

STUDI

IN ONORE DI

ENRICO REDENTI

NEL XL ANNO DEL SUO INSEGNAMENTO

VOLUME PRIMO



MILANO
DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE

1951



EDOARDO GARBAGNATI

Prof. ord. dell'Università cattolica del Sacro Cuore

PRECLUSIONE "PRO IUDICATO",
E TITOLO INGIUNTIVO

SOMMARIO: 1. La preclusione *pro iudicato* nel pensiero del Redenti. — 2. Preclusione *pro iudicato* ed esecuzione forzata. — 3. Preclusione *pro iudicato* e decreto di ingiunzione. — 4. Processo d'ingiunzione e titolo ingiuntivo: teoria del Carnelutti. — 5. Conclusioni sulla natura del processo d'ingiunzione.

I. — La preclusione *pro iudicato* costituisce, nel pensiero dell'illustre Maestro cui questo saggio è dedicato, un « fenomeno collaterale ed affine al giudicato propriamente detto, e che merita di essere separatamente considerato » (1). Vi sono infatti, egli osserva, dei casi, in cui al giudice è concesso emanare un provvedimento sull'azione esercitata dinanzi ad esso, senza emettere alcun accertamento propriamente detto; e nei quali si può produrre nondimeno un risultato pratico simile a quello che si verificherebbe, se il provvedimento stesso avesse autorità di cosa giudicata. Così, se un creditore agisce esecutivamente in base ad un titolo esecutivo stragiudiziale e l'esecuzione giunge al suo termine, senza che il debitore abbia sollevato opposizione, rimane senz'altro preclusa l'azione che, ad esecuzione compiuta, il debitore volesse eventualmente esercitare per il recupero di quanto il creditore abbia conseguito in via coattiva, ancorchè l'esecuzione non si sia effettuata sulla base di un accertamento giurisdizionale del credito dell'esecutante (2). Parimenti, quando non si sia proposta tempestivamente opposizione contro un decreto d'ingiunzione, il decreto non acquista autorità di cosa giudicata, mancando un vero e proprio accertamento completo ed esauriente; si verifica però una preclusione con effetti analoghi al giudicato, in quanto il debitore ingiunto non può insorgere contro il creditore, opponendosi all'esecuzione forzata da esso promossa in base al decreto, ovvero esercitando la *condictio indebiti*, quando abbia pagato o subito l'esecuzione (3).

(1) REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*², Milano, 1938, n. 83, p. 135.

(2) *Op. cit.*, n. 83, p. 136; cfr. pure *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1947, n. 15, p. 42.

(3) *Profili*, cit., loc. ult. cit.; *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1949, n. 187, p. 189.

L'analogia con la cosa giudicata non supera però, secondo il Redenti, il limite, segnato dalla protezione di quanto il creditore abbia conseguito o possa conseguire, in virtù dell'esecuzione compiuta o del decreto d'ingiunzione non opposto. Quindi, ad es., se il creditore agisse una seconda volta in via esecutiva per il residuo del suo preteso credito, il debitore potrebbe opporgli, limitatamente a tale residuo, che il debito non sussisteva e non sussiste; quindi, ancora, se un decreto d'ingiunzione non opposto sia stato emesso per il pagamento di un rateo di prezzo, o di canone, o d'interessi, non potrebbe il creditore invocare successivamente il giudicato implicito sulla validità del contratto, o sul debito di altri ratei (4).

2. — La concezione è, indubbiamente, molto suggestiva; ma non può, a mio sommo giudizio, essere accolta.

Ed in primo luogo, non mi pare che, nel silenzio della nostra legge, sia lecito ritenere che il semplice fatto del compimento dell'esecuzione, senza che l'esecutato si sia opposto, sia produttivo di effetti giuridici analoghi a quelli di una sentenza formalmente passata in cosa giudicata, contenente l'accertamento positivo del diritto del creditore esecutante; non credo cioè, in particolare, che all'esecutato, il quale dopo la chiusura del processo di esecuzione svoltosi a suo carico, in base ad un titolo esecutivo stragiudiziale, sia in grado di provare l'inesistenza del credito dell'esecutante, sia precluso, per effetto della sua precedente inerzia, l'esercizio di un'azione tendente alla restituzione della somma di denaro conseguita in via coattiva dal preteso creditore (5).

È vero, infatti, che in virtù del principio dell'autonomia dell'azione esecutiva (6), una volta che il diritto fatto valere esecutivamente sia consacrato da un titolo esecutivo, anche stragiudiziale, il subietto indicato come creditore nel titolo stesso ha il potere giuridico di provocare dall'organo giurisdizionale l'attuazione della sanzione esecutiva a carico del preteso debitore, indipendentemente dalla reale esistenza del credito risultante dal titolo; ma è ugualmente vero, che un eventuale contrasto, sul terreno dell'esecuzione forzata, fra

(4) *Op. et loc. ult. cit.*

(5) Così invece REDENTI, *Profili*, cit., loc. cit.; CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*³, I, Roma, 1942, n. 85, p. 87. In senso contrario: LIBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*², Roma, 1936, n. 140, p. 245.

