

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO
COMPARATO**

IUS 02

XXII ciclo

**TESI PER IL CONSEGUIMENTO DEL TITOLO DI DOTTORE DI
RICERCA**

**LA TUTELA GIUDIZIALE DEL CREDITO IN
EUROPA: L'ESEMPIO DELLA SPAGNA**

Coordinatore del Dottorato: **Professoressa Vittoria Barsotti**

Tutor: **Professor Nicolò Trocker**

Candidato: **Francesco Pastorelli**

Alla mia famiglia, Samali e
Ginger, rispettivamente,
per il sostegno, l'affetto e
l'entusiasmo di vivere che
mi hanno dato ogni giorno

LA TUTELA GIUDIZIALE DEL CREDITO IN EUROPA: L'ESEMPIO DELLA SPAGNA

INDICE-SOMMARIO

Capitolo 1 – Introduzione e lineamenti storico-comparatistici.	pag.
1. L'interesse sotteso all'analisi del <i>juicio monitorio</i> .	1
2. Brevi cenni sulle origini, la funzione e la struttura della tutela monitoria.	3
3. Uno sguardo comparatistico.	7
3.1. Il modello tedesco.	8
3.2. Il modello francese.	14
4. la genesi della nuova LEC spagnola e, in particolare, l'introduzione del procedimento monitorio.	25
4.1. La <i>Propuesta de los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas</i> del 1974.	27
4.2. L' <i>Informe del año 1983 del Colegio de Abogados de Barcelona sobre modificaciones urgentes a introducir en la Ley de Enjuiciamiento Civil</i> e la <i>Proposición del Grupo Parlamentario Popular en la II Legislatura sobre introducción del Procedimiento Monitorio en el Ordinamiento Jurídico Procesal</i> .	32
4.3. Il contributo della dottrina spagnola nell'imminenza dell'introduzione del rito monitorio.	35
4.4. Verso la <i>Ley 1 de 2000 de Enjuiciamiento Civil</i> .	42
4.5. Un cenno alla <i>Ley de Propiedad Horizontal</i> .	51
Capitolo 2 – Natura giuridica ed inquadramento dogmatico dell'istituto: profili ricostruttivi nel dialogo con la dottrina processualistica italiana.	
1. Natura giuridica ed inquadramento sistematico del <i>juicio monitorio</i> .	54
1.1. Il rito monitorio come "espediente per evitare il processo".	56

1.2. La collocazione del rito monitorio all'interno della giurisdizione in senso proprio.	62
1.2.1. La tesi della natura esecutiva del procedimento. Critica: il corretto inquadramento dell'istituto nella tutela di cognizione.	62
1.3. La suddivisione del rito monitorio in diverse "fasi" e la duplicità di azioni cumulate nella <i>petición</i> .	70
1.4. Il <i>juicio monitorio</i> come procedimento speciale di cognizione: i caratteri di specialità.	75
1.5. Un'ipotesi ricostruttiva originale: il <i>juicio monitorio</i> a cavallo tra cognizione ed esecuzione.	78
2. Il modello di monitorio "ibrido" accolto dalla LEC e la natura dell'attività giurisdizionale esercitata in sede di valutazione della <i>petición</i> .	80

Capitolo 3 – Juicio monitorio: scelte normative ed esperienza applicativa a confronto sotto la lente del comparatista italiano.

1. Il monitorio come cardine della tutela del credito nella nuova LEC.	90
2. I presupposti generali.	92
2.1. La legittimazione delle parti ed il problema del litisconsorzio volontario.	92
2.1.1. La legittimazione attiva e passiva nell'ipotesi di richiesta di pagamento di spese condominiali. In particolare: l'estensione del novero dei legittimati passivi.	96
2.2. L'interesse ad agire.	97
2.3. Le regole di competenza esclusiva stabilite dall'art. 813 LEC.	99
2.3.1. Un'eccezione nell'eccezione: la competenza per l'ingiunzione di pagamento di spese condominiali.	102
2.3.2. Il concorso con altre norme speciali di competenza.	103
2.3.3. La competenza in caso di cumulo di domande verso soggetti diversi.	105
2.3.4. Il problema dell'incompetenza sopravvenuta.	105
3. Le pretese deducibili in via monitoria, ovvero le caratteristiche dell'obbligazione e la "prova scritta" quali presupposti speciali della tutela monitoria.	107
3.1. Credito di denaro.	108
3.2. Scadenza ed esigibilità del credito.	110

