1. L'esecuzione forzata nel quadro dell'ordinamento.

Situazione sostanziale protetta: Qualunque sistema normativo opera prendendo in considerazione i comportamenti umani e qualificandoli alternativamente come leciti o doverosi. Alcune norme danno facoltà di compiere certe attività e altre norme viceversa vietano il compimento di altre attività. Il legislatore assicura una certa utilità ad un soggetto, gli assicura cioè un bene della vita. (Esempio: Nel rapporto di lavoro dipendente, al datore è garantito il bene di godimento sulla prestazione di lavoro del dipendente, viceversa al dipendente è garantito il bene della retribuzione).

Situazioni finali: Prima importante distinzione: alcune situazioni sostanziali protette si attuano,fornendo al loro titolare poteri di comportamento in relazione ad un determinato bene e facendo semplicemente obbligo a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento di non intromettersi tra il titolare del diritto e il bene garantito.(Es: diritto di proprietà).
I titolari del diritto hanno bisogno solamente che non sia loro impedito di utilizzare i poteri che l'ordinamento gli attribuisce. Queste situazione sono chiamate *finali.*

Situazioni strumentali: Talvolta l'interesse, che costituisce la situazione sostanziale protetta, è garantito non dall'attività indisturbata del titolare del diritto, ma da un comportamento attivo (non di astensione) di un altro soggetto, senza il quale comportamento la situazione sostanziale non è soddisfatta. Queste situazioni sono chiamate *strumentali.*
(Esempio: Rapporto di lavoro, i diritti di entrambi sono realizzati mediante comportamenti attivi delle controparti).

Doveri primari e secondari: Dobbiamo porre una seconda distinzione fra comportamenti *primari e secondari.* Talvolta i doveri sono *primari*, nel senso che attuano lo svolgimento fisiologico della situazione sostanziale: si tratta di tutti quei casi in cui, sul piano del diritto sostanziale, è previsto come obbligo primario quello di tenere un certo comportamento attivo.
(Esempio: rapporto di mutuo, il mutuatario ha l'obbligo primario di restituire la somma prestagli).
Talvolta i doveri sono *secondari,*in quanto nascono da un precedenti illecito: nascono dal fatto che esisteva un altro dovere a monte, che non è stato rispettato; a ciò consegue, la nascita di un dovere di contenuto diverso che possiamo chiamare secondario, perchè origina da un precedente dovere inadempiuto. Esempio: risarcimento del danno articolo 2043 cc.

Illecito: Che cosa accade quando il soggetto, non tiene tale comportamento e contravviene all'obbligo che l'ordinamento gli impone (cioè realizza un illecito)? E' assolutamente indifferente che i doveri di comportamento violati siano *omissivi o commissivi,* oppure siano *primari o secondari.* Ai fini della tutela esecutiva, è sufficiente che sul piano del diritto sostanziale non sia stato tenuto quel comportamento, che è necessario per fare al titolare del diritto l'utilità che l'ordinamento gli garantisce, allorché gli riconosce una situazione sostanziale protetta rispetto ad un certo bene.
Quando ci troviamo di fronte alla violazione di un dovere di comportamento, previsto a favore di un altro soggetto, evidentemente non serve una tutela in via dichiarativa. Qui occorre far sì che l'avente diritto riceva quell'utilità che gli dovrebbe provenire dall'adempimento dell'obbligato. La tutela dichiarativa è insufficiente perchè nulla esclude che l'inadempimento dell'obbligato così permanga anche dopo di essa.

Poteri sostanziali dell'avente diritto: Di fronte agli inadempimenti degli obblighi imposti,talvolta è lo stesso avente diritto che può sostituirsi all'obbligato con la propria attività sul piano del diritto sostanziale, per ottenere quel risultato utili che l'ordinamento gli garantisce. Talvolta il titolare della situazione protetta, può sul piano del diritto sostanziale fare qualcosa per procurarsi autonomamente

quella utilità che non gli è provenuta dal comportamento dell'obbligato.
(Esempio: Tizio appalta a Caio la costruzione di un edificio. Caio non adempie. Tizio può procurarsi l'utilità facendo costruire quell'edificio a Sempronio).