(6) Sul quale cfr. GARBAGNATI, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, p. 123 ss., e bibliografia ivi citata.

diritto sostanziale e diritto processuale, deve in definitiva risolversi con la prevalenza del primo sul secondo. A ciò è diretta appunto l'opposizione (c. d. di merito) dell'esecutato, che ha per scopo di eliminare, attraverso l'accertamento negativo del credito dell'esecutante, l'efficacia del titolo esecutivo, estinguendo così l'azione esecutiva ed impedendo correlativamente l'attuazione della sanzione esecutiva, oggetto della domanda dell'esecutante.

Orbene: anche se il credito, fatto valere processualmente, in realtà non esista, l'espropriazione promossa da un subietto in possesso di un titolo esecutivo stragiudiziale è nondimeno processualmente valida, all'azione esecutiva del preteso creditore corrispondendo il potere dell'organo giurisdizionale di assoggettare il preteso debitore alla sanzione esecutiva. Si comprende quindi come, terminato il processo di espropriazione, i provvedimenti in esso emanati non siano più suscettibili d'impugnazione; nè vi è difficoltà ad ammettere, che l'opposizione all'esecuzione rimanga con ciò definitivamente esclusa, perchè priva ormai di scopo, non potendo con essa l'esecutato invalidare *ex post* i provvedimenti legittimamente emanati nei suoi confronti, sulla base del titolo esecutivo, dall'organo giurisdizionale. Ma altro è negare l'ammissibilità di un'opposizione all'esecuzione, dopo la chiusura del processo esecutivo, altro è sostenere che, compiuta l'esecuzione, non vi sia più rimedio alcuno contro l'eventuale ingiustizia sostanziale dell'esecuzione stessa: e che, in ispecie, sia preclusa un'azione dell'esecutato, diretta a ripetere dall'esecutante la somma ad esso assegnata, quale ricavo dell'espropriazione, dall'organo giurisdizionale, previo accertamento dell'inesistenza del suo diritto di credito e della conseguente illegittimità sostanziale dell'espropriazione. A quest'ultima opinione non è, invero, logicamente possibile aderire, se non a costo di ritenere che la mancanza di una tempestiva opposizione dell'esecutato abbia la virtù di sanare *ex post*, e con efficacia retroattiva, l'originaria illegittimità sostanziale della esecuzione: di guisa che il semplice fatto del compimento di un'esecuzione ingiusta sarebbe sufficiente per cancellarne definitivamente l'ingiustizia!

Ognuno può misurare la gravità di questa conclusione: a sostegno della quale, non mi sembra esatto richiamarsi a quelle medesime esigenze di certezza, che stanno a fondamento dell'istituto della cosa giudicata (7). Nel processo di cognizione è infatti chiaro che, se non si vogliono rendere le liti *paene immortales*, il bisogno di certezza

(7) Come fa il CARNELUTTI, *op. et loc. cit.*

deve ad un determinato momento avere il sopravvento sul bisogno di giustizia, pel cui pieno soddisfacimento dovrebbe, teoricamente, rimanere sempre aperta la possibilità di un controllo della decisione del giudice; ecco quindi che il legislatore stabilisce che, ad un certo punto, la sentenza contenente l'accertamento dell'esistenza od inesistenza di un rapporto giuridico litigioso non sia soggetta ad impugnazione, se non in via meramente eccezionale: ed attribuisce alla sentenza stessa, divenuta così immutabile, l'autorità di cosa giudicata sostanziale, per cui essa « fa stato ad ogni effetto tra le parti » (come, con espressione non troppo felice, dispone l'art. 2909 c. c.). Ma nel processo di esecuzione forzata, l'organo giurisdizionale non svolge, neppur sommariamente, una funzione di accertamento del diritto fatto valere processualmente, limitandosi ad attuare la sanzione esecutiva invocata a proprio favore dall'esecutante: pertanto, se questi abbia agito in virtù di un titolo esecutivo stragiudiziale, per quale motivo le esigenze di giustizia dovrebbero essere sacrificate al punto, da impedire che, sorgendo *successivamente* una lite intorno all'effettiva esistenza del rapporto giuridico consacrato dal titolo, l'organo giurisdizionale possa essere chiamato ad accertare, con autorità di giudicato, l'esistenza od inesistenza del rapporto stesso, negandosi così al soggetto interessato quel potere di ottenere in merito ad esso una decisione giurisdizionale, che non si dubita gli spettasse fino ad un attimo prima della chiusura del processo di esecuzione? Non certo per una presunta acquiescenza dell'esecutato al risultato dell'espropriazione a suo carico: poichè la sua inerzia potrebbe essere puramente determinata dalla mancata tempestiva conoscenza dell'esecuzione in corso, o dall'impossibilità di procurarsi prima del compimento dell'esecuzione le prove dell'inesistenza del credito dell'esecutante, ovvero dal fatto che egli avesse temporaneamente smarrita la ricevuta del pagamento, o la prova scritta della simulazione, e così via. Nè si obietti, che analoghe ragioni possono eventualmente causare la contumacia del convenuto nel processo di cognizione, senza che sia esclusa per ciò la formazione, nei suoi confronti, della cosa giudicata: sia perchè il contumace è, almeno parzialmente, tutelato dalla norma dell'art. 327, cpv., c.p.c.; sia perchè anche nel processo contumaciale trovano piena applicazione le regole sull'onere della prova: per cui una sentenza di condanna del convenuto contumace può essere pronunciata, soltanto ove l'attore abbia fornito al giudice la prova dei fatti costitutivi del suo diritto, e senza che tale prova possa puramente desumersi dal fatto della mancata comparizione del convenuto.

