVI, 396), che fece molta impressione e che si trova citata da quasi tutti gli autori (ora anche la giurisprudenza è mutata; vedi appresso).

In Italia invece questa opinione non ebbe seguito. Si è citato da taluno (Rocco) fra i suoi sostenitori il MENESTRINA, *Accessione*, cit., p. 42, nota, ma - a mio avviso - inesattamente, perchè una lettura attenta delle parole di questi convince che egli non ha inteso fare altro che riferire lo stato della dottrina allora dominante, senza però aderirvi esplicitamente. Tutti gli altri autori hanno sollecitamente combattuto quei concetti. Così CHIOVENDA, *Principi*, 2^a ediz., pag. 366-367 (3^a ediz., § 21, IV, pag. 452-453); DIANA, *Le funzioni del presidente*, cit., p. 10, nota; ROCCO ALFR., *Fallimento* cit., p. 66, nota 1.

Anche in Germania, del resto, la stessa dottrina ha trovato sempre più vive opposizioni. Cfr. BUNSEN, *Die Lehre von der Zwangsvollstreckung, auf Grundlage der deutschen Reichsjustizgesetze systematisch dargestellt*, Weimar 1885, § 26, p. 123-131; PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, München 1887, I, p. 136; KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältniss*, 1888, p. 10, e *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, 2^a ediz., Stuttgart 1903, p. 155, testo e n. 2; v. SCHRUTKA - RECHTENSTAMM, in *Grünhut Zeitschrift*, XIII, p. 357; SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2^a ediz., Leipzig 1910, § 142, III, p. 915-916; FÖRSTER-ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*, 7^a ediz., 1897, II, § 141, n. 23 e § 154, n. 3; VOSS, in *Gruchots Beiträge*, XXIII, p. 240; RIEDINGER, *Der Besitz an gepfändeten Sachen*, 1904, p. 3-41; HELLWIG, *Op. cit.*, II, p. 106-117; NEUNER, *Bericht, erstattet bei der Tagung der Vereinigung der deutschen Zivilprozessrechtslehrer zu Wien*

Questa opinione, almeno nella sua seconda affermazione (15), non è accettabile. Essa sarebbe poi pericolosissima nell'argomento che qui si studia, implicando l'impostazione del nostro problema da un punto di vista di mera responsabilità, e per di più di responsabilità contrattuale, mentre esso deve essere impostato su termini assolutamente diversi se si vogliono raggiungere dei risultati soddisfacenti. Sembra opportuno quindi riferire lo stato della questione, aggiungendo quelle considerazioni che possono apparire efficaci a meglio chiarire la posizione dell'usciera e i caratteri dell'attività da esso esercitata.

Gli argomenti a cui soprattutto si affidano i sostenitori della sussistenza di un rapporto di diritto privato fra la parte (creditore) ed il *Gerichtsvollzieher* sono i seguenti: il fatto che la Z P O designi espressamente quest'ultimo come un incaricato (*Beauftragter*) della parte (§§ 753 - 756; 826; 847; 166 ss.); che essa faccia dipendere l'inizio e la prosecuzione della sua attività dalle istruzioni del creditore, autorizzandolo d'altro lato a riscuotere somme pagate dal debitore ed a rilasciarne quietanza (§§ 815 e 819); che, in seguito all'attività dell'esecutore giudiziario, faccia sorgere immediatamente dei diritti a favore del creditore, e che infine riconosca al *Gerichtsvollzieher* una pretesa contro il creditore, come suo mandante, per il pagamento degli onorari e il rimborso delle spese (16).

A queste argomentazioni è stato esaurientemente risposto, soprattutto da HELLWIG (17). Questi osserva giustamente che non è da

an 28 Okt. 1928, in *Judicium*, I Jahrgang, 1929, p. 253. Così anche la più recente giurisprudenza (*Reichsgericht*, Zivil. Senat, Racc. LXXXII, pag. 85, cit. da SAUERLAENDER, *Der deutsche Gerichtsvollzieher*, in *Judicium*, 1929, p. 95, nota).

Per la letteratura austriaca v. POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozess-rechtes*, 1931, II, 712.

(15) La questione se l'ufficiale giudiziario rappresenti, almeno rispetto a taluni atti, il creditore può e deve essere tenuta distinta da quella sul rapporto fra creditore e ufficiale giudiziario. Su di essa non ho motivo di soffermarmi perchè non influente nell'argomento in esame; mi limito quindi ad esprimere le maggiori riserve sulla sostenibilità della soluzione affermativa.

(16) Cfr. GAUPP-STEIN, *Op. e loco cit.*, e gli altri menzionati alla nota 14.

(17) *Op. cit.*, II, p. 115 e ss. Altre considerazioni, le sole diverse da quelle di HELLWIG, che tutti ripetono uniformemente, adduce lo SCHMIDT, *Op. cit.*, p. 916; ma non mi sembra molto convincente il rilievo che mancano in argomento taluni contrassegni che sarebbero essenziali e specifici del rapporto di mandato,

attribuire eccessiva importanza alle parole usate del legislatore, il quale non poteva evidentemente considerare come un incarico in senso proprio quello dato dal creditore all'usciera, senza tener conto contemporaneamente del fatto che un incarico non può vincolare giuridicamente senza l'accettazione dell'incaricato, mentre qui la responsabilità del *Gerichtsvollzieher* è uguale, sia che egli abbia accettato o rifiutato espressamente o tacitamente l'incarico (*mag er ja oder nein oder gar nichts gesagt haben*) (18). Di nessun rapporto di diritto privato si può parlare, posto che il contenuto degli obblighi della parte e dell'esecutore è determinato dalla legge, ed esclusivamente dalla legge, la quale fissa anche la tariffa degli onorari, che non costituiscono una contròprestazione della parte (19); nè contro l'usciera è comunque concessa un'azione per costringerlo ad adempiere all'incarico, poi che il creditore può solamente ricorrere al tribunale di esecuzione, a norma del § 766. Del resto, vi è così poco un rapporto di natura privatistica fra il creditore e l'esecutore giudiziario, che, se questi viene meno, l'incarico passa senz'altro al successore, il quale è tenuto ad eseguirlo (20).

Tutte queste considerazioni confermano che il rapporto fra le parti e l'esecutore è simile a quello fra le parti e il giudice (in particolare fra le parti e il giudice di esecuzione). Il *Gerichtsvollzieher* e lo stesso deve ripetersi per l'ufficiale giudiziario italiano - è un organo dello Stato, investito di poteri che non sono di spet-

quale la libera scelta del mandatario. Il diritto processuale conosce infatti delle figure - che la dottrina classifica di mandato - compatibili con il principio della scelta vincolata del mandatario (fra i procuratori legali iscritti nell'albo del circondario, fra gli avvocati ammessi al patrocinio dinanzi alla Corte di cassazione).

(18) *Op. cit.*, p. 116, testo e nota 64. Dovrebbe invece distinguersi la responsabilità *ex contractu*, cui sarebbe esposto l'usciera nel primo caso, e quella puramente legale nel secondo.

(19) Tanto è vero questo - vorrei aggiungere - che l'obbligo di pagare tali spese grava sul debitore, ancorchè (il che del resto non sempre avviene) sussista a carico del creditore l'onere di anticiparle.

(20) Una delle conseguenze più singolari a cui conduce l'opinione sopra combattuta è quella di concepire diversamente la posizione dell'usciera rispetto al creditore e la sua posizione rispetto al debitore e ai terzi: di fronte al primo egli si presenterebbe come un mandatario; di fronte agli altri come un soggetto investito di pubblici poteri. Contro questa *Doppelstellung* e gli svariati sensi in cui è stata intesa, HELLWIG, *Op. cit.*, p. 116, nota 70.

tanza della parte per alcun riflesso. La funzione esecutiva appartiene infatti allo Stato; e se una dichiarazione di volontà della parte può essere, e normalmente è, richiesta come presupposto per l'esercizio dei poteri dell'usciera, questa dichiarazione di volontà non può in alcun modo considerarsi come un conferimento di poteri (che, giova ripeterlo, la parte non ha), bensì come una semplice *domanda*. La sua necessità non è se non una applicazione dell'*onere della domanda*, una espressione del principio dispositivo che domina il processo di esecuzione come il processo di cognizione. Se si concludesse diversamente si dovrebbe per coerenza concepire anche la domanda giudiziale come il conferimento di un incarico della parte al giudice.

La posizione dell'usciera come esecutore giudiziario di fronte alle parti del processo esecutivo, tanto di fronte al creditore che al debitore, è pertanto uguale a quella del giudice di esecuzione; il rapporto fra esso e le parti ha carattere essenzialmente pubblicistico, anzi non è altro se non il rapporto giuridico processuale (di esecuzione) (21).

4. — Nel nostro diritto positivo, la domanda di pignoramento di beni mobili viene proposta direttamente all'ufficiale giudiziario, il quale può procedere all'atto richiesto *senza permesso dell'autorità giudiziaria* (art. 41, primo comma, cod. proc. civ.).

La migliore dottrina è concorde nel ritenere che egli non è tenuto ad obbedire passivamente a chiunque gli rivolga tale domanda affermandosi creditore o anche provando di esserlo, ma ha il potere e il dovere di indagare sulla sussistenza dei presupposti dell'atto che gli è stato richiesto (22). Si discute invece sulla ampiezza di

(21) Sul quale v. CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 579.

(22) In questo senso v. già MORTARA, *Comm.*, II, n. 578, p. 737 (Sarebbe irrazionale pensare che l'usciera non possa mai rifiutarsi di eseguire gli atti di cui è richiesto, o modificare nella esecuzione il contenuto della richiesta: anzi egli è in dovere di rifiutare il suo ministero, o di prestarlo nella forma legale, quando la richiesta della parte lo esporrebbe a compiere un atto non conforme, nella sua esteriorità, alle prescrizioni della legge), al quale aderisce il DIANA, *Op. cit.*, p. 11, testo e nota 1. Cfr. poi CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, ediz. 1930, note, p. 86 (fra la cognizione espressa che conduce allo accertamento e la esecuzione, sta la cognizione non espressa dell'esecutore, la quale ha pronunciato l'eseguibilità del titolo; la quale cognizione assume importanza

questa indagine e, in particolare, se essa possa estendersi a controllare la sussistenza del diritto materiale del creditore (23).

La soluzione di questa questione dipende in gran parte, a mio avviso, dalla concezione che si adotta del titolo esecutivo e dal grado di efficacia che a questo si riconosce. Per molteplici ragioni (24), io ritengo preferibile la concezione del *titolo esecutivo* - e, si intende, del titolo esecutivo in senso formale, del documento - come *prova legale, sintetica*, dell'esistenza del diritto (25). Convengo peraltro con il LIEBMAN che l'usciera non possa rifiutarsi di procedere per estinzione del diritto; ma proprio e soltanto perchè di fronte a lui il titolo esecutivo è l'unica prova valida e preclusiva

più manifesta o quando, riconosciuta la non eseguibilità dell'accertamento, induce l'esecutore a rifiutare l'esecuzione, o quando volge su accertamenti convenzionali) e p. 51 (Ma anche l'usciera *conosce* in certo grado, a es. del diritto all'esecuzione forzata - maturità del titolo, qualità del richiedente - il che, come si è già notato, ha particolare importanza rispetto ai titoli esecutivi equipollenti); CARNELUTTI, *Lezioni*, V. 468, p. 140 (Dopo avere ascoltato la narrazione e la domanda del creditore e, eventualmente, quella del debitore, conviene che l'ufficio giudichi se debba procedere all'esecuzione richiesta. Una specie di obbedienza passiva alle richieste delle parti è esclusa, senza bisogno di indugio; nessuno pensa che l'ufficio possa svolgere la sua funzione a occhi chiusi; del resto, se le domande delle parti siano, come sono spesso, in contrasto, un controllo di esse è in ogni caso necessario per decidere cosa l'ufficio debba fare), e inoltre, più ampiamente, *ivi*, VI, n. 620 e ss.; LIEBMAN, *Opposizioni di merito* cit., p. 137, testo e nota; p. 159-160.

(23) Decisamente in questo senso CHIOVENDA, *Principi*, p. 278 (e ora, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, Napoli 1933, p. 321, in tutto conforme), su cui vedi la critica del LIEBMAN, *Op. cit.*, n. 110, p. 186-188, coerente alla sua concezione del titolo esecutivo e dei poteri dell'organo esecutivo di fronte a questo. Ad ogni modo, si deve fin da ora rilevare che questo controllo non potrebbe essere esercitato come fine a se stesso, per l'accertamento del rapporto giuridico materiale, bensì esclusivamente come *mezzo*, per verificare la legittimità dell'atto processuale richiesto all'esecutore.

(24) Fra le quali preminente quella, esposta dal CARNELUTTI, *Titolo esecutivo*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1931, I, 313 e ss., della necessità di definire il t. c. tenendo conto, come dei titoli giudiziali, così dei titoli stragiudiziali; ma ha il suo peso in argomento anche la riflessione che l'opposizione di merito ha proprio per oggetto l'accertamento della inesistenza del credito.

(25) CARNELUTTI, *Lezioni*, V. n. 503; *Titolo esecutivo* cit., p. 319. Persuasiva non mi sembra neppure la costruzione proposta dal GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin 1929, § 78, 210.

della *legittimazione del creditore e della causa dell'atto esecutivo richiesto* (26).

(26) Verificare i presupposti del pignoramento val quanto assicurarsi della sussistenza dei requisiti essenziali di questo. E i requisiti del pignoramento sono poi quelli, essenziali di ogni atto giuridico e pertanto desumibili dalla teoria generale degli atti giuridici (v. CARNELUTTI, *Lezioni*, VII, cap. IX, e *Teoria generale del reato*, Padova 1933; REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale*, Padova 1931, specialmente per quanto concerne la "causa.", della *capacità* e della *competenza* del soggetto agente, della *volontà*, della *causa* e della *forma*; il che significa che un pignoramento deve anzitutto, per essere valido, essere compiuto dal soggetto capace e competente, con volontà libera, nè viziata da errore o dolo, per la soddisfazione di un interesse (che chiameremo *interesse attivo*) e il sacrificio di un altro (*interesse passivo*) che debbono essere proprio quelli che la legge vuole rispettivamente soddisfatto e sacrificato, e infine nella forma prescritta dall'ordine giuridico. Se prescindiamo dagli altri requisiti e specialmente da quelli della volontà, di cui non si può evidentemente esigere un controllo preventivo, per prendere in considerazione la *causa del pignoramento* (requisito tanto trascurato di solito nella analisi degli atti processuali, il che si può spiegare, ma non giustificare pienamente, rilevando che, in quanto tutti gli atti di un processo operano per lo svolgimento degli stessi interessi, nè hanno di regola ciascuno una propria e distinta "causa", la causa della domanda e la causa della sentenza si avvertono e si individuano l'una in funzione dell'altra), si nota anzitutto che in un ordinamento giuridico come il nostro, dominato di regola dal principio dispositivo, nel senso che l'*interesse attivo* è costruito come un *diritto soggettivo* (non come un interesse protetto, indisponibile), un pignoramento valido presuppone anche, e necessariamente, una *domanda valida*; e questa deve presentare a sua volta i prescritti requisiti di *capacità* e di *legittimazione* del soggetto richiedente, di *volontà*, di *causa* e di *forma*. Su ciascuno di essi deve estendersi l'indagine dell'uscire, il quale dovrebbe senza dubbio rifiutare di compiere un pignoramento richiesto da un minore o da un interdetto; da un terzo, non titolare dell'interesse attivo nè autorizzato ad agire nelle veci del titolare; da un folle (incapacità naturale) o comunque da alcuno la cui volontà gli apparisse viziata; ovvero richiesto per la soddisfazione di un interesse (attivo), a cui la legge non accordi protezione o a danno di un interesse (passivo), che al contrario la legge protegga particolarmente (esecuzione su beni impignorabili). Se ben si riflette, ciò che - da questo punto di vista - prova il *titolo esecutivo* è precisamente la *legittimazione del soggetto richiedente* (eccezioni in CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, p. 38-40) e la *protezione assicurata dalla legge all'interesse attivo* (di cui la domanda intende a provocare la soddisfazione); non già, quindi, la sola premessa di fatto della esistenza del diritto, bensì la stessa esistenza del diritto, che costituisce la *causa lecita* della domanda di esecuzione, quindi di tutti gli atti ad essa concatenati del processo esecutivo. E questa prova, che non può essere contrariata e distrutta se non nel processo di cognizione provocato dalla c. d. opposizione di merito del debitore, vincola l'esecutore.