Tutela esecutiva: Non sempre l'avente diritto può autonomamente procurarsi l'utilità che gli era garantita dall'ordinamento. Esempio: Nel caso che Tizio debba avere 1000 euro da Caio e questo non paga, Tizio non può far niente, sul piano del diritto sostanziale, per procurarsi quanto Caio gli deve.
Il diritto sostanziale è definitivamente impotente: occorre uno strumento che possa fornire all'avente diritto quell'utilità. Questo strumento è appunto l'esecuzione forzata.

Rapporti con la tutela dichiarativa: Da un punto di vista generale, la tutela dichiarativa non costituisce affatto un qualcosa in più,logico e cronologico, rispetto alla tutela esecutiva. Sarebbe un grave errore pensare che in sede esecutiva si attui quanto previsto in sede dichiarativo, e che l'oggetto della esecuzione sia appunto l'atto di accertamento.
Esempio: Nel processo amministrativo e tributario l'esecuzione forzata presuppone l'esistenza di un atto volto a impartire tutela dichiarativa.
Ma non è così per l'esecuzione forzata civile, presupposto della quale possono essere anche atti, che non hanno la caratteristica di impartire tutela dichiarativa, sicché il previo ricorso alla tutela dichiarativa da parte del titolare del diritto insoddisfatto a causa dell'inadempimento dell'obbligato si rende necessario solo ove non esista già un titolo esecutivo stragiudiziale, e quindi questo se lo deve procurare il titolare del diritto.
Il brocardo medievale "non si deve iniziale con l'esecuzione", non è una regola logica stringente, ma solo una eventuale scelta del diritto positivo. Il previo accertamento dell'esistenza del diritto da tutelare, non solo non costituisce un presupposto logico indispensabile della tutela esecutiva, ma non costituisce neppure un presupposto costante *del diritto positivo.*
Come nella tutela dichiarativa, non ci si chiede se esiste l'obbligo di effettuare la prestazione, ma si dà per scontato, proprio come un postulato in matematica, che quest'obbligo sussista. Esistono strumenti che consentono all'esecutato (soggetto che agisce) di far valere l'eventuale inesistenza del diritto sostanziale, che con l'esecuzione forzata si vuole vedere tutelato.

2. L'esecuzione diretta e l'esecuzione indiretta.

Garanzia costituzionale: Il diritto di azione e di difesa, previsti e garantiti dall'articolo 24 costituzione comprendono anche la tutela esecutiva. La norma garantisce il diritto ad una tutela giurisdizionale efficace che deve esplicare in tutte le forme necessarie per la soddisfazione dei vari diritti: nella forma del processo di cognizione, nella forma del processo cautelare e nella forma dell'esecuzione forzata,laddove ci si trovi di fronte ad obblighi di comportamento che rimangono disattesi e che sono funzionale alla soddisfazione dell'interesse protetto.
La Corte di Strasburgo ha più volte affermato che il diritto all'equo processo, previsto dall'articolo 6 della convenzione dei diritti dell'uomo, comprende anche la tutela esecutiva.
All'inadempimento dell'obbligato si può reagire, in sede giurisdizionale esecutiva, con l'esecuzione diretta e l'esecuzione indiretta.

Esecuzione diretta: Si ha *esecuzione diretta* tutte le volte in cui l'inerzia dell'obbligato è sostituita dall'attività dell'ufficio esecutivo, il quale compie ciò che l'inadempiente avrebbe dovuto fare, e fa conseguire all'avente diritto l'utilità che gli spetta secondo il diritto sostanziale.
E' ovvio che, attraverso la tutela esecutiva, il titolare del diritto non può ottenere di più né deve ottenere di meno di quello che avrebbe ottenuto in virtù dell'adempimento spontaneo dell'obbligato.
E' chiaro che il tipo di attività che deve tenere l'ufficio esecutivo è strettamente correlato al tipo di attività che doveva tenere l'obbligato: i due tipi di attività devono essere omogenei. Bisogna sottolineare la necessaria omogeneità tra il comportamento sostitutivo dell'ufficio e il

comportamento sostituito; non vi può essere disomogeneità perchè, altrimenti, l'avente diritto otterrebbe non quell'utilità che gli spetta secondo diritto sostanziale, ma un'utilità diversa.