D'altronde, nel silenzio del legislatore, è assurdo pensare che esso

abbia inteso attribuire al risultato del processo esecutivo promosso da un creditore in possesso di un titolo esecutivo stragiudiziale una stabilità maggiore di quella, riconosciuta al risultato dell'esecuzione compiuta ad istanza di un creditore munito di sentenza passata in giudicato. Ora, non par dubbio che, dopo l'esecuzione di una sentenza avente efficacia di cosa giudicata, la sentenza stessa possa ancora impugnarsi per revocazione, a stregua dell'art. 395, nn. 1, 2, 3 e 6, c.p.c.: e che, ove ne sia pronunciata la revocazione, l'esecutante sia obbligato, a norma dell'art. 402, comma 2°, c.p.c., a restituire quanto abbia conseguito in virtù della sentenza revocata. Come escludere, perciò, che quando dopo la chiusura del processo di espropriazione svoltosi, ad es., in base ad una cambiale, l'esecutato ritrovi una scrittura privata, di cui non aveva potuto disporre prima per causa di forza maggiore, e che dia la prova dell'inesistenza del suo debito, egli sia legittimato, pur non essendosi opposto prima all'esecuzione, ad agire contro l'esecutante, chiedendo la restituzione della somma da esso ingiustamente conseguita, col far valere un credito in realtà inesistente?

Eppure, a tanto si dovrebbe inevitabilmente arrivare, se si negasse in linea di principio alla persona, che abbia subito un'esecuzione fondata sopra una cambiale, una *condictio indebiti* (o comunque, un'azione d'ingiustificato arricchimento) nei confronti del preteso creditore, non potendo certo argomentarsi in contrario, per analogia, dall'art. 402 c. p. c., che presuppone un'impugnazione per revocazione, qui certamente non ipotizzabile. Sicchè non si sfugge al dilemma: o ritenere in linea più generale, che nel processo eventualmente promosso dall'esecutato contro l'esecutante, per la restituzione di quanto questi abbia ottenuto in via coattiva in virtù di un titolo esecutivo stragiudiziale, non sia precluso l'accertamento giurisdizionale dell'inesistenza del diritto consacrato dal titolo; oppure concludere che il risultato di un'esecuzione ingiusta condotta in base a cambiale, od altro titolo stragiudiziale, non possa essere modificato, neppure in quei casi nei quali il legislatore eccezionalmente riconosca all'esecutato il potere di eliminare gli effetti della sanzione esecutiva attuata a suo carico in base ad una sentenza passata in giudicato e di ottenere così dal preteso creditore la restituzione di quanto egli abbia ingiustamente conseguito.

Di più: chi ha eseguito volontariamente un pagamento non dovuto ha il diritto di ripetere ciò che ha pagato, ignorando di non essere debitore (art. 2033 c.c.). Perchè, allora, un identico diritto non dovrebbe *a fortiori* riconoscersi all'esecutato nei confronti del

creditore che abbia realizzato coattivamente il suo credito mediante l'espropriazione dei beni del preteso debitore? È infatti incontestabile, che il difetto di una tempestiva opposizione all'esecuzione potrebbe essere esclusivamente determinato dal fatto, che l'esecutato erroneamente credesse di essere obbligato, pur essendo sprovvisto della somma di denaro necessaria per evitare l'esecuzione mediante l'adempimento dell'obbligo!

In ultima analisi, quindi, poichè manca nel nostro ordinamento giuridico (è bene non dimenticarlo) una norma che neghi espressamente alla persona che abbia subito, senza opporsi, un'esecuzione forzata, un'azione per la restituzione, da parte dell'esecutante, di quanto questi abbia ingiustamente conseguito attraverso il processo esecutivo, non pare che l'azione stessa possa ritenersi esclusa, se non nel caso in cui il diritto realizzato esecutivamente sia stato giurisdizionalmente accertato con autorità di cosa giudicata.

Comunque, non mi sembra esatto, sulla base dell'opposta opinione, fare ricorso al concetto di preclusione, per inquadrare sistematicamente la pretesa impossibilità dell'esecutato di agire contro l'esecutante per la restituzione di quanto questi abbia coattivamente conseguito, in virtù di un titolo esecutivo stragiudiziale. Se si aderisce infatti all'insegnamento del Chiovenda, secondo cui la preclusione opera esclusivamente nell'interno del processo, nel quale essa si verifica (8), si potrà tutt'al più qualificare come un fenomeno di preclusione l'immutabilità dei provvedimenti giurisdizionali esecutivi, conseguente all'estinzione dell'azione di opposizione all'esecuzione, che l'esecutato abbia ommesso di esercitare prima della chiusura del processo di esecuzione forzata; ma non è lecito estendere la sfera di efficacia di cotesta preclusione dal processo di esecuzione, ormai chiuso, al processo di cognizione, che l'esecutato avesse successivamente a promuovere, senza effettuare una commistione fra il concetto di preclusione ed il concetto di cosa giudicata (9), che non può giovare alla reciproca chiarezza dei due concetti.