Egli può quindi controllare, senza limitazione di prova (27):

a) l'esistenza di una *domanda di esecuzione* fornita dei requisiti di *capacità*, di *volontà* e di *forma* prescritti per ogni atto processuale o in particolare per la domanda stessa (ed al requisito della forma della domanda si riconduce la prescrizione della preventiva notificazione del titolo esecutivo e del precetto al debitore, in quanto questi documenti, con la prova della avvenuta notificazione, debbano essere esibiti all'ufficiale esecutore);

b) la propria *capacità* e la propria *competenza* rispetto all'atto domandato ed agli interessi in conflitto, sui quali l'atto verrebbe ad operare;

c) la sussistenza e l'identificazione dei *beni pignorabili*, vale a dire la sacrificabilità dell'interesse (passivo), di cui il creditore chiede appunto il sacrificio.

Poichè, come si è detto, la legittimazione e la causa della domanda sono provate dal titolo esecutivo e questo costituisce una prova legale, in ordine ai principî vigenti in tema di prova legale l'esecutore non può controllare se non:

d) la esistenza del *titolo esecutivo* stesso (28), fornito dei requisiti dalla legge prescritti perchè l'ufficio di esecuzione debba desumerne la convinzione della certezza, della esigibilità e della liquidità del credito.

5. — Quale è il carattere di questa cognizione dell'esecutore? Esso si trova variamente definito dagli autori; ma ho l'impressione che la varietà sia soprattutto terminologica (29) e che si possa considerare pacifica la conclusione che l'usciere non esercita il controllo di cui si è parlato sopra al fine di decidere delle controversie fra le parti, con autorità di giudicato (dando un *giudizio*, compiendo un *accertamento*), bensì al solo scopo di determinarsi, oppure no, al compimento dell'atto richiestogli: egli interpreta ed

(27) Come poi debba svolgersi l'istruzione, su cui v. CARNELUTTI, *Lezioni* VI, n. 620, è argomento che non interessa ai fini del problema in esame.

(28) CHIOVENDA, *Principi*, p. 243; più ampiamente ora in *Istituzioni* cit., p. 282.

(29) Per LIEBMAN, *Op. cit.*, n. 89, p. 161, nota 3, essa ha natura di *attività* e non di *giudizio*; per CARNELUTTI, *Titolo esecutivo* cit., è *applicazione*, non *accertamento* della norma. Ma quest'ultimo ha ragione di osservare che le parole diverse vogliono, in fondo, significare la stessa cosa.

attua, in altri termini, delle norme di cui è egli stesso il destinatario (30).

Nonostante però che tale sia il fine esclusivo delle sue indagini, non vi è dubbio che queste implicano la soluzione di questioni (e siano pure questioni processuali, esclusivamente, posto il fine anzidetto e posti i limiti che la presenza del titolo esecutivo impone ad ogni ricerca sul merito); ora, non mi pare che, dal lato strutturale, questa attività dell'esecutore sia stata esattamente intesa e classificata. L'assoluto silenzio della legge su questo punto, nonchè, forse, la tendenza a includere la cognizione dell'usciera nello stesso atto esecutivo, poichè l'esecutore non si troverebbe di fronte che due possibilità: o compiere l'atto materiale richiesto (attuando il rapporto, soddisfacendo l'azione esecutiva) o astenersene, puramente e semplicemente (31), hanno fatto trascurare l'analisi di questa soluzione di questioni. Io ritengo invece necessario, ai fini di una più completa sistemazione teorica e della più soddisfacente risoluzione dei problemi che qui si studiano, isolare la cognizione dell'esecutore.

Ad isolarla, veramente, sembrerebbe che non vi dovesse essere alcuna difficoltà nella ipotesi che essa si concluda con il rifiuto del pignoramento. Se, come ritengo, è opportuno cercarne la natura e in particolare vedere se essa dia luogo ad un *atto giuridico* (seppure a forma non scritta, o addirittura nemmeno verbale), ed a quale, ciò sembra per lo meno possibile, e forse neppure troppo arduo. Lo stesso compito si ripresenta peraltro e, secondo me, negli stessi termini, anche quando quella cognizione si concluda in senso positivo, per la effettuabilità del pignoramento.

Vediamo se questa affermazione possa essere dimostrata. Si è definito il pignoramento come un atto (provvedimento) esecutivo *materiale*; si vuole ora sostenere che ogni attività di cognizione, sia pure superficiale (32), diretta a saggiare la sussistenza dei presupposti di esso, costituisce un *ens a se*, distinto dal pignoramento stesso. Il quesito si pone pertanto nei seguenti termini: la fase in

(30) Su questo punto, di fondamentale importanza, cfr. soprattutto CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova 1931, p. 213 e ss. V. la nota 47.

(31) LIEBMAN, *Op. e loco cit.*; CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 443. Per la critica di questa concezione vedi oltre nel testo, in questo numero e nel seguente, e specialmente la nota 40.

(32) CHIOVENDA, *Op. e loco ult. cit.*

cui si controllano i presupposti di un provvedimento esecutivo materiale può e deve distinguersi da tale provvedimento?

La risposta affermativa discende già dalla formulazione del problema e dalla definizione di provvedimento esecutivo materiale (*retro*, n. 2); questo si ha esclusivamente quando e in quanto si producano quei determinati effetti giuridici materiali: finchè questi mancano, non siamo ancora di fronte ad un provvedimento materiale, ma soltanto ad una fase di preparazione di esso, vale a dire al di fuori di esso. Senonchè, la prova convincente della possibilità e della necessità di isolare questa fase dal provvedimento materiale si ha riflettendo alle situazioni analoghe che è possibile rilevare nel campo del processo di cognizione e anche in altre forme del processo di esecuzione.

È noto, e di indubbia fondatezza, il parallelo fra la distinzione dei provvedimenti esecutivi in *ordinatori* (processuali esclusivamente) e *materiali* (*retro*, n. 2) e quella dei provvedimenti del processo di cognizione in *istruttori* e *decisori* (33). Ed è certo che a nessuno verrebbe in mente di confondere la soluzione di questioni processuali con la soluzione di questioni di merito, nel processo di cognizione, quand'anche tali soluzioni si trovassero congiuntamente documentate in un unico contesto; si direbbe allora che quella, che formalmente appare come una sola sentenza, effettivamente consta di due (o più) provvedimenti: esprime l'uno il risultato di una decisione sui presupposti della decisione di merito, l'altro il risultato della decisione sul merito. Eppure la legge, e specialmente la legge processuale comune, molto imperfetta su questo punto (34), non distingue come dovrebbe fra i due tipi diversissimi di provvedimenti, assegna loro la stessa struttura

(33) Mi servo anche qui, per brevità e per chiarezza, della terminologia del CARNELUTTI, *Lezioni*, III, n. 166, sulla quale v. del resto le mie *Controversie individuali del lavoro* 3, Padova 1932. Per il parallelo v. CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 485 e *retro*, nota 8. Sulla distinzione fra provvedimenti istruttori e provvedimenti decisori cfr. anche CHIOVENDA, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 9 e ss.

(34) Più progredite sono, su questo punto, talune leggi processuali speciali: in particolare i testi sul processo, collettivo o individuale, del lavoro, sui quali ampiamente le *Controversie* cit. e ora anche il mio *Corso di dir. proc. del lav.*, Padova 1933.

formale, usa le identiche denominazioni, li sottopone agli stessi gravami, incurante della dottrina che da tempo sa contrapporre ai provvedimenti sulla controversia i provvedimenti sul processo, alle decisioni sul merito (soluzioni di questioni di merito) le decisioni sui presupposti processuali (soluzioni di questioni processuali).

Questa contrapposizione ha non minore, anzi maggiore se mai, ragion d'essere nel campo del processo esecutivo. In fondo, nel processo di cognizione, anche il provvedimento decisorio implica una soluzione di questioni come il provvedimento istruttorio; la differenza esiste, ma nella natura delle questioni da risolvere, nella destinazione delle norme da attuare, non già nel metodo per la soluzione, e neppur gran che negli effetti della soluzione (pur essendo ormai pacifico che la forza di cosa giudicata può competere ai soli provvedimenti decisori). Nel processo di esecuzione, invece, la distinzione è molto più netta: il provvedimento esecutivo materiale non è neppure propriamente una decisione, è un atto che produce immediatamente un mutamento nel mondo esteriore, che modifica senz'altro dei rapporti giuridici; è il più bello, il più chiaro esempio di atto giuridico costitutivo.

Perchè pensare che sotto di esso scompaia quella che in un certo senso è la sua fase preparatoria, ma che ha pure un contenuto proprio, implica la soluzione di questioni, sfocia in una manifestazione di volontà? Tanto varrebbe dire che sotto una pronuncia di condanna scompare la preventiva verifica della propria competenza fatta dal giudice, quando - si noti bene - e soltanto quando questo controllo conduca ad una soluzione affermativa; rimanendo pur sempre isolata questa fase allorquando, al contrario, il giudice abbia ritenuto difettare il presupposto della decisione sul merito. Come la dottrina del processo di cognizione distingue, e non crederebbe possibile rinunciarvi, dal provvedimento sul merito il provvedimento sul processo, porti questo una soluzione positiva o negativa, così noi vogliamo e crediamo necessario distinguere fra il provvedimento esecutivo materiale (pignoramento) e - per ora diciamo soltanto così - la sua fase preparatoria, di preventivo controllo (dei presupposti del pignoramento).

Ma c'è una ulteriore riprova che non siamo in errore; è la sussistenza dei casi numerosi nei quali il controllo dei presupposti di un provvedimento esecutivo materiale, la soluzione delle questioni (processuali) relative, è affidato ad un organo diverso da

quello competente a formare il provvedimento materiale. Dalle scarse figure di ordine del pignoramento a quelle, più frequenti, di ordine di vendita (quando la vendita debba essere fatta da un soggetto diverso da quello che pronuncia l'ordine) vi è tutta una serie di provvedimenti esecutivi ordinatori, distinti, anche *a parte subiecti*, dai conseguenti provvedimenti materiali. Rinunciare alla distinzione quando l'organo competente è lo stesso vorrebbe dire arrestarsi di fronte ad una difficoltà più apparente che reale, e che a proposito di altri problemi la dottrina ha da tempo superata: rinunciare per il fatto che manca, nel caso nostro, la statuizione di una forma apposita, vorrebbe dire ignorare la figura della forma libera e precludersi la via alle più delicate analisi di atti giuridici processuali, specialmente nel campo del nostro processo esecutivo (35).

Controllo dei presupposti del pignoramento e pignoramento sono dunque due cose nettamente diverse, due momenti distinti del processo di esecuzione; ma, se il secondo è un provvedimento esecutivo materiale, a che cosa corrisponde il primo? Sotto quale categoria dogmatica deve essere classificata, non tanto la soluzione delle questioni che esso importa, quanto la conclusione discesa da quella soluzione, il comando rivolto dal soggetto, e sia pure anche a se stesso (non è un comando la sentenza con cui il giudice riconosce la propria competenza a decidere una controversia?), di procedere al pignoramento? Lo si è già virtualmente fatto intendere nel corso della dimostrazione.

L'indagine sui presupposti del pignoramento si conclude con una dichiarazione di volontà, in un *atto giuridico*, che, per essere compiuto nel corso ed ai fini di un processo di esecuzione e da un organo dello Stato e nell'esercizio di un potere ad esso specificamente conferito, è indubbiamente un *provvedimento esecutivo*, e precisamente un provvedimento esecutivo *ordinatorio*. *Esecutivo*

(35) E' noto che in questo, specialmente se per espropriazione su beni mobili (nel processo di espropriazione immobiliare si verifica anche troppo il difetto opposto) gli atti giuridici a forma libera costituiscono addirittura la regola: dalla domanda di esecuzione a tutti gli atti di istruzione del pignoramento e delle fasi successive del processo. Guai se si rinunciassero ad isolare ed a studiare un atto, sol perchè la legge non ne statuisce la forma o, peggio, perchè non è statuita la forma scritta.

puro, perchè non contiene, e non può contenere, decisione di controversie (sostanziali); l'indagine sul merito - d'altronde limitata assai, come si è notato, dalla sussistenza di una prova legale - è fatta infatti esclusivamente per verificare i presupposti dell'attività richiesta dalla parte all'usciera: vale a dire come mezzo, non come fine (36). *Ordinatorio*, perchè è diretto a ordinare e regolare, in senso ampio, un successivo atto processuale esecutivo, e precisamente un provvedimento materiale: il pignoramento. Di per sè, esso non produce alcun mutamento di rapporti giuridici materiali, pur potendo servire a spianare la via ad un mutamento simile.

A differenza dei provvedimenti esecutivi materiali, e come invece tutti i provvedimenti ordinatori (e quei provvedimenti istruttori, che ne rappresentano il riflesso nel processo di cognizione), il provvedimento in esame può essere *positivo* o *negativo*. Nel primo caso, anche quando sia formato dallo stesso organo competente a formare il conseguente provvedimento materiale, esso può essere denominato *ordine del pignoramento*; nel secondo, *diniego del pignoramento*, sottospecie del rifiuto, come si vedrà fra breve. In entrambi i casi esso non muta di natura giuridica, anche se venga espresso in una forma del tutto diversa: *reale* nel primo caso, *verbale* nel secondo.

È infatti necessario ammettere, in tema di *forma* del provvedimento stesso, che la legge - ignorandolo come lo ha ignorato la dottrina - non contiene alcuna statuizione nell'ipotesi che qui si studia, che il potere di formare l'ordine o il diniego del pignoramento spetti allo stesso organo cui compete il potere di pignorare.

Eppure la stessa necessità di far prestabilire dall'usciera almeno il *tempo* del pignoramento (al quale il creditore potrebbe voler partecipare) avrebbe offerto l'occasione per regolare anche in tale ipotesi la forma di un ordine del pignoramento. Non mancano invece prescrizioni formali in casi analoghi, ma sopra tutto quando la competenza a formare il provvedimento ordinatorio e, rispettivamente, il provvedimento materiale sia ripartita fra organi diversi; e questo tanto nel campo dell'esecu-

(36) V. retro, nel testo e alla nota 23.

zione singolare (37), quanto, e più, nel campo dell'esecuzione concorsuale (38).

Il difetto di prescrizioni formali può indurre peraltro una sola e semplice conseguenza: che, come in numerosi altri momenti del processo esecutivo, siamo in presenza di un caso di *forma libera*, nel quale è valida ed efficace qualunque forma, purchè adeguata alla causa (oltre, n. 10, testo e nota 71). Come osservavo poc'anzi, nell'ipotesi di provvedimento positivo (ordine del pignoramento) può essere sufficiente anche la *forma reale* (l'ufficiale giudiziario si muove dal suo ufficio e si reca nel luogo ove si trovano i beni, si accinge a procedere al pignoramento di essi); nella ipotesi di provvedimento negativo (diniego del pignoramento) ritengo invece necessaria la *forma verbale*, scritta o anche semplicemente orale, perchè la sola adeguata a renderlo noto alla parte e per una serie di considerazioni che saranno fra poco spiegate.