Fungibilità: La tecnica di tutela esecutiva ha un limite naturale: per il titolare del diritto deve essere indifferente che la prestazione provenga personalmente dall'obbligato, oppure da un terzo; l'obbligo deve essere *fungibile.*
(Esempio: Tizio è creditore di Caio, per Tizio è indifferente che adempia Caio o Sempronio).
Questa tecnica di tutela non è utilizzabile allorché il titolare per diritto non è indifferente che la prestazione provenga personalmente dall'obbligato, cioè, l'obbligo è *infungibile,* e quindi non idoneamente sostituibile dal comportamento di un altro soggetto.
Esempio: Opera teatrale, non è indifferente l'attore o il pianista. Deve essere necessariamente quello.
La nozione di fungibilità/infungibilità è diversa da quella disciplinata dagli articolo 1285 ss cc: qui essa sta ad indicare la sostituibilità o meno, da parte di un terzo, della prestazione inadempiuta dall'obbligato. Fanno parte degli obblighi infungibili tutti quelli, in cui l'adempimento personale da parte dell'obbligato è determinante o a causa del contenuto personale della prestazione (artistica ecc) o, più facilmente perchè si tratta di obblighi di astensione: tutti gli obblighi di astensione sono infungibili.

Esecuzione indiretta: Quando si è in presenza di obblighi infungibili, si rende necessaria *l'esecuzione indiretta:* occorre indurre l'obbligato ad adempiere, e ciò può essere ottenuto prevedendo che l'obbligato vada incontro a conseguenza negative per lui più onerose dell'adempimento. Queste conseguenze possono essere o civili o penali:

a) Si ha esecuzione indiretta con misure coercitive civili quando sia previsto che a carico dell'inadempiente, sorge l'obbligo di pagare una certa somma di denaro per ogni ulteriore periodo di inerzia o per ogni ulteriore violazione del dovere di astensione. La somma è quindi determinata con riferimento ad una unità temporale, per l'inadempimento di obblighi di fare, e con riferimento a ogni illecito commesso per a violazione degli obblighi di astensione. Il beneficiario delle somme può essere lo Stato, oppure la controparte.
b) Si ha esecuzione indiretta con misure coercitive penali allorquando sia previsto che, gli ulteriori inadempimenti dell'obbligato integrano una ipotesi di reato.

Il nostro ordinamento, oltre ad un'esecuzione indiretta generalizzata per tutte le prestazioni diverse dal pagamento di una somma di denaro, il legislatore qua e là prevede ipotesi specifiche di esecuzione indiretta, talvolta adottando la tecnica civilistica e talaltra quella penalistica.
Dal punto di svista dell'efficienza non vi è dubbio che l'esecuzione diretta garantisce maggiormente il raggiungimento del risultato voluto. L'esecuzione indiretta generalmente è utilizzata per gli obblighi infungibili perchè come tecnica esecutiva ha degli inconvenienti.

a) Gli strumenti coattivi operano sulla volontà dell'obbligato, e quindi possono essere inefficaci, ove l'obbligato sia particolarmente determinato a non adempiere.

Esempio: Soggetto che rimase diversi anni in carcere per non aver mai dato il suo consenso alle pratiche di divorzio.

b) Lo strumento coattivo di natura penale costituisce un ulteriore appesantimento per una giurisdizione che è già sovraccarica.
c) Lo strumento coattivo di natura civile, è un'arma spuntata nei confronti di chi non ha un patrimonio con cui rispondere dell'obbligazione pecuniaria.

L'esecuzione indiretta non serve se l'obbligato ha un patrimonio talmente ingente, da essere insensibile al pagamento di una somma.
Inoltre, se la somma dovuta va alla controparte, è necessario porre un limite massimo ad essa, per evitare che si verifichi un ingiustificato arricchimento dell'avente diritto. Questo inconveniente è evitato se si prevede una misura coercitiva, nella quale le somme pagate dall'inadempiente vadano alla collettività, invece che all'avente diritto.
Che cosa accade nell'ipotesi in cui l'esecuzione indiretta sia utilizzata per un diritto inesistente.