Di più, l'essenza della preclusione sta nell'estinzione di un po-

(8) CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*², I, Napoli, 1935, n. 117, p. 43, e *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, p. 3 ss., in particolare pp. 38, 45. Cfr. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*², Roma, 1936, n. 180, p. 586; ANDRIOLI, voce *Preclusione*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. X.

(9) La commistione risulta chiaramente dalla stessa espressione: *preclusione pro iudicato*.

tere processuale della parte (10); nel caso in esame, ci si troverebbe invece sicuramente di fronte ad un fenomeno di diritto sostanziale: e cioè, non tanto ad una estinzione del diritto dell'esecutato alla ripetizione dell'indebito, che non può evidentemente sorgere prima che l'esecuzione sia compiuta, quanto ad una presunzione *iuris et de iure* dell'esistenza del diritto di credito dell'esecutante, scaturente dal semplice fatto del compimento dell'esecuzione, senza opposizione alcuna da parte dell'esecutato.

3. — Esclusa dunque l'applicabilità del concetto di « preclusione pro iudicato » all'esecuzione forzata compiuta in virtù di un titolo esecutivo stragiudiziale, resta da vedere se esso sia utile, per chiarire l'efficacia del decreto d'ingiunzione, contro il quale non sia stata proposta tempestivamente opposizione dal debitore ingiunto.

È noto come tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza sia nettamente prevalente l'opinione, secondo cui il decreto d'ingiunzione non opposto acquista autorità di cosa giudicata sostanziale (11): opinione che, a mio giudizio, trae particolarmente conforto dall'art. 656 c.p.c., poichè, se il decreto d'ingiunzione non fosse idoneo a produrre la cosa giudicata, non potrebbe mai verificarsi quella contraddittorietà di giudicati, che il legislatore tende invece sicuramente ad impedire, col concedere la revocazione del decreto ingiuntivo non opposto, per il motivo indicato nell'art. 395, n. 5, c.p.c.

Che cosa osserva in contrario il Redenti? Anzitutto, questo: che la lettera e lo spirito dell'art. 2909 c.c. escludono che la « enunciazione-motivazione » contenuta nel decreto d'ingiunzione sia suscettibile di acquistare efficacia di cosa giudicata in senso sostanziale, perchè per l'art. 2909 può « fare stato » soltanto l'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato (12).

Debbo esprimere il mio sommesso dissenso dal pensiero dell'ingegnere Maestro. L'art. 2909 c.c. non poteva, infatti, non tenere presente che, di regola, i provvedimenti giurisdizionali dichiarativi sono pronunciati in forma di sentenza; appunto perciò, è eccessivo supporre che il legislatore abbia voluto implicitamente escludere che il provvedimento giurisdizionale di accertamento di un rapporto giuridico

(10) CHIOVENDA, *Istituzioni*², cit., II, Napoli, 1936, n. 354, p. 179. Cfr. BETTI, *op. cit.*, n. 13, p. 59; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*⁴, I, Milano, 1946, p. 396.

(11) Cfr. gli autori e le sentenze da me citate in: *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*², Milano, 1949, n. 2, pp. 10-11.

(12) *Dir. proc. civ.*, cit., II, n. 187, p. 189.

litigioso, eccezionalmente emesso, nei casi previsti da norme particolari, in forma di ordinanza o di decreto, possa acquistare ugualmente autorità di cosa giudicata sostanziale.

Nè il decreto d'ingiunzione fornisce l'unico esempio di provvedimenti sostanzialmente decisori che, pur non essendo pronunziati in forma di sentenza, sono tuttavia idonei a produrre la cosa giudicata (13); a prescindere invero dall'ordinanza di convalida della licenza o sfratto per finita locazione o per morosità (14), esistono al riguardo parecchi altri casi: dall'ordinanza della corte di appello che dà esecuzione alle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale, a norma dell'art. 17, comma 2°, l. 27 maggio 1929, n. 847 (15), all'ordinanza che, in base agli artt. 25 e 30 l. 13 giugno 1942, n. 794, decida una controversia fra cliente e difensore in materia di onorari (16); dall'ordinanza della corte di appello, di cui all'art. 6, comma 3°, d. l. lt. 5 ottobre 1944, n. 249 (17), all'ordinanza che disponga la divisione chiudendo, in mancanza di contestazione sul diritto a dividere, il processo divisorio (18).

Non mi sembra, poi, che la necessità di un'interpretazione restrittiva dell'art. 2909 c.c. discenda dal fatto, che soltanto la pronunzia di una sentenza è preceduta da una cognizione regolare, con

(13) Nel senso che anche un'ordinanza od un decreto possano produrre la cosa giudicata, cfr. in generale CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 78, p. 916.