Oltre che sulla forma intrinseca, mancano disposizioni nella legge anche sul *tempo* e sul *luogo* di formazione e di espressione del provvedimento: non è affatto detto che esso debba essere pronunciato nell'ufficio dell'esecutore, nè immediatamente dopo la

(37) Analogo è, per es., il provvedimento con cui il tribunale rifiuti di ordinare il sequestro di un immobile pignorato, previsto dall'art. 2085 cod. civ.; se il provvedimento positivo, che accolga la domanda del creditore, è correttamente ritenuto meramente esecutivo (CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 628, p. 107), il provvedimento negativo deve ugualmente qualificarsi come esecutivo (ordinatorio) negativo. Altri esempi, in quanto in siffatti provvedimenti non possano essere o non siano contenute decisioni di controversie di merito, e specialmente se si accetti la modificazione alla sistemazione del CARNELUTTI proposta dal CRISTOFOLINI (sulla quale vedi oltre, nota 52), si potrebbero rintracciare nei provvedimenti che contengano rifiuto dell'ordine di vendita (art. 622 cod. proc. civ.) o dell'ordine di sovraincanto (art. 681), dell'ordine di rivendita (art. 689), dell'assegnazione al creditore (art. 637-638 e 643), e perfino in quello che può chiudere negativamente il giudizio di cui all'art. 1884 cod. civ., esattamente considerato dal REDENTI, *Op. cit.*, n. 131, p. 236, testo alla nota 209, come esecutivo.

(38) È per me un tipico provvedimento esecutivo ordinatorio negativo quello (sentenza o decreto a seconda dei casi) con cui il tribunale rifiuti di dichiarare il fallimento, su domanda di creditore (art. 913 cod. comm.) o su dichiarazione del dissestato. Circa le possibili impugnative cfr. BONELLI, *Fallimento*, I, n. 122; DIANA, *L'apertura del fallimento sulla dichiarazione del commerciante*, in *Studi Senesi*, XXX, 1915, p. 197 ss.; CRISTOFOLINI, *Scr. cit.*, p. 338-339. Sulla natura della sentenza dichiarativa v. retro, nota 9.

presentazione della domanda di esecuzione. A questo punto ed in questi precisi termini deve essere posto il problema della natura giuridica della *desistenza dal pignoramento*, per un motivo qualsiasi avvertito dopo che l'uscire si era già accinto ad eseguirlo: in particolare quando egli venga a trovarsi di fronte ad una di quelle "difficoltà di esecuzione", previste dall'art. 572 cod. proc. civ.

In ordine alle premesse già accettate, la desistenza dal pignoramento, motivata da una ragione consimile, è anche essa nè più nè meno che un provvedimento esecutivo ordinatorio negativo, una figura di diniego del pignoramento, che ha soltanto questo di particolare: la sua formazione sul luogo ove doveva avvenire il pignoramento, e nel tempo a questo destinato (39). Ma non si potrebbe neppure chiamare con assoluta proprietà un diniego (del pignoramento) successivo, poichè anche nel caso configurato è necessario che il pignoramento non sia stato ancora effettuato.

Infine, è degno di nota il fatto che il provvedimento ordinatorio sul pignoramento partecipa con tutti i provvedimenti istruttori del processo di cognizione (si pensi alle ordinanze del processo del lavoro) del carattere di *non definitività*; questo carattere è in parte una conseguenza del fatto, pur meritevole di essere rilevato, che di solito tali provvedimenti non contengono la soluzione di tutte le questioni possibili, ma solo di qualcuna (es. competenza dell'organo), cosicchè una questione insorta successivamente (es. pignorabilità di un bene) può esigere la formazione di un nuovo provvedimento

(39) Merita forse di essere riferito a questo proposito un caso occorsomi in pratica e che può presentare qualche interesse. Traendo ispirazione dal disposto del § 803, secondo comma, della ZPO tedesca "*Die Pfändung hat zu unterbleiben, wenn sich von der Verwertung der zu pfändenden Gegenstände ein Ueberschuss über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten lässt*", riuscii a convincere un ufficiale giudiziario a desistere da un pignoramento che sarebbe stato pressochè infruttuoso, in quanto il valore delle cose pignorate non avrebbe potuto superare le spese della esecuzione. Confesso che, di fronte all'uscire, feci valere soprattutto delle considerazioni di equità; ma ritengo che la tesi fosse perfettamente sostenibile, anche in diritto italiano, per esser un pignoramento simile *senza causa*, e quindi nullo, in quanto si riduceva a un mero danno del debitore senza alcuna soddisfazione per l'interesse del creditore. Comunque, in tale atto di desistenza deve vedersi, a mio avviso, un provvedimento della specie descritta nel testo, seppure formato dopo che l'organo esecutivo si era già, sulla domanda del creditore, determinato a compiere il pignoramento.

ordinatorio. In siffatte ipotesi l'ordine di pignoramento può venire a constare non di uno solo, ma di più provvedimenti successivi.

6. — In ordine alle considerazioni svolte fin qui ed in applicazione delle conclusioni cui siamo giunti credo anche possibile dire qualche parola nuova sulla estensione e sull'oggetto dell'obbligo dell'organo esecutivo (dell'ufficiale giudiziario nel pignoramento mobiliare). Si suole infatti ritenere, anche da scrittori autorevoli (40), che tale organo abbia il solo dovere di compiere l'atto richiesto, vale a dire di formare il provvedimento esecutivo materiale, se ne ricorrono i presupposti; mentre a me pare sostenibile che esso abbia anche il dovere di formare, in ogni caso, il provvedimento esecutivo ordinatorio di cui si è parlato al paragrafo precedente. Sarebbe superfluo insistere sulla importanza di questa ulteriore conclusione, le cui conseguenze teoriche e pratiche si vedranno del resto più tardi.

(40) V. CARNELUTTI e LIEBMAN, ai luoghi citati nella nota 31: ma la responsabilità di questa concezione risale soprattutto all'OERTMANN (HELLWIG-OERTMANN, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, II, 2, *Zwangsvollstreckung*, Leipzig 1919). Egli ha scritto che “*Ein Gegensatz zwischen dem Tätigwerden überhaupt und dem Tätigwerden zugunsten des Klägers ist bei der Vollstreckung nicht vorstellbar: jedwede Vollstreckungstätigkeit muss mit Notwendigkeit dem Kläger zugute kommen; von einem bloss untersuchenden Tätigwerden, das sowohl im Sinne der einen wie der anderen Partei ausfallen kann, ist nach Lage der Sache keine Rede. Daher ist sowohl die Prüfung der Prozess- wie die der Rechtsschutzvoraussetzungen hier nicht Inhalt des Verfahrens, sie steht vielmehr an dessen Anfang; ihre Bejahung ist Vorbedingung jeder vollstreckenden Tätigkeit*” (ivi, § 274, 2, p. 159).

Queste affermazioni sono esatte per quel che concerne i provvedimenti esecutivi materiali, e nemmeno tutti questi (la riduzione del pignoramento corrisponde ad un provvedimento materiale, ed opera a favore del debitore); ma per estenderle a tutto il campo del processo esecutivo occorrerebbe escludere da questo i provvedimenti ordinatori (meramente processuali), che possono avere un contenuto negativo (numerosi esempi retro, alla nota 37). Ma poi, che vuol dire che il controllo dei presupposti non forma il contenuto del processo, anzi sta al suo inizio? Che non appartiene al campo del processo esecutivo? Ed a quale dunque? E se vi appartiene, che importa il fatto che ne stia al principio? Questa è anzi la logica posizione dei provvedimenti ordinatori rispetto a quelli materiali, per definizione. In altri termini, questa argomentazione mi sembra del tutto insufficiente a dimostrare l'inesistenza di un obbligo dell'ufficio a provvedere, sia pur con un provvedimento ordinatorio negativo, sulla domanda del creditore.

Prima di tentare la dimostrazione dell'asserto enunciato sembra opportuno esaminare quali forme può assumere, in linea di fatto, il contegno dell'ufficiale giudiziario di fronte alla domanda di pignoramento; vedremo poi quali conseguenze, ed eventualmente quali specie di sanzioni, tengano dietro o siano predisposte per ciascuna ipotesi.

L'eventualità più grave, e che ben si potrebbe dire patologica, è quella che l'usciera si astenga da qualsiasi attività: non risponda in alcun modo alla domanda nè si dia cura di procedere nel senso richiesto. Questa *inerzia*, omissione assoluta, rientra anch'essa nel genere del rifiuto del pignoramento (in senso ampio), ma deve essere naturalmente distinta dai casi di *diniego*, sebbene anche questi presentino delle gradazioni di gravità e di pericolosità per l'ordine giuridico.

Diversa formalmente ma non sostanzialmente dall'ipotesi della *inerzia* è quella del *diniego puro e semplice*, vale a dire non motivato perchè non preceduto da alcuna indagine sui presupposti del pignoramento: alla domanda del creditore l'usciera risponde *no*, senza dar conto delle ragioni del suo rifiuto.

Se l'organo esecutivo procede invece all'esame di quei presupposti e conclude il suo esame con il provvedimento ordinatorio di cui si è ampiamente parlato, può darsi ancora che tale provvedimento sia negativo, che cioè si concreti in un *diniego motivato* (vedremo presto in qual modo) del pignoramento. Può darsi altresì che il provvedimento sia positivo, contenga un *ordine del pignoramento*: ed in questo caso ancor due sono le ipotesi: che l'usciera proceda al pignoramento, ovvero che, pur avendolo riconosciuto legittimo, se ne astenga. Anche di quest'ultima eventualità, della *astensione dal pignoramento ordinato*, sarebbe superfluo rilevare l'estrema gravità.

Come reagisce, in tutte queste diverse ipotesi, l'ordinamento giuridico? È noto che sull'usciera possono incombere diverse forme di responsabilità: la responsabilità penale, la responsabilità disciplinare, la responsabilità civile verso la parte danneggiata. Si tratta di vedere quale responsabilità corrisponda a ciascuna delle ipotesi esemplificate.

Mi pare che si possa concedere che, a prescindere dal caso del dolo, che può inquinare qualunque specie di attività dell'usciera (anche il *diniego motivato* può essere frutto di *corruzione*, e cadere così sotto le sanzioni previste dall'art. 319 cod. pen.), la sanzione

dettata dall'art. 328 cod. pen. (*omissione o rifiuto di atti d'ufficio*), il quale prevede il fatto del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che indebitamente rifiuta, omette, o ritarda un atto dell'ufficio o del servizio, e stabilisce la pena nella reclusione fino a un anno o nella multa fino a lire diecimila (41), corrisponda ai casi gravissimi della *inerzia* e della *astensione dal pignoramento ordinato*, ai quali è da parificare, per questo effetto, il *diniego puro e semplice*. Ma che, al contrario, se l'usciera rifiuta un pignoramento con un *diniego motivato*, formando quel provvedimento ordinatorio negativo descritto, la responsabilità penale sia da escludere, ancorchè egli abbia errato nel suo giudizio.

Per dimostrare quest'ultimo punto, è sufficiente a mio avviso riflettere che l'ordinamento giuridico non statuisce siffatte sanzioni nemmeno nell'ipotesi di errore del giudice; mentre da questi, non fosse che per i requisiti intellettuali e culturali di cui deve essere provvisto per potere assumere il suo ufficio (ai quali quelli richiesti per l'ufficiale giudiziario non sono neppur lontanamente paragonabili), si potrebbe pretendere ben di più. Nè si dica che le questioni che l'usciera deve risolvere sono così semplici, che un suo errore non potrebbe essere che grossolano e inescusabile; è vero invece il contrario: a non parlare di tante sottili e complicate questioni che possono sorgere, ad es., sul preciso contenuto del titolo esecutivo o sulla pignorabilità dei beni, basta osservare che perfino sul punto di cui sembrerebbe potersi pretendere la più sicura conoscenza da parte dell'ufficiale giudiziario (i limiti della sua competenza) si sono avute discussioni nella giurisprudenza e nella dottrina sufficienti a dimostrarne la complicatezza e la controvertibilità (42). Del resto, per qualunque ordine di funzionari la statuizione di una responsabilità penale per l'errore costituirebbe

(41) L'articolo stesso dichiara poi espressamente che si ha omissione, rifiuto o ritardo, quando il pubblico ufficiale è un giudice o un funzionario del pubblico ministero, solo quando concorrono le condizioni richieste per esercitare contro di essi l'azione civile (a norma degli art. 783-792 cod. proc. civ.), escludendo così la necessità di condizioni simili nel caso dell'ufficiale giudiziario; il che del resto era stato ritenuto già dalla giurisprudenza, anche sotto l'impero del cessato cod. pen.: cfr. *Cassaz. penale*, 25 giugno 1923, imp. Gerstgrasser (*Foro ital.*, 1923, II, 326).

(42) Cfr. CHIOVENDA, *Principi*, p. 530.

una assoluta eccezione ed una singolarità incomprensibile: in pieno contrasto con i più saldi principi del diritto penale.

Si aggiunga che le ragioni le quali suggeriscono di limitare la responsabilità del giudice, per timore di restringerne eccessivamente e pericolosamente la libertà (43), sussistono anche, se non più, nei riguardi dell'organo esecutivo: guai se gli ufficiali giudiziari dovessero pensare di incorrere in responsabilità così gravi tutte le volte che venisse lor fatto di errare rifiutando un atto del loro ministero!

Anche per la responsabilità civile (art. 61 cod. proc. civ.) e per quella disciplinare (art. 282 reg. gen. giud., che richiama il cit. art. 61), d'altronde, la legge presuppone la *negligenza* dell'uffiziale, a cui sia dovuto il ritardo nell'istruzione o nel compimento della causa (44); e la negligenza è diversa dall'errore. Anche queste disposizioni, peraltro, possono servirci per dimostrare il dovere dell'usciera di dar notizia alla parte (creditore) delle ragioni per le quali egli creda di rifiutare il pignoramento.

Non soltanto infatti un ovvio principio di convenienza suggerisce che si faccia conoscere al creditore il motivo del diniego, affinché egli possa rimediare, se gli è possibile, al difetto rilevato; la stessa applicabilità della disposizione dell'art. 61 cod. proc. civ. presuppone che l'usciera debba giustificare il suo diniego al creditore, altrimenti questi non potrebbe mai sapere, prima di proporre la sua domanda di risarcimento, se essa sia fondata od infondata. Ma soprattutto l'esistenza di un principio generale, in virtù del quale ogni organo pubblico che non possa determinarsi discrezionalmente ad agire in un modo o nell'altro, ma debba seguire precise disposizioni di legge, è tenuto a render conto delle ragioni per cui ritiene di non doversi uniformare alle richieste rivoltegli, convince che anche nel nostro caso, non esistendo una disposizione legislativa che statuisca una deroga, l'usciera ha il dovere di motivare il diniego del pignoramento. Che val quanto dire che egli deve formare e comunicare al creditore (45) il suo provvedimento

(43) Su tali ragioni v. CARNELUTTI, *Lezioni*, III, n. 273.

(44) Non mi par dubbio che nel termine di *causa*, che è usato nell'art. 61, come del resto in numerose altre disposizioni, nel senso di *processo*, si debba ritenere compreso anche il processo di esecuzione.