Le soluzioni astrattamente possibili sono due. Da un lato, si può affermare che, basta il mero dato dell'inottemperanza.
Dall'altro lato, si può affermare che, ove nelle fasi successive del processo si accerti che il comportamento era lecito, viene meno l'illecito.
Solo la seconda soluzione è conforme ai principi costituzionali: non si può sanzionare l'inottemperanza ad un provvedimento autoritativo, che sia dichiarato illegittimo o inefficace nelle sedi previste dall'ordinamento.
In tutti i casi,l'interessato *ha il diritto* di non ottemperare al provvedimento autoritativo che è stato dichiarato illegittimo; ed ha anche diritto a non essere sanzionato per la mancata ottemperanza, giacché la sua inottemperanza era secondo diritto.
E' evidente che l'unica soluzione che rispetta i principi costituzionali è la seconda: se il giudice, nella sede competente, dichiara che chi ha subito l'esecuzione indiretta aveva diritto di tenere oppure di non tenere il comportamento a lui rispettivamente vietato o imposto, allora ha fatto bene quel soggetto a non ottemperare all'ordine del giudice: egli aveva *diritto* di non ottemperare.

Obbligo inadempiuto e tecniche di tutela: L'esecuzione diretta deve diversamente strutturarsi a seconda del tipo di comportamento che deve sostituire: se il comportamento è quello di pagare una somma di denaro, l'ufficio esecutivo deve compiere certe attività; se il comportamento è quello di consegnare un bene individuato, l'ufficio deve compiere altre attività; se il tipo di comportamento è fare una qualunque cosa diversa da quelle precedentemente viste, l'ufficio deve compiere ancora altre attività.
Abbiamo così, tre diverse tecniche di tutela esecutiva: l'espropriazione forzata per i crediti in denaro; l'esecuzione per consegna o rilascio, per il trasferimento del potere di fatto su beni mobili o immobili; l'esecuzione per obblighi di fare, in via residuale, per tutti i comportamenti diversi dai due visti ora, e che siano fungibili. Se il comportamento da sostituire è infungibile, si fuoriesce dalla sfera di utilizzabilità dell'esecuzione diretta, e si deve passare a quella indiretta. Quella indiretta è utilizzabile anche per obblighi fungibili diversi dal pagamento di somme di denaro.

3. I presupposti e il contenuto delle misure giurisdizionali esecutive.

Presupposti della tutela dichiarativa: Dobbiamo premettere alcune nozioni generali relative alle norme contenute nel titolo I del libro III del cpc, in quanto tali norme valgono per tutti i tipi di esecuzione forzata. Constatiamo subito che i presupposti perchè si metta in moto la macchina processuale, sono nettamente diversi per la tutela dichiarativa e quella esecutiva.
Il presupposto della tutela dichiarativa è costituito dalla semplice affermazione, che esiste una situazione sostanziale che ha bisogno di quel tipo di tutela; in altri termini, è sufficiente che sia affermata l'esistenza di una situazione sostanziale e che per tale situazione sia richiesta una tutela dichiarativa. L'unico limite che si incontra è quello dell'interesse ad agire: non si ha diritto di chiedere una tutela dichiarativa, quando ciò che si chiede non è utile, oppure può essere ottenuto per altra via.
E' anche vero che la sentenza, che il giudice dovrà emettere sulla base della sola richiesta, può essere di contenuto positivo o negativo per il richiedente.
Quindi: nel processo di cognizione, sulla base della sola affermazione dell'esistenza della situazione sostanziale,rispetto alla quale si chiede di determinare le regole di condotta, il giudice è nel dovere di emettere sentenza.

Rigetto in rito: I contenuti della misura giurisdizionale dichiarativa possono essere così definiti: in primo luogo, avremo una sentenza con cui il giudice dichiara che non esistono le condizioni processuale per dare le regole di condotta relative al diritto dedotto in giudizio. Tali sentenze sono provvedimenti che il giudice emette quando è carente anche una sola delle condizioni affinché possa scendere all'esame del merito.