(14) Il REDENTI (*Dir. proc. civ.*, cit., II, n. 191, pp. 203-204) afferma che qui è ancor meno pensabile una autorità di cosa giudicata sostanziale. Per una dimostrazione in senso contrario, cfr. però il mio lavoro: *I procedimenti d'ingiunzione e sfratto*, cit., n. 3, p. 15 ss., n. 42, p. 112 ss. Riconoscono ora efficacia di cosa giudicata all'ordinanza di convalida, non più soggetta ad opposizione ex art. 668 c. p. c., anche lo ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 1948, pp. 30, 32, ed il PAVANINI, *Il litisconsorzio nei giudizi divisorii*, Padova, 1948, p. 121.

(15) Cfr. per tutti GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Milano, 1937, n. 52, p. 162 ss., e bibliografia ivi citata.

(16) Il SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova 1948, p. 119, rileva giustamente che tali ordinanze «hanno il contenuto di sentenze»; e la Corte Suprema ne ha ammesso l'impugnazione mediante ricorso per cassazione (Cass., [25 gennaio 1949, n. 98, in *Mass. Foro it.*, 1949, c. 21).

(17) Che la Corte di cassazione ha definito sostanzialmente sentenza, dichiarandola impugnabile con ricorso per cassazione: Cass., 13 agosto 1947, n. 1517, in *Mass. Foro it.*, 1947, c. 338.

(18) Almeno, secondo l'opinione difesa dall'ALLORIO (*Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 501) e criticata, da ultimo, dal PAVANINI (*op. cit.*, n. 15, p. 117 ss.).

tutte le garanzie del procedimento ordinario in contraddittorio (19). Non il contraddittorio effettivo, ma la provocazione a contraddire ad una domanda giudiziale è necessaria e sufficiente, perchè il provvedimento giurisdizionale che ha deciso in merito alla domanda stessa possa acquistare autorità di cosa giudicata: se così non fosse, non si comprenderebbe perchè passi in giudicato anche la sentenza contumaciale. E la provocazione al contraddittorio non manca rispetto al decreto d'ingiunzione, che non acquista efficacia di giudicato, se non in quanto sia stato regolarmente notificato al debitore ingiunto, ed il debitore non abbia dato vita, con la sua opposizione, ad un ordinario processo di cognizione; si spiega così, come gli artt. 27 e 28 c.p.p. espressamente riconoscano «autorità di cosa giudicata», in sede civile, al decreto di condanna penale pronunziato a norma dell'art. 506 c. p. p., nonostante la mancanza di un previo contraddittorio dell'imputato: mentre vi sarebbe altrimenti un'insanabile antinomia fra i predetti articoli e l'art. 2909 c.c.

D'altro lato, una volta che si riconosca che il debitore ingiunto, che non abbia proposto tempestivamente opposizione al decreto, non può più opporsi all'esecuzione forzata promossa contro di lui in base al decreto stesso, e tanto meno esercitare, ad esecuzione compiuta, un'azione di ripetizione d'indebito (20), come differenziare gli effetti del decreto d'ingiunzione non opposto da quelli di una sentenza di condanna, passata in giudicato? Dice il Redenti, che dal decreto d'ingiunzione non possono ricavarsi «degli accertamenti incidentali, nè l'assorbimento di eccezioni ancora opponibili ad altre eventuali domande successive» (21); ma a ben osservare, mi sembra che anche sotto questo profilo il decreto d'ingiunzione si trovi sul medesimo piano della sentenza di condanna di un convenuto contumace. Invero, l'accertamento incidentale è normalmente effetto di una esplicita domanda della parte convenuta; domanda che, data la struttura del procedimento d'ingiunzione, non può essere proposta dal debitore ingiunto prima della pronunzia del decreto: ma che non è parimenti pensabile, in caso di contumacia del convenuto, in un ordinario processo di cognizione (22). Quanto ai casi di accertamento incidentale imposto dalla legge, ed in particolare all'ipotesi in cui

(19) Così REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., II, n. 187, p. 189.

(20) Cfr. GARBAGNATI, *op. ult. cit.*, n. 2, p. 12. In ugual senso: REDENTI, *op. et loc. ult. cit.*

(21) *Op. et loc. ult. cit.*

(22) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, n. 126, p. 365.

sia dedotta in giudizio una obbligazione rateale, è bensì vero che il decreto che ingiunga il pagamento di un rateo di prezzo o di canone non forma cosa giudicata sull'intero rapporto; ma soltanto perchè, come è dato argomentare dall'art. 12, comma 1°, c.p.c., non si dà un accertamento incidentale in merito all'intero rapporto, se non laddove esso abbia formato oggetto di contestazione da parte del convenuto (23): contestazione, che non può trovar luogo nella prima fase del procedimento d'ingiunzione, ma che manca ugualmente nel processo contumaciale. Non rimane, allora, che l'ipotesi in cui la stessa parte attrice, nella sua domanda, abbia esposto che il convenuto per il pagamento di un'obbligazione rateale ha contestato stragiudizialmente l'esistenza dell'intero rapporto: ma, o si nega che la legge ne imponga qui l'accertamento incidentale, indipendentemente da una contestazione giudiziale del convenuto (24); ovvero, se si accoglie l'opinione contraria (25), occorre ammettere, a mio avviso, che nella domanda attrice sia implicitamente racchiusa una domanda di accertamento, con efficacia di cosa giudicata, dell'esistenza dell'intero rapporto, e che il c. d. giudicato implicito sia quindi il risultato della pronuncia in merito ad una domanda dell'attore, distinta dalla domanda avente per oggetto la condanna al pagamento di un rateo di prezzo o di canone. Dato e non concesso, perciò, che il decreto ingiuntivo non estenda la sua efficacia di accertamento oltre il rateo di prezzo o di canone oggetto dell'ingiunzione, anche quando il creditore abbia dato atto nel suo ricorso di una contestazione in merito all'intero rapporto, non se ne deve trarre la conclusione che esso non produca cosa giudicata in merito al diritto del ricorrente alla singola rata, ma si deve semplicemente riconoscere che, data la struttura del relativo procedimento, il decreto d'ingiunzione, a differenza da una sentenza pronunciata in un ordinario processo di cognizione, non può contenere, accanto ad un provvedimento giurisdizionale di condanna, un provvedimento di mero accertamento (incidentale).