(45) Al solo creditore, e non anche al debitore, posto che - come è noto - la domanda di pignoramento non è proposta in contraddittorio e soltanto il creditore,

ordinatorio negativo; ma, a proposito della motivazione, conviene osservare che con questo nome non si intende l'esposizione completa di tutte le considerazioni e le argomentazioni in ordine alle quali sono state risolte le questioni, bensì soltanto la comunicazione delle soluzioni date alle questioni stesse. Le regole sulla *forma* del diniego del pignoramento possono quindi precisarsi ancora nel senso che la sua espressione verbale non può ridursi ad un "no", puro e semplice, ma deve includere la ragione del rifiuto: "no, perchè non mi ritengo competente,,"; "no, perchè la domanda mi è stata rivolta da un incapace,,"; "no, perchè quel dato bene è impignorabile,,".

Altra questione è quella se l'obbligo dell'esecutore sussista solo verso lo Stato oppure anche verso la parte, se cioè vi corrisponda un diritto del creditore. Ai fini del mio problema è sufficiente che esso esista verso lo Stato, il che mi par discendere dai principî sul rapporto di impiego ed essere confermato dalle norme che statuiscano la responsabilità penale e quella disciplinare. Senonchè, senza volermi estendere su di un argomento in qualche modo laterale, mi sembra che si possa sostenere che l'obbligo sussista anche verso la parte, non tanto per le disposizioni, pur eloquenti, sulla responsabilità civile dell'usciere, quanto perchè è innegabile che anche il diritto italiano vigente ha subito l'influenza di quelle concezioni ormai criticate e superate (retro, n. 3) sul rapporto fra la parte e l'usciere; il che, se non ci autorizza minimamente a tornare a concepire questo rapporto come di natura privatistica, ci deve peraltro fare ammettere che un obbligo dell'usciere di fronte alla parte è stato riconosciuto dal legislatore.

A questo punto sembra possibile precisare in modo assai più completo il concetto della *autonomia* dell'ufficiale giudiziario. Esso significa che l'usciere è competente a formare il provvedimento esecutivo ordinatorio sulla effettuabilità del pignoramento mobiliare (*l'ordine* o il *diniego* del pignoramento), con alcune limitazioni, tuttavia, che si analizzeranno più tardi. Non è quindi proprio parlare di autonomia, salvo che dal lato storico, per porre in evidenza che oggi l'usciere non dipende più dal giudice nella misura

legittimato ad esperire i possibili rimedi, ha interesse a conoscere il provvedimento e i suoi motivi.

in cui ne dipendevano gli *apparitores* romani o i *nuncii* italiani (e come tuttora ne dipendono i *Vollstreckungsorgane* austriaci). Si tratta invece di una particolare sfera di competenza attribuita direttamente all'ufficiale giudiziario, siccome all'organo specifico - osserva esattamente il DIANA (46) - nella originaria ripartizione dell'attività giurisdizionale fra i vari organi del tribunale. La differenza fra il sistema francese e quello austriaco in tema di poteri dell'usciera nell'esecuzione mobiliare consiste precisamente in questo, che nel primo l'usciera ha il potere di pronunciare l'*ordine* o il *diniego del pignoramento*, mentre nel secondo questo potere è riservato al giudice. Secondo il primo quindi l'usciera non è soltanto destinatario di un comando di questo tenore: "Esegui il pignoramento ordinato", ma anche di un altro comando: "Giudica se devi ordinare o negare il pignoramento", (47).

7. — Chiarito così che l'ufficiale giudiziario può, a seconda dei casi, ordinare o rifiutare il pignoramento e che in entrambe le ipotesi egli forma un provvedimento esecutivo ordinatorio, si presenta il problema dei possibili rimedi contro il provvedimento: problema che è però limitato alla ricerca dei rimedi contro il provvedimento negativo, contro il rifiuto del pignoramento, poi che il provvedimento positivo può non differire nella forma dal pignoramento stesso (i due provvedimenti, ordinatorio e materiale, manifestandosi simultaneamente in uno stesso mutamento del mondo esteriore) e non viene comunicato al debitore, diguisachè questi non può reagire che dopo l'effettuazione del pignoramento. Quali mezzi offre l'ordinamento giuridico al creditore che si senta danneggiato dal diniego dell'esecutore e pretenda che questo diniego non è conforme alla legge?

Il CHIOVENDA, dopo avere osservato che "il reg. germ. § 766 chiama il giudice a provvedere ogni qualvolta l'usciera rifiuta un

(46) *Op. e loco cit.*

(47) Sui caratteri e la precisa natura di siffatti comandi, nel processo di cognizione e nella direzione del giudice, cons. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra "error in iudicando", ed "error in procedendo"*, n. 2; *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, n. 4, in *Studi sul proc. civ.*, Padova 1930, I, pp. 215 e ss., 236 e ss.

atto „ ritiene che da noi provvedano “ mezzi indiretti disciplinari (L. ord. giud., art. 180 a 185, 250 e segg.), „ (48). Altrove invece scrive: “ Sul rifiuto dell'organo esecutivo può nascere una questione che viene decisa in via di cognizione „ (49).

Secondo il CARNELUTTI: “ Contro il rifiuto del pignoramento il creditore non ha altro rimedio fuor da quello di provocare, mediante il processo di cognizione, l'accertamento della sua azione esecutiva quanto al presupposto, la cui creduta mancanza ha determinato il rifiuto „. D'altra parte - egli osserva - il modo vigente di retribuzione degli ufficiali giudiziari fa sì che questi sentano piuttosto l'interesse ad accogliere che non a respingere la domanda, mentre anche dal lato della responsabilità l'ufficiale si sente più stimolato dalle sanzioni previste per il rifiuto ingiusto (art. 180 L. ord. giud.) che da quelle previste per il pignoramento ingiustamente eseguito (art. 181 e 183) (50).

Se ben si consideri adunque i due autorevoli scrittori si trovano concordi nel ritenere che la migliore garanzia del creditore sia costituita dal sistema delle responsabilità dell'ufficiale giudiziario; ma che del resto al rifiuto di questi non si possa porre rimedio se non provocando una sentenza del giudice competente, in un apposito processo di cognizione, seppure nella specie del giudizio esecutivo.

Mi pare opportuno dire subito che, a mio avviso, le sanzioni previste dalla legge nelle disposizioni citate non possono essere, se non molto indirettamente e sotto un aspetto più psicologico che giuridico, prese in considerazione nel problema che qui ci interessa. Anzitutto esse, come si è rilevato nel paragrafo precedente, trovano luogo per i casi di *inerzia* o di *diniego non motivato* o di *astensione dal pignoramento ordinato*: ma non nella ipotesi di *diniego motivato*, tuttochè erroneo, che è proprio quella per la quale la ricerca di un rimedio presenta maggiore importanza. In secondo luogo le sanzioni stesse possono avere una seria efficacia, ma - ripeto - solo dal lato psicologico, come garanzia puramente preventiva; mentre qui si domanda se sia ammissibile

(48) *Saggi cit.*, vol. I, p. 51.

(49) *Principi*, p. 278; *Istituzioni*, p. 321.

(50) *Lezioni*, VI, n. 625.

un rimedio successivo, effettivamente idoneo a sanare tempestivamente gli effetti del rifiuto. Ma soprattutto una considerazione sembra definitiva, sebbene di solito sfugga all'attenzione: le sanzioni minacciano la persona fisica dell'usciera, che pur merita di essere considerata distintamente dall'ufficio da essa ricoperto (51), mentre il provvedimento di diniego apparisce formato dall'ufficio, ed all'ufficio viene giuridicamente attribuito. Concepire l'azione, pubblica o del privato, per l'accertamento della responsabilità dell'usciera come un rimedio contro il suo provvedimento vuol dire lasciarsi involontariamente dominare dalle concezioni superate sul rapporto (di natura privatistica) fra la parte e l'usciera oppure tornare indietro, nei riguardi almeno del nostro problema, ai tempi nei quali i mezzi di impugnativa erano diretti non contro la sentenza, ma contro il giudice che l'aveva pronunciata.

Giova del resto osservare che gli autori testè citati chiaramente avvertono che a loro avviso non si tratta se non di *mezzi indiretti*; e pertanto chi credesse di poter sostenere la tesi qui criticata appoggiandosi alla loro autorità mostrerebbe di aver male interpretato il loro pensiero.

Se dunque è possibile ritrovare un rimedio efficace contro il diniego del pignoramento, esso non può consistere che in un atto

(51) E' questo un altro difetto, e non dei più trascurabili, delle concezioni più diffuse sull'ufficiale giudiziario: difetto che è necessario assolutamente eliminare se si vogliono raggiungere risultati sicuri e in certa misura definitivi. La dottrina è da tempo abituata a distinguere molto esattamente tra la persona fisica del giudice e l'ufficio: nessuno confonderebbe oggi i singoli componenti del collegio con il tribunale, o anche la persona deputata a esercitare le funzioni del giudice unico con la pretura o la conciliazione. Al contrario, nel caso dell'ufficiale giudiziario la fase della confusione fra la persona e l'ufficio non è stata ancora superata. Ciò dipende in parte dall'influenza dannosa delle più volte criticate concezioni privatistiche del rapporto fra la parte e l'usciera; in parte anche dalla mancanza di un termine adatto per designare sinteticamente l'ufficio, distinto dalla persona fisica che lo ricopre. E' un altro esempio del danno che recano al progresso delle scienze giuridiche l'incertezza e l'imprecisione terminologica. Certo io non mi sentirei il coraggio civile di proporre l'adozione di un termine come *usciera* (i tedeschi fanno presto invece a coniare, per servirsene anche nei *Länder* che hanno il *Gerichtsvollzieher* unico, quali la Prussia e la Baviera dal 1900, una parola come *Gerichtsvollzieherbehörde*); ma vorrei che, nonostante le difficoltà di esprimerci, si riconoscesse fondata e si tenesse presente la distinzione fra la persona fisica dell'usciera e il suo ufficio.

giuridico successivo idoneo a toglier di mezzo, a privare di effetti il provvedimento ordinatorio negativo; ma tale atto dovrebbe, per ovvie ragioni, essere un ulteriore provvedimento, conseguibile soltanto mediante una nuova fase del processo od un nuovo processo. E più precisamente, dovendosi presumibilmente trattare di un altro *provvedimento esecutivo puro*, tale processo si presenterebbe o come un processo di *cognizione improprio*, se nelle forme del processo di cognizione (52), oppure come un processo di *gravame esecutivo*. Nelle legislazioni straniere che prevedono espressamente l'ipotesi si trova di regola adottata questa seconda forma (53); mentre nel

(52) Il suggerimento del CRISTOFOLINI, *Scr. cit.*, p. 323, nota 3, di "tener distinti i casi in cui nelle forme del processo di cognizione, sia pure innestato nell'esecuzione, si perviene alla decisione di una controversia sul diritto materiale del creditore o del debitore o di un terzo, per comporre una lite occasionata dall'esecuzione, e i casi in cui le stesse forme servono soltanto a preparare un provvedimento esecutivo (giudizio di autorizzazione) o a impugnare un atto o provvedimento esecutivo ritenuto illegittimo (opposizione c. d. per motivi di rito; controllo sulla legalità dell'esecuzione) „ mi sembra fondato e particolarmente felice. Adotto quindi la denominazione da lui proposta per questi ultimi casi, di giudizio (di cognizione) improprio, e convengo di considerare come *gravami esecutivi* quelli in ordine ai quali si riesamina la misura esecutiva che ha formato contenuto del provvedimento impugnato, sì che oggetto immediato del giudizio è il suo mantenimento o la sua revoca (cfr. *ivi*, nota 4).

(53) Il problema è chiaramente risolto in quelle che hanno adottato il sistema austriaco e che pongono l'organo esecutivo sotto la diretta e preventiva sorveglianza del giudice, limitando a pochissimi casi il potere di quello di sospendere, senza previo ordine di questi, l'effettuazione dell'atto esecutivo (cfr. § 46 EO austriaca). Allorchè, infatti, la direzione dell'esecuzione è affidata a un giudice (*Executionsgericht*: § 17 EO), non può sorgere questione su chi possa rifiutarla, e anche gli eventuali rimedi contro il di lui rifiuto sono agevolmente rintracciabili nel sistema, seppure difettino disposizioni espresse.

La questione trovasi però risolta anche nel diritto germanico, secondo il quale al *Vollstreckungsgericht* (che è poi l'*Amtsgericht*: § 764 ZPO) spetta di decidere allorchè l'esecutore giudiziario rifiuti di assumere un "incarico „ di esecuzione o di compiere un atto competente all'incarico (§ 766).

La legge federale svizzera sull'esecuzione e sul fallimento (retro, nota 12) prevede ripetutamente il *reclamo per denegata o ritardata giustizia* (art. 17, 18, 19), che deve essere portato: contro il provvedimento dell'ufficio esecutivo all'autorità di vigilanza (art. 13), contro la decisione di questa alla autorità cantonale di vigilanza, se esiste distinta dalla prima (art. 13, secondo comma), ed infine al tribunale federale (art. 19). Fondamentale in questa materia è l'art. 21, che stabilisce:

diritto italiano, secondo l'autorevole dottrina ricordata, il silenzio mantenuto dal legislatore non renderebbe ammissibile se non la prima.

Non mi sembra il caso di insistere sugli inconvenienti a cui può dar luogo questa soluzione pessimistica. Essi sono stati efficacemente messi in rilievo dallo stesso CARNELUTTI (54), e del resto è sufficiente riflettere alla funzione assicurativa del pignoramento, che si è avuto cura di riaffermare (55), per rendersi conto del danno provocato dal ritardo conseguente al rifiuto dell'esecutore ed al necessario esperimento di un non breve processo di cognizione. Il fatto innegabile che un provvedimento ordinatorio del genere del diniego del pignoramento non può mai acquistare efficacia di giudicato, perchè il creditore ha sempre il diritto di riproporre all'uscire la sua domanda e di provocare da lui un altro (ma non necessariamente diverso) provvedimento, non basta certamente a risolvere quegli inconvenienti: sia perchè la coerenza, o il puntiglio, dell'uscire può determinarlo a rispondere sempre con un rifiuto, sia perchè, comunque, fra la prima domanda ed il provvedimento materiale che il creditore riesca infine ad ottenere può sempre decorrere un tempo prezioso.

Si dica piuttosto che la constatazione di pur gravi inconvenienti non può servire per la interpretazione della legge vigente, altro che come lontano, e tutt'altro che sicuro, indizio della improbabilità che il legislatore non abbia saputo prevederli minimamente.

Le ragioni per le quali la tesi della necessità di un apposito processo di cognizione mi sembra suscettibile di critica sono invece essenzialmente diverse; e del resto non credo di ingannarmi notando un senso di insoddisfazione nelle stesse espressioni usate dai suoi sostenitori. Che, invero, il processo di cognizione possa essere chiamato a funzionare per accertare l'azione esecutiva in seguito al diniego dell'esecutore non fa troppa meraviglia nei casi in cui il rifiuto sia stato determinato da un giudizio negativo dell'uffiziale su quei presupposti (legittimazione delle parti e causa dell'atto), i

“L'autorità che dichiara fondato un reclamo annulla o riforma gli atti impugnati. Essa ordina l'esecuzione di quelli dei quali il funzionario abbia senza motivo rifiutato o ritardato il compimento.”

(54) *Lezioni*, VI, n. 625.