3.3. La determinatezza dell'importo azionato ed il problema degli interessi.	113
3.4. Il limite di valore, anche in relazione alla cumulabilità di più domande in una sola <i>petición</i> ed il possibile <i>fraude de ley</i> .	118
3.5. La <i>buena apariencia jurídica</i> del credito: la "prova" del diritto azionato, tra prudente apprezzamento del giudice e valutazione <i>ex lege</i> .	123
3.5.1. Oltre la scrittura: quale "prova documentale" per l'emissione dell'ingiunzione?	131
4. La <i>petición inicial</i> : contenuto ed effetti.	138
4.1. Tutela cautelare e rito monitorio.	142
5. L'attività del giudice in sede di valutazione della <i>petición</i> .	144
6. Lo <i>ius postulandi</i> : ragioni di una scelta e di una polemica.	150
7. L'ingiunzione di pagamento: contenuto e notifica della stessa.	154
7.1. Il contenuto dell'ingiunzione.	154
7.2. Modalità ed effetti della notificazione.	156
7.2.1. L'ammissibilità della notifica per proclami: dubbi di costituzionalità.	160
7.3. Il problema dell'incompetenza del giudice quando la notifica debba avvenire all'estero.	166
7.4. Una possibile riforma: la notifica mediante <i>procurador</i> .	166
8. I possibili esiti della fase senza contraddittorio.	167
8.1. Il pagamento da parte dell'ingiunto.	167
8.2. La mancata opposizione nel termine e il <i>despacho de la ejecución</i> .	168
8.2.1. L'efficacia dell'ingiunzione non opposta.	172
8.3. L'opposizione dell'ingiunto: i problemi di coordinamento con la fase senza contraddittorio.	178
8.3.1. Il giudice competente per l'opposizione all'ingiunzione.	181
8.3.2. La necessità di motivare l'atto di opposizione.	183
8.3.3. La produzione dei documenti dimostrativi del credito nel rapporto tra ingiunzione e giudizio di opposizione.	185
8.3.4. L'allegazione, in sede di giudizio di opposizione, di motivi diversi da quelli indicati nell'atto di opposizione.	187
8.3.5. A modo di conclusione: un (problematico) tentativo di ricostruzione unitaria.	190

9. Le novità introdotte dalla l.n. 13/2009 finalizzata all'introduzione dell'*Oficina Judicial*: verso il monitorio "puro"? 198

Capitolo 4 – Procedimento monitorio europeo e *juicio monitorio* a confronto: riflessioni alla luce della convivenza tra modelli processuali.

1. Cenni sull'evoluzione del diritto processuale civile europeo: effettività della tutela e perseguimento della "quinta libertà" nell'ottica del mercato unico. 204
- 1.1. L'attenzione comunitaria per la tutela giudiziale del credito. 206
- 1.2. Le modifiche istituzionali e le nuove competenze dell'Unione. 207
- 1.3. La cooperazione nelle controversie con implicazioni transfrontaliere 210
2. Il *juicio monitorio* e l'ingiunzione europea di pagamento: circolazione/contaminazione tra modelli processuali. 216
- 2.1. Il procedimento monitorio europeo nel quadro della nuova stagione del diritto processuale sovranazionale. 216
- 2.2. Procedimento ingiuntivo europeo e *juicio monitorio*: un primo approccio "d'insieme" alle scelte di fondo ed alla struttura complessiva dei due istituti. 218
- 2.3. I limiti di fruibilità degli istituti. 222
- 2.4. La problematica individuazione del giudice competente per emanare l'i.p.e. 226
- 2.4.1. La diversa nozione di "materia civile e commerciale" tra i.p.e. ed ordinamento interno: riflessi sulla giurisdizione. 228
- 2.4.2. La competenza territoriale del giudice spagnolo rispetto all'i.p.e.: problemi di coordinamento. 232
- 2.5. Le questioni attinenti l'atto introduttivo del monitorio europeo: *ius postulandi*, effetti processuali e rigetto dell'istanza. 233
- 2.5.1. L'assistenza tecnica per la presentazione della domanda di i.p.e. 234
- 2.5.2. Gli effetti processuali della domanda ed il problema della litispendenza: una possibile soluzione. 236
- 2.5.3. La possibilità di integrare, rettificare o modificare la domanda. 237