Da ultimo: il fondamento della preclusione *pro iudicato*, cui darebbe luogo il decreto d'ingiunzione non opposto, sarebbe costituito, secondo il Redenti, dalla «duplice ma significativa circostanza, che

(23) Secondo l'ANDRIOLI (*Commento al codice di procedura civile*², I, Napoli, 1943, p. 65), occorrerebbe anzi, al riguardo, non una mera contestazione, ma una esplicita domanda del convenuto.

(24) Nel qual senso, cfr. ANDRIOLI, *op. et loc. ult. cit.*

(25) Alla quale sembra incline il REDENTI, secondo cui il valore della causa, ai fini della competenza, si desume in questo caso dal valore di tutto il rapporto (*Dir. proc. civ.*, cit., II, n. 185, p. 180, e n. 187, p. 189).

il giudice *inaudita altera parte* abbia ritenuto attendibile il ricorso, e che l'altra parte poi non sia insorta con l'opposizione, quando avrebbe potuto farlo»; in particolare, il fatto della non opposizione assumerebbe «*quodammodo* il valore legale di una acquiescenza», precludendo così, «automaticamente ogni possibilità di disputa ulteriore» (26).

Senonchè, se si paragona una volta di più il decreto d'ingiunzione alla sentenza contumaciale, ci si convincerà che il difetto di una tempestiva opposizione da parte dell'intimato non ha valore di acquiescenza, così come non costituisce acquiescenza la semplice inerzia del soccombente, che lasci scadere il termine per l'impugnazione di una sentenza, senza averla impugnata; e che, come la cosa giudicata sostanziale, pur avendo per presupposto la cosa giudicata formale, non è effetto di una acquiescenza del soccombente, ma del provvedimento giurisdizionale dichiarativo contenuto nella sentenza, rispetto alla quale siano preclusi i mezzi d'impugnazione, di cui all'art. 324 c.p.c., così l'incontrovertibilità del rapporto giuridico obbligatorio consacrato dal decreto d'ingiunzione è una conseguenza giuridica, non del fatto della mancanza di opposizione al decreto (e quindi, in certo modo, della volontà dell'intimato), bensì del provvedimento giurisdizionale contenuto nel decreto stesso, la cui efficacia di accertamento è subordinata alla preclusione dell'opposizione del debitore ingiunto: che si profila appunto come un mezzo d'impugnazione del decreto ingiuntivo (27).

4. — In realtà, l'opinione del Redenti mi sembra viziata in partenza dalla sua concezione del procedimento d'ingiunzione, quale surrogato del processo ordinario di cognizione, il cui «scopo *in spe* è di arrivare alla formazione di un titolo esecutivo... eliminando (se ci riesce) la necessità della cognizione con uno spediente processuale d'altro ordine» (28). Sotto questo profilo, il suo pensiero s'avvicina notevolmente a quello di un altro insigne Maestro, Francesco Carnelutti: il quale, pur riconoscendo al decreto d'ingiunzione non opposto l'efficacia della cosa giudicata materiale (29), afferma nondimeno che il processo d'ingiunzione differisce, nella funzione, tanto dal processo di cognizione, quanto dal processo di esecuzione forzata, costituendo un *tertium genus* di processo, avente per scopo la

(26) *Dir. proc. civ.*, cit., II, n. 183, p. 180, e n. 187, p. 189.

(27) Sulla natura giuridica dell'opposizione al decreto d'ingiunzione, quale mezzo d'impugnazione, cfr. GARBAGNATI, *op. ult. cit.*, n. 18 ss., e bibliografia citata.

(28) *Op. ult. cit.*, n. 185, pp. 178-79.

(29) *Istituzioni*, cit., I, n. 87, p. 88.

formazione di un titolo esecutivo per la composizione di una lite da pretesa insoddisfatta (30). Contenuto del decreto ingiuntivo è, secondo il Carnelutti, la « ingiunzione esecutiva », e cioè un provvedimento che, a differenza dalla decisione contenuta nella sentenza, « non è un giudizio imperativo ma puramente un comando », che « obbliga malgrado che il giudice si riservi di giudicare, in certe eventualità, se sia o no conforme a verità »; ai fini della pronunzia dell'ingiunzione esecutiva, il giudice non conoscerebbe in merito al diritto fatto valere dal ricorrente, ma si limiterebbe a controllare il possesso, da parte del medesimo, di un « titolo ingiuntivo »: documento che, col titolo di credito e col titolo esecutivo, concorrerebbe a formare la più ampia categoria del « titolo legale » (31).