(55) *Retro*, nota 6.

quali, come si è notato (retro, n. 4), sono a lui provati dal titolo esecutivo; quando, in altri termini, ciò che si chiede è un ulteriore controllo sul contenuto, o anche sulla forma del titolo esecutivo. Ma che, in simile processo di cognizione, si possano richiedere indagini e giudizi su quegli altri presupposti del pignoramento, il cui creduto difetto può benissimo averne provocato il diniego, concernenti la capacità o la competenza dell'esecutore, ovvero la sussistenza di beni pignorabili, sembra veramente in singolare contrasto tanto con la normale funzione del processo di cognizione quanto con la sua struttura. Ed io credo lecito supporre che la soluzione qui criticata sia stata proposta appunto tenendo presente il primo gruppo di questioni, e soprattutto l'ipotesi - da noi ritenuta inammissibile (retro, n. 4) - che il pignoramento sia rifiutato per estinzione del diritto (materiale); nella quale ipotesi la costruzione urta certamente contro minori difficoltà. Che se invece l'usciera rifiuta il pignoramento ritenendo di non essere competente ad eseguirlo, o di trovarsi in uno dei casi di incompatibilità previsti dall'art. 41, ultimo comma, cod. proc. civ., oppure che non vi siano beni pignorabili, la soluzione sia inadeguata e priva di quell'armonia che anche le costruzioni giuridiche debbono presentare.

Negli ultimi casi, infatti, tutta la struttura del processo di cognizione si ribella alla funzione che ad esso si vorrebbe commettere, a cominciare dal contraddittorio del debitore, spesso completamente inutile, anzi dannoso, perchè causa di spese non indifferenti il cui carico non si saprebbe neppure su chi far, giustamente, gravare.

Di conseguenza, almeno per un gruppo numeroso e notevole di casi sarebbe necessario ammettere che contro il rifiuto dell'esecutore non sia concesso alcun rimedio diretto, salva rimanendo al creditore la potestà, spesso poco più che illusoria, di riproporre quante volte credesse la sua domanda; a differenza da un vastissimo numero di provvedimenti analoghi, anche formati da alte autorità giudiziarie, il provvedimento negativo di questo inferiore e meno scelto organo giurisdizionale, che è l'usciera, si troverebbe al riparo da ogni controllo, e specialmente da ogni forma rapida di controllo. E questo, si noti, in una materia, quale è quella dell'esecuzione mobiliare, rispetto ad un momento, quale il sequestro esecutivo, misura assicurativa per eccellenza; nei casi cioè in cui l'urgenza non è mai troppa, mai più fortemente e giustamente sentito il bisogno di celerità.

Eppure non sembra dubbio che, impostato come lo è stato finora, il problema non può comportare soluzioni diverse e la ricerca è destinata a fallire. Prima però di giungere a così sconsolanti conclusioni e di riconoscere, anche in questo argomento, un altro gravissimo difetto del nostro regolamento del processo di esecuzione, è forse opportuno tentare per un'altra via se non sia proprio possibile trovare una soluzione più armonica e più rispondente alle esigenze pratiche che il processo esecutivo deve soddisfare. Quest'altra via, se c'è, non può essere aperta se non approfondendo il tema dei rapporti fra l'usciere come esecutore giudiziario e il giudice che presiede all'ufficio di esecuzione.

8. — Nel tentativo di precisare meglio la portata del principio della *autonomia* dell'ufficiale giudiziario si è giunti alla provvisoria conclusione che esso è competente a pronunciare il provvedimento esecutivo ordinatorio sulla effettuabilità del pignoramento (retro, n. 6 in fine); ma si è avvertito, per la provvisorietà stessa della conclusione, che il principio subisce alcune rilevanti limitazioni. È venuto ora il momento di analizzare i casi nei quali il potere dell'ufficiale giudiziario cede di fronte al potere di un altro organo più elevato, che nel processo di espropriazione sui beni mobili è il pretore, per vedere se da questa analisi sia possibile trarre dei principi idonei a fornirci la chiave per risolvere il nostro problema. Dico subito che questa ricerca è destinata a inferire un colpo non indifferente al conclamato dogma della autonomia dell'usciere, che finora poteva sembrare ben saldo soltanto perchè non era stato sottoposto a una decisa revisione critica.

Troviamo infatti subito dei casi nei quali il provvedimento esecutivo ordinatorio (ordine del pignoramento) non può essere formato dall'ufficiale giudiziario, ma è riservato alla competenza del pretore (56). Tale è il caso del *pignoramento fuori tempo*, effettuato

(56) Qualche volta, accanto al pretore troveremo il conciliatore (del comune in cui ha luogo l'esecuzione, quando esso non sia sede di pretura). Si tratta a mio avviso di un caso di competenza di un *giudice di urgenza*; il conciliatore esercita dei poteri che sarebbero di spettanza del pretore, data l'urgenza, nello stesso modo in cui per molti provvedimenti a funzione cautelare troviamo il giudice unico autorizzato a provvedere in luogo del giudice collegiale. Ma la costruzione

in un giorno festivo, oppure prima che sia scaduto il termine dilatorio da assegnarsi nel precetto (*tempo di urgenza*); esso invero presuppone uno *speciale ordine*, sottratto al potere dell'esecutore e demandato al giudice (" *permissione* „ o " *autorizzazione* „ del pretore: art. 42, terzo comma, e 578 cod. proc. civ.).

Così pure, il pignoramento di certi beni, quali gli *assegni per alimenti*, presuppone un *ordine speciale*, una " *permissione* „ del pretore, che deve determinare anche la porzione pignorabile (articolo 592 cod. proc. civ.; ritengo che l'autorità giudiziaria ivi indicata possa essere appunto il pretore che presiede all'ufficio di esecuzione).

Il pretore stesso è poi l'organo competente a formare una serie di provvedimenti successivi al pignoramento, ma che, in quanto ne modificano alcuni aspetti od effetti particolari, debbono considerarsi come destinati ad integrare l'attività dell'ufficiale giudiziario. Ad esempio, mentre a questi spetta procedere alla *nomina del custode* (art. 599), è invece il pretore che deve provvedere all'*esonero del custode* già nominato (art. 605) ed alla sua *surrogazione* con un altro custode (art. 602) (57); al pretore soltanto compete la *nomina dell'agente* per la coltura delle terre e l'esercizio delle aziende i cui attrezzi ed utensili debbono essere pignorati (art. 587); agente che non è altro che un custode, richiesto però in una circostanza particolare. Anche a prescindere dalla parte preponderante assegnata al giudice della pretura nel processo di espropriazione di crediti e di beni mobili presso terzi (art. 611), si vede già come in quello per espropriazione di mobili presso il debitore sia talvolta sottratto all'uscire il potere di formare i provvedimenti ordinatori richiesti.

Altra figura interessante è quella della *riduzione del pignoramento*, che secondo me è esattamente concepita dalla dottrina più recente come un *gravame esecutivo*, rientrando nella competenza del

dogmatica cui miriamo può prescindere da queste ipotesi eccezionali e prendere in considerazione il pretore come capo dell'ufficio esecutivo nel processo di espropriazione mobiliare e, come tale, sempre competente.

(57) Al pretore è commessa anche la tassazione del salario del custode (art. 603); ma trattasi di funzione essenzialmente diversa e non interessante il nostro argomento.

pretore come capo dell'ufficio di esecuzione, nonostante la formulazione vaga dell'art. 584 (58). Anche in questa abbiamo il conferimento al giudice di esecuzione del potere di formare un provvedimento esecutivo (*ordinatorio e materiale* insieme se, come sembra, non occorre alcun altro atto ulteriore perchè si verifichino gli effetti materiali della sottrazione dei beni esuberanti dal novero di quelli sottoposti al pignoramento), che integra, modificandolo, il provvedimento dell'ufficiale giudiziario.

Basterebbero probabilmente tutte queste disposizioni per giustificare la costruzione di un principio generale sui rispettivi limiti della competenza dell'ufficiale giudiziario e del pretore nel processo di espropriazione mobiliare (59). Questo *principio generale*, che spiega e giustifica tutte quelle norme esemplificate, le quali non ne rappresentano che l'applicazione nei singoli casi, e che non è contraddetto da alcuna eccezione inspiegabile, potrebbe formularsi nei termini seguenti: *la competenza a formare i provvedimenti ordinatori e materiali, occorrenti nella fase preliminare (pignoramento) del processo di esecuzione per espropriazione su beni mobili è ripartita fra l'ufficiale giudiziario e il pretore a seconda che ciascun provvedimento rappresenti un momento essenziale e costante dello svolgimento normale del processo, ovvero un intervento accidentale e straordinario, richiesto per superare particolari difficoltà.*

Non credo che si possa caratterizzare altrimenti questa distribuzione di mansioni, che non trova neppure spiegazione in una diversa natura delle questioni che l'organo deve risolvere per formare il provvedimento.

La nomina di un secondo custode ha esattamente la stessa funzione, presuppone la soluzione di questioni dello stesso ordine, produce effetti assolutamente identici alla nomina del primo (articoli 599 e 602); l'unica differenza fra i due provvedimenti sta in questo: che la nomina del custode al momento del pignoramento

(58) CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 657 e VII, n. 832; ivi, specialmente, a p. 97-98.

(59) Naturalmente mi occupo qui solo della prima fase del processo, concernente il pignoramento. Nelle fasi successive la funzione esecutiva è di regola riservata al giudice, salvo alcune eccezioni (es. art. 627 e ss., 643). Prescindo anche necessariamente da qualsiasi questione concernente la posizione o i poteri del cancelliere, o di qualunque ausiliare dell'ufficio di esecuzione.

è un atto normale e necessario del processo e fa parte sempre della serie di atti di cui questo si compone, mentre la surrogazione - pur non presentandosi davvero eccezionalmente ardua - esce dal corso ordinario, non corrisponde più all'*id quod plerumque accidit*.

Se si rifiutasse il principio sopra enunciato, converrebbe confessare che quella ripartizione di competenza è dovuta esclusivamente al caso, al capriccio dei compilatori della legge, mentre è logico pensare che se ne debba e se ne possa trovare la spiegazione. Or bene, a me sembra che nella formulazione proposta la distinzione corrisponda anche a quello che possiamo sapere della storia dell'usciera. La storia ci insegna infatti che questo si è distinto dal giudice, nel senso di acquistare una propria sfera di competenza, in periodi relativamente recenti e soprattutto ci ricorda che la sua competenza non è costituita che da una parte di quei poteri che altra volta (e tuttora, altrove) spettavano al giudice di esecuzione (60). D'altra parte, non si deve dimenticare che l'usciera è pur sempre un organo giurisdizionale inferiore, provvisto di requisiti di coltura generale e specifica assai più modesti di quelli del giudice; è un pubblico ufficiale, ha funzioni indubbiamente delicatissime, ma è presumibile che nel togliere al giudice alcuni dei poteri relativi alla funzione esecutiva per affidarli all'usciera si siano scelti quelli soltanto che erano, o sembravano, più lineari, più direttamente rivolti al fine dell'esecuzione; e cercando, se mai, di sbagliare piuttosto in meno che in più (è questa anzi una delle più gravi critiche che possono rivolgersi al nostro codice).

La costruzione sopra esposta non presenta alcuna affinità sostanziale con quelle concezioni che vedono negli atti dell'usciera la esecuzione di un ordine del giudice, seppure tacito ed implicito (61), ovvero suppongono presente ed immanente, anche quando manchi in tutto il corso della procedura esecutiva qual-

(60) Ciò è pacifico. Cfr. per tutti SCHMIDT R., *Op. cit.*, § 34, II, p. 198, che attribuisce il fatto all'interesse di ottenere una *Reinhaltung des richterlichen Amts*.

(61) In questo senso PLANCK, *Lehrbuch*, I, p. 126; II, p. 621, 623, sul quale v. HELLWIG, *Op. cit.*, II, § 82. Si tratta di una finzione, che non presenta neppure alcuna utilità sistematica.

siasi atto o provvedimento proprio del magistrato, la funzione giurisdizionale, non riconosciuta all'usciera (62).

Secondo le nostre premesse, invero, l'ufficiale giudiziario è un organo giurisdizionale investito di poteri propri nel processo di esecuzione. Nei limiti assegnati alla sua competenza egli conosce e decide da sè, perchè la legge lo autorizza a decidere da sè. Ciò che non impedisce di riconoscere nè che quei limiti sussistano, nè che il provvedimento da esso formato, pur entro quei limiti, possa eventualmente essere controllato e riformato da un organo giurisdizionale superiore.

9. — La ripartizione della competenza a formare provvedimenti esecutivi nel processo di espropriazione mobiliare fra ufficiale giudiziario e pretore, come è stata fin qui descritta; può servire, ma non è sufficiente a risolvere il problema dei possibili rimedi contro il diniego del pignoramento pronunciato dall'usciera. Abbiamo trovato, è vero, un caso di gravame esecutivo proposto al pretore contro il provvedimento dell'usciera, nella riduzione del pignoramento; ma, a prescindere dal fatto che la sua classificazione - che io ritengo esatta - non può dirsi da tutti accettata, è anche da notare che in quel caso il gravame è proposto contro un provvedimento esecutivo materiale (quale è il pignoramento), di cui il diniego del pignoramento, che si è descritto come un provvedimento ordinatorio, rappresenta per molti aspetti l'antitesi. Di qui l'impossibilità di sostenere l'*eadem ratio* per estendere in via di analogia il disposto del solo art. 584.

Senonchè vi è nel nostro codice un'altra disposizione, che mi è sempre apparsa di importanza fondamentale per la sistemazione del nostro processo esecutivo: quella dell'art. 572. Nel mio prece-

(62) È la tesi del MORTARA, *Op. cit.*, II, n. 436, p. 556, combattuta dal CHIOVENDA, in *Saggi*, cit., p. 48; quale che sia il valore delle argomentazioni, mi sembra chiaro che le parole del MORTARA non hanno a che vedere con l'argomento che qui ci interessa, essendo esse dirette a dimostrare che immanente a quella dell'usciera, affermata puramente governativa (come è anche secondo il PLANCK, *Op. cit.*, II, p. 621; ciò che può bastare a spiegare la tesi di cui alla nota precedente e a mettere in rilievo le affinità fra le teorie del PLANCK e del MORTARA), vi è una attività, giurisdizionale, del giudice (che sarebbe del resto il giudice indicato dall'art. 570, il quale può non essere affatto il pretore).

dente lavoro dedicato allo studio della portata e del significato di quella norma, io confido di essere riuscito a dimostrare che essa prevede e regola precisamente un quidsimile di *gravame esecutivo*, proposto contro il provvedimento di *desistenza* dall'atto di esecuzione richiesto all'usciera (63). I presupposti dell'attività del giudice unico di cui all'art. 572 (di regola il pretore, eccezionalmente il conciliatore) venivano a risolversi nei seguenti: a) atto esecutivo predisposto, ma non compiuto, a causa di una difficoltà avvertita al momento di effettuarlo; b) situazione di fatto tale da rendere l'atto esecutivo, non certo le difficoltà (64), insopportabile di ritardo. In quanto alla natura delle difficoltà previste dalla disposizione, mi parve corretto escludere da tale concetto le controversie, e specialmente le controversie di merito, pur evitando di identificare le difficoltà stesse con gli ostacoli di carattere meramente materiale, secondo l'opinione comune: e tentai invece di chiarire come dovessero prendersi in considerazione solo quelle *difficoltà economiche* (temuta sproporzione fra la somma dei mezzi necessari per il compimento dell'atto ed il suo prevedibile rendimento), le quali, pur avendo di solito causa in ostacoli di ordine fisico, si traducevano in *difficoltà giuridiche*, cioè nel dubbio sulla conformità dell'atto alle prescrizioni giuridiche di convenienza (65).