Accoglimento o rigetto nel merito: Una volta che si sia superato positivamente l'esame delle condizioni per la pronuncia di merito, essa si bipartisce: da un lato avremo la sentenza di merito con cui si accoglie la domanda e si dà la tutela richiesta, dall'altro lato avremo una sentenza di merito con cui si rigetta la domanda, si rifiuta la tutela richiesta, in quanto si accerta che non esiste il diritto meramente affermato dall'attore.
Il fatto che la pronuncia di merito possa avere, un contenuto positivo o negativo, è un fenomeno strettamente collegato a ciò che, per giungere a tale sentenza, è sufficiente che l'attore si limiti ad affermare che esiste il diritto, proprio perchè l'attività da compiere prima di giungere alla sentenza di merito è quella di raccogliere tutto il materiale necessario per decidere se quel diritto esiste o meno.

Presupposti della tutela esecutiva: Se passiamo al processo esecutivo, la situazione è diversa. Perché si possa giungere all'emanazione della misura giurisdizionale esecutiva, non è sufficiente che il creditore si affermi titolare di un diritto che, per essere soddisfatto, necessita dell'adempimento della controparte; sono necessarie ulteriori condizioni perchè si possa giungere all'emanazione della misura giurisdizionale che il creditore richiede.
La tipologia delle risposte dell'ufficio esecutivo non è tripartita, ma è soltanto bipartita, cioè l'ufficio esecutivo può o rifiutare la misura giurisdizionale richiesta o concederla. Ma se l'ufficio esecutivo dà la misura giurisdizionale che viene richiesta, il contenuto di questa è sempre e costantemente favorevole a chi la richiede; cioè costituisce sempre l'equivalente di quella che, è una sentenza di accoglimento nel merito nel processo di cognizione.

Unidirezionalità della misura giurisdizionale esecutiva: La misura giurisdizionale esecutiva di merito è sempre e costantemente a senso unico, cioè favorevole all'istante. L'ufficio esecutivo o non opera,oppure,se opera, lo fa necessariamente con una misura giurisdizionale che ha contenuto favorevole all'istante. Questo appunto perchè la funzione dell'esecuzione forzata non è stabilire i comportamenti leciti e doverosi delle parti, ma quella di tutelare un diritto, allorché la realizzazione di questo postula l'attività di un altro soggetto, che nel caso concreto è mancata.
Nel processo esecutivo non è rilevante accertare se esiste o meno il diritto; si presuppone che il diritto esista e che abbia bisogno di tutela esecutiva.
Alla mera affermazione dell'esistenza del diritto, presupposto del processo di cognizione, corrisponde un esito di questo processo, con cui, alternativamente, si dichiara l'esistenza o l'inesistenza del diritto. Al titolo esecutivo, che è presupposto necessario dell'esecuzione forzata, corrisponde invece, ove il processo esecutivo abbia luogo, un effetto a senso unico, che è quello di fornire la tutela giurisdizionale esecutiva richiesta.

Giurisdizione e tutela esecutiva: Ora parleremo di tutela esecutiva *giurisdizionale.*
La tutela esecutiva, è necessariamente autoritativa, ma può anche non essere giurisdizionale a differenza della tutela dichiarativa. Esistono, infatti, forme di tutela esecutiva affidate alla pubblica amministrazione.
Ciò, incide anche sulla tutela esecutiva giurisdizionale, nel senso che la non necessaria giurisdizionalità di questa forma di tutela consente un più ampio affidamento a soggetti diversi dal giudice delle attività da compiere in sede di esecuzione forzata.

4. Il titolo esecutivo.

Azione esecutiva: Secondo l'articolo 474 cpc, l'esecuzione forzata non può aver luogo se non in virtù di un titolo esecutivo. Il titolo esecutivo è la fattispecie da cui nasce un effetto giuridico,che è la tutelabilità esecutiva del diritto sostanziale,cioè la pretesa alla tutela esecutiva nei confronti dello Stato,quella che si chiama azione esecutiva. Perché è necessario che Tizio abbia a suo favore un titolo esecutivo, la presenza del quale costituisce la condizione necessaria perchè l'ufficio esecutivo sia obbligato a fornire la tutela giurisdizionale richiesta.