Vien fatto di rilevare anzitutto, che una volta ammesso, col Carnelutti, che il decreto d'ingiunzione non impugnato possieda efficacia di cosa giudicata, è difficile comprendere in qual modo si possa coerentemente negare che il procedimento d'ingiunzione rientri, dal punto di vista della sua funzione, fra i processi di cognizione. Ma soprattutto (e qui l'obiezione si rivolge anche contro il Redenti), non bisogna dimenticare che dall'art. 642 c.p.c. espressamente risulta, che la pronunzia del decreto d'ingiunzione può essere chiesta ed ottenuta anche da un subietto, già munito di titolo esecutivo: come giustificare logicamente, in questa ipotesi, l'interesse ad agire del ricorrente, se il processo d'ingiunzione avesse esclusivamente per scopo di procurare rapidamente un titolo esecutivo, agevolando così l'esecuzione forzata?

D'altro lato, io non credo che nel processo d'ingiunzione il giudice non abbia quel potere e dovere di valutare giuridicamente i fatti costitutivi del diritto fatto valere processualmente, di cui è investito nel processo di cognizione; e che non svolga, quindi, una funzione di accertamento.

Afferma in contrario il Carnelutti, che la « prova scritta », di cui parla l'art. 633 c. p. c., ha la funzione specifica del titolo legale (32), in quanto fornisce al giudice una conoscenza integrale della conformità al diritto della pretesa del ricorrente; in altri termini, i documenti scritti, indicati nell'art. 633 ss. c. p. c., sarebbero dotati di particolare efficacia, nel senso che il giudice dovrebbe desumerne senz'altro l'esistenza della situazione giuridica corrispondente alla pretesa del ricor-

(30) *Istituzioni*, cit., I, n. 41, e II, n. 857, p. 705.

(31) *Istituzioni*, cit., I, n. 86, p. 87, e n. 178, p. 167.

(32) *Istituzioni*, cit., I, n. 178 ss., p. 167 ss.

rente, ai fini dell'emissione del decreto d'ingiunzione. Essi formerebbero perciò la categoria del « titolo ingiuntivo », e cioè quella specie di titolo legale, che servirebbe col titolo esecutivo non all'accertamento, ma all'attuazione di una situazione giuridica; con questa differenza, che mentre il titolo esecutivo apre direttamente la strada all'attuazione di una pretesa, il titolo ingiuntivo perseguirebbe il medesimo scopo indirettamente, servendo al suo possessore per ottenere un titolo esecutivo: donde la qualifica di « titolo esecutivo indiretto ».

Non posso, naturalmente, soffermarmi in questa sede sul concetto di titolo legale, nè entrare in discussione sul punto, se anche gli effetti giuridici di un fatto possano essere oggetto di prova integrale (33); intendo però sottolineare la profonda differenza funzionale che intercorre, a mio avviso, fra il titolo esecutivo ed il c.d. titolo ingiuntivo.

In primo luogo, infatti, pur supponendo che il titolo esecutivo fornisca la prova legale (integrale) dell'esistenza del credito da esso consacrato (34), e che l'organo della giurisdizione esecutiva si accerti quindi, attraverso il titolo esecutivo, della conformità al diritto sostanziale della pretesa del creditore esecutante, non par dubbio che il provvedimento giurisdizionale emanato in seguito all'esercizio dell'azione esecutiva scaturente dal titolo sia un provvedimento di contenuto puramente esecutivo. Viceversa, il giudice che provvede, in base al c.d. titolo ingiuntivo, sulla domanda del creditore ricorrente, non emana un provvedimento esclusivamente coordinato all'attuazione giurisdizionale della sanzione esecutiva; infatti, se il decreto d'ingiunzione contenesse, non un provvedimento di natura dichiarativa, ma un semplice comando con finalità esecutiva, non solo non si capirebbe in qual modo esso possa produrre la cosa giudicata sostanziale, ma rimarrebbe oscuro il motivo per cui il decreto d'ingiunzione, che non si fonda sopra un titolo ingiuntivo avente contemporaneamente valore di titolo esecutivo, non possieda normalmente efficacia esecutiva, se non nel medesimo momento in cui, per mancanza di opposizione, acquista autorità di cosa giudicata. Come scorgere quindi un titolo esecutivo indiretto nei documenti scritti contemplati dall'art. 633 ss. c. p. c., se il decreto d'ingiunzione, al momento della sua pronunzia, non ha di regola efficacia di titolo esecutivo?

Nè mi pare, poi, esatto che il giudice chiamato a provvedere sulla domanda d'ingiunzione debba limitarsi a verificare, se il ricor-

(33) Lo esclude, ad es., il LIBBMAN, *op. cit.*, n. 79, p. 149 ss.