Avere assodato che l'art. 572 prevede una specie di *gravame esecutivo*, ammesso contro un provvedimento ordinatorio negativo dell'usciera e proposto dinanzi al pretore, quindi più precisamente una figura di *opposizione esecutiva*, posto che usciera e pretore co-

(63) *Difficoltà di esecuzione e provvedimenti esecutivi ordinatori*, cit.

(64) *Ivi*, p. 75.

(65) Accennavo peraltro fin da allora alla possibilità di estendere il disposto dell'art. 572 anche alla ipotesi del diniego del pignoramento, mettendo in rilievo la sufficiente larghezza della disposizione e la *eadem ratio*, dimostrata dal fatto che tanto nei casi direttamente previsti dall'art. 572 quanto nel caso del diniego del pignoramento siamo in presenza di un *provvedimento esecutivo ordinatorio negativo*. Per quanto singolare possa sembrare a prima vista, io non dubito infatti che la *desistenza motivata dall'atto esecutivo* si configuri, a chi seriamente intenda esaminarla e qualificarla, anzitutto come un atto giuridico, e poi come un provvedimento di quella specie. Ma il ricorso all'analogia deve farsi, più risolutamente, attraverso il riconoscimento del principio generale di cui oltre nel testo.

stituiscono due organi dello stesso ufficio di esecuzione (66), consente di costruire una assai più larga e sicura base ad un principio generale, di cui solo molto recentemente la dottrina ha percepito l'esistenza.

In virtù di tale principio si deve ritenere permessa la estensione del beneficio del controllo ad ogni provvedimento esecutivo il cui riesame da parte dell'ufficio, che lo ha preso, non sia dalla legge vietato. " Il solo ostacolo a questa possibilità sta nella esistenza di una disposizione o di un principio statuente la immutabilità del provvedimento ad opera dell'ufficio che lo ha formato; ma se questo principio può ritenersi esistente per la sentenza, anche quando questa abbia il contenuto di un puro provvedimento esecutivo, poichè il vigente ordinamento non distingue fra questo e il provvedimento giurisdizionale, non altrettanto si deve dire quando il provvedimento esecutivo abbia una forma diversa., (67).

Ora, se si concede che il *diniego del pignoramento* non è altro che un provvedimento esecutivo (ordinatorio negativo), come oserai sperare di aver dimostrato, non vedo perchè non si possa estendere anche ad esso il controllo da parte del pretore, nella forma della *opposizione esecutiva*, e si debba invece rimandare il creditore insoddisfatto alla via del processo di cognizione improprio, estremamente più lunga e in moltissimi casi (questioni sulla competenza o la capacità dell'usciera, sulla pignorabilità di beni, sulla convenienza del pignoramento) manifestamente inidonea.

Il riconoscimento al pretore del potere di controllare, in sede di opposizione esecutiva, il provvedimento ordinatorio dell'ufficiale giudiziario ci presenta una costruzione molto più logica ed armonica della disciplina del pignoramento. Tale costruzione non urta

(66) Il fatto che il pignoramento possa essere eseguito anche da un ufficiale giudiziario non addetto alla pretura è giustamente ritenuto non influente a questo proposito. Il processo esecutivo per espropriazione mobiliare è di competenza della pretura, ed in una simile ipotesi anche l'ufficiale giudiziario addetto ad altro tribunale viene a dipendere, per tutti gli effetti di cui nel testo, dal pretore competente.

(67) Così testualmente CARNELUTTI, *Lezioni*, VII, p. 95-95. Ho voluto riferire le precise parole per mostrare che le nostre conclusioni sono diverse solamente, in fondo, perchè io classifico decisamente il *diniego del pignoramento* fra i provvedimenti (retro, n. 5).

contro alcuna disposizione di legge; corrisponde ai sistemi adottati in quasi tutte le legislazioni, e appare quindi giustificata anche da considerazioni di teoria generale del diritto (68); trova qualche riscontro perfino in ciò che si verifica quasi quotidianamente nella pratica (69).

Concludendo su questo punto, i rimedi giuridici concessi alle parti del processo di esecuzione contro l'attività dell'uscieri si dispongono nel quadro seguente:

a) Contro il provvedimento ordinatorio positivo (*ordine del pignoramento*) ed il conseguente provvedimento materiale (*pignoramento*) il debitore è ammesso a far valere le proprie ragioni con:

α) l'*opposizione di merito*, che dà luogo ad un *processo di cognizione, giudizio esecutivo proprio*, se egli contesta l'esistenza del diritto materiale del creditore, provocando l'accertamento su questo;

β) l'*opposizione d'ordine o di rito*, nelle forme del *processo di cognizione*, ma *improprio*, se egli contesta la legittimità dell'esecuzione per motivi meramente processuali, provocando un giudizio sulla esistenza e il contenuto dell'azione esecutiva. Per entrambi

(68) È questa senza dubbio la più utile e feconda funzione dello studio del diritto comparato: quella di servire alla costruzione della teoria generale, mostrando quali sono, e quali no, i principi essenziali, insopprimibili di ogni istituto giuridico, e quali soprattutto le sue note caratteristiche.

(69) Non è raro infatti che, al fine di porsi più sicuramente al riparo da responsabilità, specialmente disciplinari, l'ufficiale giudiziario esponga al pretore i suoi dubbi sulla effettuabilità di un pignoramento richiestogli, prima di rifiutarlo, ovvero che il creditore stesso chieda, direi quasi ufficiosamente, al pretore di intervenire. A questo contribuisce il disposto dell'art. 86, primo comma, del reg. gen. giud. approvato col r. d. 14 dicembre 1865, n. 2641 (mantenuto in vigore dall'art. 226 del T. U. sull'ord. giud. approvato col r. d. 30 dicembre 1923, n. 2786), che detta: " Gli uscieri devono eseguire senza ritardo le avute commissioni e, in caso di impossibilità di pronta esecuzione, devono riferirne e giustificarne i motivi al pretore, o al presidente, o primo presidente loro superiore diretto „. Ma se in tali casi l'ufficiale giudiziario si determina al pignoramento perchè il pretore lo ha ritenuto legittimo, lo fa di solito solamente per l'autorità personale che riconosce al pretore (come persona fisica) e al suo parere, o con l'intenzione di coprire la propria responsabilità con quella di lui, non già perchè si ritenga giuridicamente vincolato ad osservare il suo giudizio; mentre ciò che qui si vuole sostenere è che il pretore, come organo investito della competenza a decidere sul gravame esecutivo, forma un provvedimento ordinatorio (di gravame) che, sostituendosi a quello impugnato, vincola direttamente l'ufficiale giudiziario.

questi rimedi è competente il giudice indicato nell'art. 570 cod. proc. civ.;

γ) *l'opposizione esecutiva, gravame esecutivo* da proporsi dinanzi al pretore del mandamento in cui si fa l'esecuzione, se egli fa valere solamente delle ragioni di convenienza e di opportunità (riduzione del pignoramento, sostituzione di un bene pignorato con un altro bene).

b) Contro il provvedimento ordinatorio negativo dell'usciera (*diniego del pignoramento*, anche nella forma della *desistenza motivata dal pignoramento ordinato*) il creditore è ammesso a proporre: *l'opposizione esecutiva*, dinanzi al pretore del mandamento in cui l'esecuzione doveva avvenire secondo la domanda; pur essendogli riconosciuto anche il potere, quando egli intenda provocare l'accertamento del suo diritto materiale o processuale, di servirsi - a suo rischio e pericolo - delle forme del processo di cognizione, proprio od improprio.

Se il creditore si vale della *opposizione esecutiva*, il controllo del pretore viene esercitato mediante il riesame delle stesse questioni risolte dall'ufficiale giudiziario con il suo provvedimento esecutivo ordinatorio e trova gli stessi limiti nella sussistenza e nell'efficacia del titolo esecutivo. Il pretore non può cioè, se è invocato con il solo gravame esecutivo, accertare il diritto materiale del creditore, quand'anche simile accertamento rientrasse nei confini della sua competenza generale (70); egli deve quindi conoscere dei presupposti del pignoramento nello stesso modo e con gli stessi poteri dell'usciera (retro, n. 4, testo e note).

Di conseguenza, la sua pronuncia sulla domanda di gravame del creditore ha natura di mero *provvedimento esecutivo ordinatorio*, che può essere a sua volta positivo o negativo: *ordine del pignoramento* se il pretore riforma il provvedimento dell'usciera, impugnato dal creditore, e ordina quindi all'usciera di compiere l'atto esecutivo richiesto; *diniego del pignoramento* se, al contrario, egli

(70) In tale ipotesi, peraltro, non saprei escludere la possibilità che la parte richieda al giudice, insieme con la riforma del provvedimento dell'usciera, l'accertamento del diritto, dando luogo ad un giudizio esecutivo, sotto il quale resterebbe assorbito il gravame. Il riconoscimento di questa conseguenza non può dipendere, quando appunto il pretore sia competente anche per il giudizio esecutivo, che dalla interpretazione della volontà delle parti, manifestata già con la forma prescelta per domanda (oltre, n. 10, A).

conferma il provvedimento impugnato. In entrambi i casi, questo provvedimento di gravame si sostituisce al provvedimento impugnato, di cui conserva - come si è rilevato - la stessa natura.

10. — Lo studio della struttura del processo di opposizione esecutiva contro il diniego del pignoramento presenta singolari difficoltà, perchè invano si cercherebbero nella legge disposizioni espresse destinate a disciplinarlo. È pertanto necessario ricostruirne il regolamento con la scorta dei principi generali e, eventualmente, di alcune massime di esperienza, tenendo presente che, del resto, tutto il processo di esecuzione italiano è di solito informato al principio della *forma libera* (71).

L'indagine si divide logicamente in tre fasi, concernenti rispettivamente la domanda, l'istruzione e la decisione.

A) Prima di esaminare il regolamento formale della *domanda* sembra necessario porsi il problema se essa costituisca un atto indispensabile del processo, un presupposto essenziale dell'attività del pretore: in altri termini se ad essa corrisponda un *onere* a carico del creditore. Ma tale problema si trova implicitamente risolto nelle pagine precedenti, in cui si è definito e costruito come un *gravame* (esecutivo) il rimedio concesso contro il diniego dell'usciera; anzi la sua soluzione si trova anche più addietro, al momento in cui si è dovuto ammettere il potere dell'ufficiale giudiziario di formare il provvedimento di diniego. È chiaro infatti che tale potere non sussisterebbe, perchè privo di contenuto e di significato, se l'ufficiale giudiziario stesso fosse sempre tenuto a provocare il controllo del pretore, ovvero se questi avesse il dovere di procedere d'ufficio al controllo, riducendosi l'esame dell'usciera a un semplice parere privo di qualsiasi valore giuridico, almeno ogni qualvolta esso concludesse negativamente. Se così fosse, in altri termini, converrebbe riconoscere riservato al pretore il potere di rifiutare il pignoramento.

Ammesso invece il potere dell'ufficiale giudiziario e accertato

(71) La quale si ha "appunto quando, la forma non essendo prescritta se non, indirettamente o implicitamente, mediante la indicazione della causa, risponde al voto della legge qualunque forma idonea a realizzarla e perciò l'agente è libero, secondo la sua esperienza, di scegliere i mezzi formali che ritiene più adatti per raggiungere lo scopo.", CARNELUTTI, *Lezioni*, VII, n. 907.

il carattere di provvedimento del suo atto di diniego, non si fa che applicare principi generali ben noti del diritto processuale riconoscendo la sussistenza di un onere, a carico della parte soccombente (gravata dal provvedimento), di richiedere il controllo in sede di gravame sul provvedimento stesso: onere della domanda che, per i presupposti ed i fini di essa, più particolarmente si qualifica come *onere del gravame*.

Ciò corrisponde fedelmente al sistema generale del nostro processo esecutivo, dominato anche esso, come è ben noto, dal principio dispositivo (72), in virtù del quale esso si muove, in quasi tutte le sue fasi, se e in quanto la parte lo fa procedere, esercitando il suo potere di impulso (73); il che renderebbe ancor più singolare la soluzione contraria (74). Non è quindi possibile pretendere di ricondurre il processo di gravame all'onere, già dal creditore adempiuto, della domanda di esecuzione, ravvisando in questa un contenuto potenziale che comprenda la richiesta del controllo del

(72) Lo stesso principio informa il processo esecutivo francese e quello tedesco (motivi in HAHN, *Mat. zur ZPO*, 1880, p. 422), al contrario dell'austriaco (KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, 1927, p. 180 ss.; WALKER, *Oesterreichisches Executionsrecht* ³, p. 27 ss., 338 ss.).

(73) CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 448.

(74) E' opinione diffusa in dottrina e in giurisprudenza che il processo previsto dall'art. 572 cod. proc. civ. possa essere provocato dallo stesso ufficiale procedente (cfr. JAEGER, *Difficoltà di esecuzione ecc.*, cit., p. 63); ma, a prescindere anche dalle differenze che corrono fra quel processo, di cui si disse che poteva *affiancarsi* alla teoria dei gravami esecutivi pur essendo regolato singolarmente dal lato strutturale (ivi, p. 74), e quello di cui ora ci occupiamo, non par dubbio che contro quella opinione si possano pur muovere delle obbiezioni, e forse non trascurabili (ivi, p. 77): soprattutto deve esser chiaro - si osservava già allora - che anche se si volesse concedere, sull'autorità del MORTARA, che una manifestazione di volontà della parte in senso positivo non sia indispensabile per provocare il processo (dell'art. 572), ad una dichiarazione del creditore in senso negativo, e cioè per la desistenza dall'esecuzione, non potrebbe essere disconosciuta una efficacia definitiva. Ora, il vero è che l'ufficiale giudiziario, il quale, nell'ipotesi dell'art. 572, rimetta le parti dinanzi al pretore, non intende provocare da questi il controllo sul proprio operato, bensì la formazione di quel provvedimento che egli non ha creduto di formare da sé. Se gli sia lecito condursi in tal modo non è qui il caso di discutere; ma sarebbe certo superficiale concludere confondendo il provvedimento di rinvio al pretore con un provvedimento di diniego immediato o successivo (desistenza) del pignoramento.

pretore sul provvedimento negativo dell'ufficiale giudiziario; questo provvedimento, infatti, corrisponde alla domanda di pignoramento e ne esaurisce l'oggetto, in modo che è necessaria una ulteriore domanda per provocare la riforma del provvedimento stesso.

Nulla si trova stabilito sulla *forma* della domanda di gravame; in quanto al *tempo* della sua proposizione il difetto di regolamento espresso implica, a mio avviso, una libertà limitata soltanto dalla disciplina generale del processo (prescrizione dell'azione esecutiva). Il problema della *forma intrinseca* vuole essere risolto anche in ragione della conclusione che si ritenga di adottare a proposito della necessità del contraddittorio. Per gli argomenti altra volta spiegati e che si possono richiamare qui, perchè fondati su principi generali di importanza indiscussa (75), io credo che debba escludersi tanto un onere dal creditore quanto un dovere dell'ufficio di provocare il contraddittorio, citando o chiamando il debitore nel processo.