(34) Contro questa concezione carneluttiana del titolo esecutivo, cfr. GARBAGNATI, *Il concorso*, cit., p. 120 ss., e autori ivi citati.

rente possieda un titolo ingiuntivo: rigettando la domanda, se il titolo manca, ed accogliendola necessariamente se il titolo sussiste. Lo stesso Carnelutti afferma infatti che « la dimostrazione della certezza del diritto, in quanto involga l'adempimento della controprestazione o l'avveramento della condizione, può essere data con prove non aventi efficacia di titolo ingiuntivo, il cui apprezzamento deve essere fatto dal giudice secondo le regole ordinarie » (35); ed ammette che, per l'art. 639 c.p.c., sia oggetto di esame giudiziale, ai fini della pronunzia del decreto d'ingiunzione, anche il certificato della camera di commercio, industria e agricoltura. In entrambi i casi, è chiaro che la cognizione del giudice non si esaurisce nel controllo dell'esistenza del titolo ingiuntivo: che egli giudica, cioè, in merito al diritto fatto valere dal ricorrente, valutando oltre alla prova scritta anche gli altri mezzi di prova all'uopo dedotti.

Di più, nelle ipotesi previste dai nn. 2 e 3 dell'art. 633, non è richiesta addirittura al ricorrente una prova scritta del suo diritto. Lo nega il Carnelutti, osservando che il professionista deve accompagnare la sua domanda con la parcella delle spese e prestazioni, munita della sua sottoscrizione e corredata dal parere della competente associazione professionale (art. 636 c.p.c.); e che la c. d. parcella sottoscritta è un documento scritto autografo che, combinato col documento scritto del parere dell'associazione professionale, forma un titolo ingiuntivo complesso, costituendo la parcella prova idonea del compimento delle singole spese e prestazioni ed il parere prova idonea del prezzo di ciascuna di esse (36). Al che sembra lecito replicare, che la parcella non è una prova scritta del credito del ricorrente, poichè non ne rappresenta documentalmente il fatto costitutivo, documentando invece la sola sua dichiarazione unilaterale, circa il preteso compimento delle prestazioni, da cui egli asserisce sorgere il suo diritto di credito (37); e che se è vero che il parere dell'associazione professionale vincola il giudice nei limiti della somma domandata, va invece escluso che, per effetto della parcella sottoscritta, il giudice sia obbligato ad accogliere la domanda del ricorrente, emettendo decreto d'ingiunzione per la somma costituente, secondo il parere dell'associazione, il prezzo di tutte le prestazioni elencate nella parcella. Il legislatore ha concesso al giudice la facoltà di presumere la veridicità della dichiarazione del ricorrente circa l'effettiva esecuzione

(35) *Istituzioni*, cit., I, n. 181, p. 171.

(36) *Istituzioni*, cit., I, nn. 179 e 182, pp. 169 e 173.

(37) Cfr. ANDRIOLI, *Commento*, cit., III, Napoli, 1947, p. 289.

delle prestazioni da esso indicate, in considerazione della sua qualifica professionale e delle garanzie ad essa inerenti (38), ma non ha inteso vincolarlo a tale dichiarazione; ciò è tanto vero, che l'art. 636, comma 2°, c.p.c. riconosce espressamente al giudice il potere di rigettare il ricorso a norma dell'art. 640, quando la domanda non gli sembri sufficientemente giustificata ed il ricorrente non provveda a fornire *aliunde* la prova delle sue prestazioni (39).

Infine, anche nel procedimento d'ingiunzione trova applicazione il principio *iura novit curia* (40); l'organo giurisdizionale, perciò, può rigettare la domanda del ricorrente quando, pur convincendosi dell'esistenza dei fatti su cui è fondata la sua pretesa, giudichi che da tali fatti non scaturiscano gli effetti giuridici, che il ricorrente vorrebbe desumerne: come, ad es., in caso di debito di giuoco (41).

5. — Cade dunque il concetto di titolo ingiuntivo, e vien meno il relativo sostegno alla teoria del processo d'ingiunzione, quale speciale procedimento per la formazione di un titolo esecutivo.

Mi sembra così che da questo breve saggio escano rafforzate le conclusioni, da me altrove difese, sulla natura del processo d'ingiunzione: che è caratterizzato bensì, in conseguenza della mancanza di un contraddittorio fra le parti, dalla sommarietà della cognizione del giudice, che precede l'emanazione del decreto d'ingiunzione; ma che sbocca ugualmente nella pronunzia di un provvedimento giurisdizionale, idoneo ad acquistare, al pari di un'ordinaria sentenza di condanna, efficacia di cosa giudicata sostanziale. Esso ha quindi per scopo di condurre, più celermente che non attraverso un processo ordinario di cognizione, all'accertamento giurisdizionale del diritto del ricorrente; ed appunto perciò, nonostante la sua speciale struttura, deve classificarsi senz'altro fra i processi di cognizione (42).

(38) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 182, p. 174; REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., II, n. 186, p. 184.

(39) Cfr. ANDRIOLI, *Commento*, cit., III, p. 294.

(40) Così CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926, p. 144; CASTIONI, *La prova scritta nel procedimento monitorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, p. 295.

(41) Cfr. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 82.

(42) Vedi ora la seconda edizione del mio lavoro: *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*, cit., *passim*.