Il CARNELUTTI sembra riscontrare nel contraddittorio una "tra le cautele imprescindibili del controllo in sede di opposizione,, (76); ma il contesto dimostra in modo evidente che, scrivendo queste parole, egli aveva presenti i casi di opposizione esecutiva promossa dal debitore, e contro un provvedimento esecutivo materiale, o quanto meno ordinatorio positivo, già noto ad entrambe le parti. Qui si esamina, invece, l'ipotesi di un gravame proposto contro un provvedimento esecutivo ordinatorio negativo, emesso non già in contraddittorio, ma, almeno di solito, a insaputa del debitore. E la più volte ricordata funzione assicurativa del pignoramento (77) rende, più che opportuno, molte volte indispensabile, che anche il processo di gravame si svolga senza che il debitore ne sia a conoscenza, a maggiore garanzia del rendimento del pignoramento richiesto. Nè d'altra parte egli, che può non saper nulla del provvedimento di diniego dell'uscire, avrebbe ragione di lamentarsi di ignorare la fase di controllo sul provvedimento medesimo. Comunque, non difettano argomenti esegetici e sistematici a sostegno di queste considerazioni di convenienza; e in particolare merita rilievo l'ana-

(75) *Scr. cit.*, p. 79.

(76) *Lezioni*, VII, p. 96.

(77) *Retro*, nota 6.

logia con i processi per ottenere i provvedimenti cautelari e il provvedimento di cui all'art. 578 cod. proc. civ. (78).

La conclusione della *non necessità*, che non vuol dire divieto, del *contraddittorio* ha grande importanza per tutto il regolamento formale degli atti del processo. Nei riguardi della domanda, anzitutto, essa elimina ogni difficoltà ad ammettere la più ampia libertà di forma, a consentirne anche la proposizione orale, mediante l'esposizione delle proprie richieste fatta personalmente ed a viva voce dal creditore al pretore.

B) La stessa premessa determina conseguenze analoghe in tema di *istruzione* nel processo di gravame. Anche il pretore, come l'ufficiale giudiziario, può richiedere che le affermazioni della parte vengano confermate da prove adeguate (79), poichè egli deve riesaminare e risolvere, in sede di controllo, le stesse questioni esaminate e risolte dall'ufficiale giudiziario che ha rifiutato il pignoramento (80). Anche qui si tratta soltanto di verificare la sussistenza dei presupposti del pignoramento, non già di accertare il diritto materiale della parte; ma ciò non impedisce che, per risolvere simili questioni, l'ufficio debba esercitare appunto quella attività inquisitiva che ha per oggetto la ricerca e la critica delle prove.

Orbene, l'assunzione delle *prove costituenti* ci presenta lo stesso problema del regolamento formale; ma, come si ebbe occasione di notare per il processo previsto dall'art. 572 cod. proc. civ., anche qui sembra che si debba concludere per l'inesistenza di forme legali, non essendo applicabili quelle disposte nel codice esclusivamente per il processo di cognizione (81). Di conseguenza, l'assunzione av-

(78) Colgo l'occasione per ricordare ancora una volta le disposizioni dell'art. 304 reg. gen. giud., ingiustamente condannato, come tante altre norme di quel regolamento, all'oblio dalla dottrina, quasi che simili norme non facessero parte integrante del nostro diritto processuale. Mi sembra, ad esempio, che quell'articolo avrebbe potuto opportunamente esser tenuto presente dal LIPARI, nel suo lavoro *Prove e procedimento nel giudizio di spoglio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, 147 ss., e lo avrebbe probabilmente condotto a conclusioni diverse.

(79) CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 620.

(80) Retro, n. 6.

(81) *Scr. cit.*, p. 79. La inapplicabilità è dimostrata soprattutto dal fatto che se fosse altrimenti, la struttura del processo di gravame esecutivo che qui si studia non corrisponderebbe più alla sua funzione, poichè la lunghezza e la pub-

viene, come si dice comunemente, senza alcuna formalità (arg. anche dal capoverso del cit. art. 304 reg. gen. giud.), o, come si dovrebbe dire più correttamente, in ordine a forme puramente giudiziali, vale a dire stabilite dall'ufficio stesso, volta per volta.

C) La *decisione* dà luogo ad un provvedimento del pretore, che, per le ragioni più volte chiarite, è un puro *provvedimento esecutivo ordinatorio*, positivo o negativo a seconda che esso ordini o rifiuti il pignoramento. Esso deve essere studiato dal lato della sua forma, della sua impugnabilità, della sua efficacia.

La *forma* non è stabilita dalla legge, la quale non prescrive neppure che esso debba essere redatto in iscritto. Il fatto che esso non contiene comandi che non siano rivolti all'ufficiale giudiziario e la considerazione che contro di esso non sono ammissibili ulteriori gravami, come si vedrà fra breve, fanno dubitare della necessità che esso rivesta una forma documentale: un ordine di pignorare diretto verbalmente dal pretore all'uscieri potrebbe essere forse sufficiente a raggiungere gli effetti voluti. D'altra parte argomenti non trascurabili, quali l'opportunità che resti traccia dell'ordine rivolto all'esecutore e quelli desumibili per analogia dagli art. 578 del codice e 304 reg. gen. giud. (se non da altri articoli: 42, 587, 602 del codice, che non dispongono espressamente su questo punto), inviterebbero a classificare formalmente il provvedimento come un decreto, e ad esigerne quindi la redazione in iscritto. In un tema così arduo e scarso di indicazioni legislative la conclusione non può essere che dubitativa, pur dovendosi ammettere che la forma documentale è certamente almeno raccomandabile.

Si è già accennato che contro il provvedimento del pretore non possono riconoscersi concessi altri gravami esecutivi. Anzitutto la legge non ne fa parola, confermando così la sua tendenza a ridurre a non più di uno i gravami nel processo di esecuzione. In secondo luogo depone in questo senso la disciplina adottata per gli istituti che presentano maggiore analogia con quello in esame: i provve-

blicità dell'istruttoria porrebbero in serio pericolo il rendimento dell'esecuzione, dando al debitore tutto il tempo possibile per trafugare e nascondere i suoi beni pignorabili.

dimenti di cui agli art. 578 e 572 del codice (82). Infine, e qui conviene distinguere fra il provvedimento positivo e il provvedimento negativo, è chiaro, da un lato, che contro il provvedimento del pretore che ordina il pignoramento, e che dal pignoramento deve essere tosto seguito, non può ammettersi un rimedio giuridico distinto da quello eventualmente concesso contro il pignoramento stesso; d'altro lato, la facoltà da riconoscere al creditore di riproporre la sua domanda dopo il diniego del pignoramento, discendente dal fatto che questo, come soluzione di mere questioni processuali, non può produrre il giudicato, renderebbe molto meno giustificabile la concessione di ulteriori gravami.

Non è piuttosto possibile negare che il creditore, il quale abbia veduto respingere la sua domanda di pignoramento e dall'ufficiale giudiziario e dal pretore, si serva in taluni casi delle forme del giudizio esecutivo, proprio o improprio (83), per ottenere l'accertamento del proprio diritto materiale o quanto meno della sua azione esecutiva, limitamente a quei casi in cui simile giudizio si presti allo scopo. Ma in tale ipotesi viene meno quella fase di puro processo di esecuzione della quale ci occupiamo qui e subentra e trova applicazione un'altra serie di principî sui rapporti fra esecuzione e cognizione, che sta al di fuori del nostro argomento.

Un ultimo punto assai importante, e non esaminato compiutamente neppure là dove, come in Germania, il gravame esecutivo contro il diniego dell'esecutore è previsto espressamente dalla legge, è quello che concerne l'efficacia del provvedimento positivo del pretore, dell'ordine del pignoramento da questi rivolto all'usciera.

Secondo lo SCHMIDT il *Gerichtsvollzieher* si trova subordinato all'*Amtsrichter* (quale tribunale di esecuzione) in modo analogo a quello in cui questi è subordinato alla *Zivilkammer des Landgericht*; e questa gerarchia riflette perfettamente quella dei giudici del processo di cognizione, di modo che il rapporto fra l'usciera e il giudice è

(82) La dottrina è concorde nell'escludere per questi l'esperibilità di gravami. Cfr. MORTARA, *Comm.*, V, n. 99, e *Appello civile* (nel *Dig. it.*), n. 441; MATTIROLO, *Tratt.*, V, n. 555; CUZZERI, *Cod. it. di proc. civ.*, VI, p. 80; DIANA, *Funzioni del presidente*, cit., n. 54, p. 116, nota 1; JAEGER, *Scr. cit.*, p. 81.

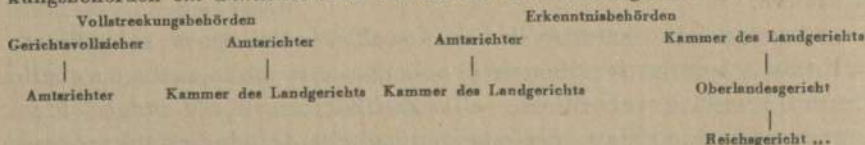
(83) Retro nota 52.

della stessa natura del rapporto fra il giudice di primo grado e il giudice di gravame (84).

Del tutto diverso è il pensiero di HELLWIG, secondo il quale il tribunale di esecuzione non sarebbe tanto da considerare come un organo di gravame, quanto come quell'organo a cui solamente sarebbe in definitiva affidata l'esecuzione, pur essendo la sua attività condizionata ad una particolare invocazione della parte (85). Ed è questa l'opinione che ha trovato maggiore consenso nella dottrina germanica.

Nè l'una, nè l'altra concezione mi sembra accettabile. L'idea di HELLWIG ha certamente per base la storia dell'istituto, in quanto è vero che, storicamente, centro motore dell'esecuzione è il giudice, mentre le attribuzioni autonome dell'uscieri sono state appunto al giudice sottratte; ma essa è stata probabilmente influenzata da quello stesso preconconcetto - pure di origine verosimilmente storica - che ha viziato la costruzione di PLANCK, già esaminata e criticata (86). Oggi, pur nel quadro di un unico ufficio di esecuzione, l'uscieri è un organo esecutivo distinto dal giudice e dotato di una sfera di competenza propria, entro i cui limiti egli forma dei provvedimenti esecutivi, soggetti bensì al controllo del

(84) *Op. cit.*, § 34, II, p. 199-200: "In entsprechender Weise wie der Gerichtsvollzieher durch den Amtsrichter wird auch dessen Vollstreckungstätigkeit in gewissen Grenzen wieder durch das im Instanzenzug übergeordnete Gericht, also (nach den Grundsätzen über die Entscheidungsorgane) durch die Zivilkammer des Landgerichts nachgeprüft (§ 793 ZPO). So bietet die Organisation der Vollstreckungsbehörden ein ähnliches Bild wie die der Entscheidungsbehörden:



(I corsivi sono miei).

(85) *Op. cit.*, § 84, II, p. 105: "Das Vollstreckungsgericht steht also über dem Gerichtsvollzieher, aber nicht nur in der Art, wie die untere Instanz unter der höheren steht, sondern so, dass die volle Vollstreckungsgewalt in der Hand des Vollstreckungsgerichts liegt. Das Besondere ist nur, dass es sie in der Regel nicht ausübt, sondern dass zunächst der Gerichtsvollzieher entscheidet. Aber sobald die Entscheidung des Gerichts angerufen wird, tritt dieses in Tätigkeit, und erst dadurch, dass die volle Autorität des Vollstreckungsgerichts die Entscheidung des Gerichtsvollziehers aufrecht erhält, wird die Beschwerde ermöglicht ..

(86) Retro, nota 61.

giudice, ma esistenti di per sè e di per sè efficaci. Tali provvedimenti possono essere riformati dal giudice, ma non per questo l'attività dell'usciera scompare o rimane assorbita; considerarla come una fase transitoria e labile è costruire una finzione non semplice e non utile. La cognizione dell'usciera rappresenta invece una prima fase necessaria e costante del processo, come quella del giudice investito del gravame esecutivo ne è una seconda fase, non sempre necessaria, destinata al controllo dei risultati della prima. I rapporti fra l'attività dell'usciera e l'attività del giudice, in questo punto particolare (87), sono pertanto veramente quelli che possono correre fra le attività di due organi, di cui l'uno debba controllare, in sede di gravame, l'operato dell'altro.

Nemmeno l'opinione dello SCHMIDT è peraltro convincente, per quel che concerne il parallelo fra i gravami del processo di esecuzione e quelli del processo di cognizione e l'applicabilità dei principi che regolano la competenza per questi alla competenza per quelli: troppo diversi sono i fini e i limiti degli esami e dei riesami rispettivi, e i provvedimenti oggetto e frutto del controllo nell'uno e nell'altro campo. Basta pensare che, nel campo del puro processo di esecuzione, gli organi non giudicano che sulla attività loro propria, o di altro organo esecutivo inferiore, per comprendere che gli unici processi di gravame, nel campo della cognizione, paragonabili ai gravami esecutivi sarebbero quelli nei quali esclusivamente si cercassero e si riparassero degli *errores in procedendo*.

Di conseguenza, per tornare - dopo la digressione necessaria - al tema della efficacia del provvedimento di gravame, il parallelo più legittimo e convincente è da trovare appunto in quei casi del processo di cognizione in cui il giudice di gravame può statuire sulla competenza, ad esempio, del giudice inferiore, dichiarandola vincolativamente, come può fare, a norma dell'art. 544 cod. proc. civ., la Corte di cassazione (88). Come in siffatti casi, la decisione del

(87) Altro argomento è quello, già considerato sopra (retro n. 8), della ripartizione delle mansioni relative al processo di espropriazione mobiliare fra il pretore e l'usciera, indipendentemente dal potere di controllo del primo sull'operato del secondo; ma la giustificazione politica è pur sempre la stessa.

(88) CHIOVENDA, *La Corte di Cassazione come giudice della competenza*, in *Saggi cit.*, I, p. 338 ss., n. 5.

pretore, che, assicuratosi della sussistenza di tutti i presupposti richiesti, su gravame del creditore contro il diniego dell'usciera, ordina il pignoramento, vincola l'ufficiale giudiziario, solo competente a formare il provvedimento materiale (pignoramento), rendendo indiscutibile da parte sua la sussistenza di tutti quei presupposti.

L'ordine del pignoramento del pretore, sostituendosi al provvedimento negativo impugnato, elimina - così come avrebbe potuto fare un ordine di pignoramento formato dallo stesso usciere - ogni possibile dubbio lecito di questi sulla legittimità del pignoramento, e sarebbe probabilmente sufficiente a costituire in dolo l'usciera che si rifiutasse tuttavia di addivenire al provvedimento materiale, rendendolo passibile delle sanzioni dell'art. 328 cod. pen.; si identifica così tanto dal lato soggettivo che dal lato formale una fonte, diversa dalla legge penale, idonea ad accertare che l'omissione è *indebita* ai fini dell'applicazione di quell'articolo, in cui una recente e suggestiva dottrina vede uno dei più tipici esempi di indicazione indiretta del *modo dell'azione* (89).

È questo indubbiamente il segno più vivo e più significativo della efficacia del provvedimento di gravame del pretore: esso specifica nel modo più concreto un *dovere di ufficio* dell'usciera, accertandone l'obbligo a tenere una determinata condotta. Nè diversamente potrebbe essere, se ben si considera, dati non tanto il carattere e la posizione dell'organo, quanto il fine necessario ed i mezzi possibili del processo di esecuzione.

11. — Giunti così alla fine della nostra lunga e complessa indagine, può essere opportuno riassumerne brevemente le più rilevanti conclusioni.

Riconosciuto anzitutto che l'usciera non è un mandatario della parte, ma un organo dello Stato fornito di una propria sfera di poteri nel processo di esecuzione, e che ad esso il creditore non affida un incarico, ma rivolge una domanda (sul qual punto si è trovata concorde, nella soluzione se non nella dimostrazione, la migliore e più recente dottrina), si è voluto esaminare il problema della *ammissibilità* e soprattutto della *estensione del controllo del-*

(89) CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., n. 84, p. 265-267.

l'usciera sui presupposti del pignoramento. Questo esame presupponeva a sua volta un quadro dei *requisiti essenziali* del pignoramento stesso e della domanda relativa e una soluzione della dibattuta questione sulla natura del *titolo esecutivo* (in senso formale), che si è concluso essere la prova legale della *legittimazione* (di regola) e della *causa* (sempre) nel processo di esecuzione.

Il problema centrale del nostro studio era peraltro soprattutto quello del carattere della cognizione dell'usciera e del suo risultato; una serie di considerazioni ci ha condotto a concludere che in ogni caso l'usciera deve formare, in seguito alla domanda del creditore, un *provvedimento esecutivo ordinatorio*, distinto da quello materiale (pignoramento) anche se non espresso in una forma diversa, e che pertanto il *diniego del pignoramento* non è se non un *provvedimento esecutivo ordinatorio*, seppure a *contenuto negativo* (della quale categoria si sono ricordati molti altri esempi, che ne giustificano e ne consigliano la costruzione). Ma a questo punto era anche necessario, per chiarire i limiti di applicabilità delle diverse sanzioni, descrivere le possibili forme di comportamento dell'usciera in seguito alla domanda del creditore (e si sono distinti, nel genere, del *rifiuto del pignoramento*, la *inerzia*, il *diniego semplice*, il *diniego motivato* e la *astensione dal pignoramento ordinato*) e analizzare l'obbligo dell'usciera, il quale è per noi tenuto a provvedere sempre sulla domanda, motivando l'eventuale diniego.

Queste premesse ci hanno convinto della scarsa rilevanza delle sanzioni ai fini del problema dei rimedi contro il diniego illegittimo e della inadeguatezza del rimedio del giudizio esecutivo, particolarmente in taluni casi (asserita incompetenza dell'usciera, dubbi sulla pignorabilità dei beni); donde la necessità o di negare ogni rimedio giuridico o di ricercarlo *nella teoria dei gravami esecutivi*.

E questa appunto è stata in definitiva, dopo varie considerazioni sulle attribuzioni del pretore nel processo di espropriazione su beni mobili (concluse con la formulazione di un principio generale desumibile dalla casistica della legge) ed in seguito ad un esame di diversi gravami esecutivi (nonchè in particolare, del processo previsto dall'art. 572 del codice contro il *provvedimento di desistenza* dell'usciera), la soluzione da noi proposta: *contro il provvedimento di diniego del pignoramento formato dall'usciera è ammessa l'opposizione, da parte del creditore, al pretore.*

Tale opposizione è un gravame esecutivo, che tende ad un mero

provvedimento esecutivo, ordinatorio; il quale può essere positivo (ordine del pignoramento) o negativo (diniego). Studiando poi il processo di gravame nella sua struttura, dalla domanda alla istruzione e alla decisione, se ne sono poste in rilievo la libertà delle forme, la non necessità del contraddittorio, la efficacia del provvedimento di gravame, che accerta, in modo concreto, un dovere di ufficio dell'usciera, esponendolo alle sanzioni penali e disciplinari in caso di disobbedienza.

Quale è l'importanza delle successive conclusioni a cui ci ha condotto la nostra indagine, e che si sono testè appena ricordate, per la costruzione della teoria generale del processo esecutivo italiano? Essa riflette precisamente la posizione ed i poteri dell'usciera come organo di esecuzione (esecutore giudiziario); ma si estende, in certo qual modo, a tutto il sistema della espropriazione mobiliare, almeno nella sua fase preparatoria.

Anzitutto il principio della c. d. *autonomia dell'usciera* riceve dalle nostre conclusioni un significato nuovo, che sembra più preciso e più corretto di quello in cui viene comunemente inteso. Siamo infatti pervenuti a dire che *l'ufficiale giudiziario è competente, nel processo di espropriazione su beni mobili, a formare tutti i provvedimenti esecutivi ordinatori riguardanti il compimento del pignoramento, in quanto tali provvedimenti rappresentino fasi di svolgimento normale e costante del processo esecutivo*; poichè, al contrario, ogni provvedimento implicante una alterazione, una deviazione dal corso normale del processo è riservato alla competenza del pretore (es. art. 42, 572, 578, 587, 602 cod. proc. civ.). Si è perciò chiarito che il termine di *autonomia*, se può usarsi in senso negativo per alludere all'origine storica di quei poteri, il cui conferimento all'usciera è derivato da una sottrazione di essi al giudice, non è oggi proprio, dovendosi invece parlare di una *sfera di competenza* riconosciuta all'usciera come organo dello Stato distinto dal giudice e pur fornito di attribuzioni giurisdizionali.

In secondo luogo si è posto in maggiore rilievo che il processo di esecuzione non consiste tutto di soli provvedimenti materiali, ma anche di tutti quei *provvedimenti ordinatori* che accordano o negano, predispongono e condizionano i primi; e di questa osservazione, pur non nuova nella dottrina, si sono esposte le conseguenze più degne di considerazione e più importanti per la teoria generale di tale processo, mostrando la necessità di riconoscere anche in questo, e

sempre nei limiti di esso, un sistema di controlli che l'incuria della legge ha lasciato più o men gelosamente nascosti alla dottrina ed alla giurisprudenza.

Si può ora rilevare quanto illogico e incoerente avrebbe dovuto sembrare il sistema adottato dal legislatore in argomento: mentre nel processo di cognizione sovrabbondano i riesami, e i provvedimenti meno gravi di conseguenze e presentanti le maggiori garanzie, sì per l'ampiezza della cognizione precedente che per la posizione e la composizione dell'organo che li ha formati, sono sottoposti a numerosi e seri controlli, mentre nello stesso processo di esecuzione non mancano forme di espropriazione nelle quali i provvedimenti anche di minore rilievo sono presi da organi complessi, come il collegio del tribunale, nella forma solenne della sentenza, e possono venire controllati anche ripetutamente, nel processo esecutivo in esame una decisione errata di un organo indubbiamente inferiore e assai meno autorevole, e una decisione di tanto sensibile importanza per gli interessi della parte più meritevole di pronta tutela, non potrebbe essere modificata che dall'organo stesso, almeno in sede esecutiva. Laddove un controllo immediato sarebbe particolarmente richiesto, ivi mancherebbe ogni forma di controllo veramente efficace, a tal fine non potendo servire, come si crede di aver dimostrato, il sistema delle sanzioni predisposte contro l'inerzia dolosa, e non già contro l'errore, dell'ufficiale giudiziario.

Si consideri invece quanto più armonico e convincente si presenta l'ordinamento del processo di espropriazione sui beni mobili ove si consenta nelle nostre conclusioni: i provvedimenti ordinatori, che muovono e reggono quelli materiali, costituendo quasi il tessuto connettivo del processo di esecuzione, appaiono distribuiti secondo un criterio logico, non più casualmente, fra gli organi superiori e gli organi inferiori dell'ufficio esecutivo; e il provvedimento ordinatorio dell'usciera, contro il quale la parte abbia qualche doglianza da muovere, viene sottoposto al controllo del giudice di esecuzione: controllo immediato, avente la stessa estensione del primo esame, non maggiore nè minore, ed esercitato sempre *nell'ambito dello stesso processo di esecuzione* e con identico carattere.

In quanto ai provvedimenti materiali dell'usciera, la loro specifica natura ed il loro effetto fanno sì che che i rimedi giuridici contro di essi debbano riguardare una teoria affatto diversa,

ogni qualvolta la parte impugnò la loro giustizia o la loro legittimità in senso stretto; quando però l'impugnativa sia fondata su mere ragioni di convenienza (sostituzione di un bene pignorato con altri beni, riduzione di pignoramento eccessivo, estensione del pignoramento parziale a tutta una cosa economicamente indivisibile), seppure considerate dalla legge in modo tale da dar loro peso anche riguardo alla legittimità dell'atto, torna applicabile il principio del controllo immediato del pretore sul provvedimento dell'ufficiale giudiziario.

Ciò che si è voluto fare, insomma, e che forse si è riusciti a fare, è dimostrare che il controllo del provvedimento di esecuzione nelle forme del *gravame esecutivo*, anzichè in quelle del *giudizio esecutivo* (improprio), si presenta, nel sistema del nostro processo di espropriazione di beni mobili, molto più corretto e più conforme alla logica della legge, interpretata sistematicamente, di quel che la dottrina e la giurisprudenza non abbiano finora creduto; nella fiducia che, se i concetti esposti e difesi in questo studio trovino consenso presso gli scrittori e siano adottati come guida dai pratici nei frequenti e quasi quotidiani casi in cui si presterebbero a trovare applicazione, questa indagine, condotta con costante riguardo ai principî, possa presentare qualche utilità per il pratico funzionamento dei nostri istituti processuali. Il che varrebbe, oltre tutto, a difendere il legislatore del 1865 da alcune delle più severe censure che gli sono state rivolte fra quelle addotte a render più viva l'invocazione di una riforma del processo.

12. — I lavori per la riforma del processo civile italiano sono stati recentemente ripresi e, per quanto si sa, essi sono in buone mani.

È probabile, ed augurabile, che i progetti già predisposti e pubblicati nel dopoguerra, i quali rappresentano il contributo della migliore dottrina del processo, siano tenuti nella considerazione che meritano in questa nuova e presumibilmente definitiva elaborazione. Dovendo pertanto rivolgere la nostra attenzione anche ai problemi della riforma del processo esecutivo, sembra opportuno prender le mosse dal modo in cui il *rifiuto del pignoramento* trovasi regolato nei due progetti che contengono anche l'ordinamento di tale processo.

Il progetto CARNELUTTI prevede espressamente il rifiuto dell'esecuzione all'art. 497, il quale stabilisce:

“Se mancano le indicazioni e le prove previste dagli articoli precedenti (90) l'ufficio rifiuta di provvedere alla esecuzione.

A richiesta del creditore l'ufficio deve chiarire quali indicazioni o prove egli debba presentare affinché la esecuzione sia fatta e rilasciargli una dichiarazione scritta del rifiuto e dei suoi motivi „

Competente a pronunciare il rifiuto, del quale - come si vede - è opportunamente prescritta anche l'eventuale forma documentale (la *dichiarazione scritta* non è altro che la documentazione del *provvedimento di diniego motivato*; retro, nn. 5 e 6), è certamente il capo dell'ufficio esecutivo, che è anche quegli che, nel caso inverso, pronuncia l'ordine di esecuzione (art. 503).

Non è previsto invece alcun gravame contro il rifiuto; ma questo punto viene integrato nel progetto della Sottocommissione MORTARA (ignoriamo per merito di quale commissario), ove all'art. 480, che è del tutto conforme all'art. 497 del progetto CARNELUTTI, segue la disposizione seguente:

“Contro il rifiuto della esecuzione il creditore può proporre reclamo al tribunale, dal quale dipende l'ufficio esecutivo.

Il reclamo si propone nella forma stabilita per la richiesta di esecuzione e su di esso il tribunale provvede con ordinanza.

Se il tribunale riconosce il diritto del creditore alla esecuzione l'ufficio esecutivo provvede giusta l'articolo seguente [ordinando la convocazione preliminare del creditore e del debitore, ecc.] „ (Art. 481).

Queste disposizioni, che prendono in considerazione espressamente, per la prima volta nel diritto italiano, il rifiuto dell'esecuzione ed i rimedi contro di esso, da un punto di vista che la nostra precedente indagine dimostra assolutamente corretto, appaiono degne di lode; esse presentano qualche affinità con quelle della legge federale svizzera sulla esecuzione e sul fallimento, di cui si

(90) Vale a dire se mancano le indicazioni necessarie per identificare il debitore e i beni sui quali cade l'esecuzione (art. 494); il modo o i modi per la esecuzione che il creditore preferisce, se la legge consente più di un modo (art. 495, primo comma); il titolo esecutivo e le altre prove, da cui risulta il diritto del creditore alla esecuzione sui beni indicati; altre prove e altre indicazioni in casi particolari (art. 496). Aggiungerei naturalmente l'ipotesi che l'ufficio non si ritenga competente (art. 440 e ss.) o che rilevi un difetto di legittimazione al processo esecutivo (art. 429).

è data notizia (91), con in più il pregio di porre in chiara luce il carattere giurisdizionale degli organi chiamati a provvedere.

Tuttavia esse sembrano anche suscettibili di qualche perfezionamento. Anzitutto è da rilevare che la formula del citato art. 481 prog. Sottocomm. “ *tribunale, dal quale dipende l'ufficio esecutivo* „, non è sufficientemente chiara nella identificazione dell'organo competente sul gravame. Probabilmente, nonostante la differenza dei termini usati, essa vuol designare *il tribunale, a cui l'ufficio esecutivo è addetto*, che è anche l'organo competente per l'appello contro le sentenze pronunziate dal capo dell'ufficio esecutivo (art. 663): organo che è, a seconda dei casi, il tribunale o la pretura (cfr. articolo 423 e la norma proposta a modificazione della legge sull'ordinamento giudiziario, in nota ivi). Ma non si potrebbe escludere in modo assoluto che essa intenda invece indicare, per esempio, *il tribunale* (in senso stretto, giudice collegiale), *nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio* (cfr. art. 650, e anche altre disposizioni). Talvolta infatti il progetto prevede il reclamo all'organo giudicante dello stesso grado dell'ufficio esecutivo (pretura o tribunale) talaltra all'organo giudicante collegiale (tribunale di circondario) anche se il reclamo è proposto contro un atto dell'ufficio esecutivo della pretura.

Non occorre mettere in rilievo la necessità di chiarire simile punto: non solo agli effetti pratici, per evitare le discussioni, sempre odiose e pericolose, sulla questione di competenza, ma anche ai fini teorici, perchè, essendo indubbiamente il reclamo previsto dall'art. 481 un *gravame esecutivo*, il giudice competente per il gravame, chiamato a pronunziare un provvedimento meramente esecutivo, verrebbe automaticamente a classificarsi nel quadro degli *organi esecutivi*, sia pure, per dir così, *di secondo grado*; donde l'opportunità di riflettere bene, prima di presceglierlo, sulla convenienza politico-legislativa di far coincidere nuovamente quelli che i progetti giustamente hanno curato in sommo grado di distinguere: *ufficio esecutivo* e *giudice*, a rischio che la pratica, sempre proclive a volgere al peggio le meno risolte distinzioni della legge, torni a confondere senza rimedio processo esecutivo e giudizio (di cognizione ai fini del processo) esecutivo, controllo di convenienza e di legittimità e controllo di merito.

(91) Retro, nota 53.

Se si ritiene che l'attribuzione del potere di ordinare o rifiutare l'esecuzione al capo dell'ufficio esecutivo (che presenta - dal lato della scelta, della coltura e della posizione - le garanzie di un giudice) non costituisca una cautela sufficiente per il creditore, e che sia pertanto opportuno un controllo sui suoi provvedimenti, non si dimentichi che questo controllo deve essere correttamente organizzato e costruito nelle forme del *gravame esecutivo*, e deve essere quindi affidato ad un ulteriore *ufficio esecutivo*. Ciò non esclude che lo si possa attribuire a dei magistrati, competenti anche a decidere controversie di merito nei processi di cognizione; ma esige che, se così avvenga, si chiarisca nel modo più indiscutibile, contro il pericolo di degenerazioni nella pratica, che l'organo di gravame non può eccedere i limiti già prefissi all'esame dell'ufficio esecutivo, non può, in particolar modo, decidere indifferentemente sul diritto materiale del creditore.

Altrimenti si fornirebbe nuova esca a dispute lunghe, dispendiose e deplorevoli; e tanto varrebbe lasciare immutato il sistema vigente, che, se la nostra fatica non è stata del tutto vana, presenta pure, tutto sommato, delle insospettate risorse.

NICOLA JAEGER