2.5.4. Il rigetto della domanda di tutela monitoria.	239
2.6. Un cenno alla notificazione dell'ingiunzione.	241
2.7. Le possibili condotte dell'ingiunto rispetto al provvedimento monitorio.	242
2.7.1. Il pagamento da parte dell'intimato.	242
2.7.2. I problemi di coordinamento con il giudizio di opposizione.	242
2.7.2.1. Le divergenze circa il contenuto dell'atto e l'obbligatorietà del patrocinio.	244
2.7.2.2. I problemi di coordinamento quando il giudizio di opposizione debba seguire il rito <i>verbal</i> .	245
2.7.2.3. Il giudizio di opposizione davanti alle giurisdizioni speciali: il problema del tentativo di conciliazione nel rito del lavoro.	246
2.8. Efficacia dell'ingiunzione e rimedi straordinari.	247
2.9. L'autorità competente per l'esecuzione dell'ingiunzione europea.	249
3. Rilievi conclusivi	250
Bibliografia	252

CAPITOLO 1

INTRODUZIONE E LINEAMENTI STORICO-COMPARATIVISTICI

1. L'interesse sotteso all'analisi del *juicio monitorio*.

Il presente lavoro si propone di offrire al lettore un'analisi, attraverso gli strumenti e le categorie del giurista italiano, di uno degli strumenti processuali di tutela del credito più utilizzati in Europa, ovvero il procedimento monitorio, concentrando l'attenzione sul modello introdotto dal legislatore spagnolo del 2000 nell'ambito della riforma globale del sistema processuale.

Al di là del mero fine conoscitivo, proprio di qualsiasi lavoro comparatistico¹, l'istituto spagnolo merita attenzione sia per l'indubbio successo pratico riscontrato (più avanti verranno forniti dei dati statistici sull'impiego della tutela monitoria in Spagna), sia per alcune scelte "originali" effettuate dal legislatore, talvolta apprezzabili ed interessanti (es. l'attenzione alle nuove tecnologie), talaltra probabilmente frutto di incomprensioni teoriche (in tal senso appare centrale l'equivoco con l'antecedente – ed abrogato – *juicio ejecutivo*) ma, proprio per questo, foriere di interessanti dibattiti dottrinali e tentativi ricostruttivi.

Se è pur vero che parte del dibattito ripercorre temi già noti alla dottrina processualcivilistica italiana e di altri Paesi europei, è altrettanto vero che non sono mancate tesi interessanti e accesi confronti.

L'attenzione per la tutela del credito è presente in tutto il testo della nuova *Ley de Enjuiciamiento Civil*. In questa direzione si sono mosse, peraltro, alcune delle principali riforme introdotte, prima fra tutte la decisione di rendere esecutive *ex lege* le sentenze di condanna di primo grado, ma anche il rafforzamento della tutela cautelare e, più in generale, l'impegno a migliorare l'efficienza di giudizio di cognizione fin qui condizionato pesantemente dal carattere arcaico e asistemico della previgente *Ley de ritos* del 1881.

La stessa preoccupazione, già da alcuni anni, anima anche le iniziative del legislatore europeo, il quale è intervenuto più volte, ora per ravvicinare le legislazioni nazionali, ora per offrire strumenti uniformi di tutela, pensati soprattutto per creditori transfrontalieri nell'ottica del corretto funzionamento del mercato interno che costituisce uno degli obiettivi primari della Comunità. Tra gli strumenti di tutela, un ruolo di primo piano

¹ Cfr. **K. Zweigert** – **H. Kötz**, *Introduzione al diritto comparato, I – Principi Fondamentali*, Milano, 1998, p. 17; **R. Sacco**, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 13; v. anche la versione originale della prima *Tesi di Trento*, in **A. Gambaro** – **P. G. Monateri** – **R. Sacco**, voce *Comparazione giuridica* in *Digesto IV*, sez. civ., vol. III, Torino, 1988, p. 48 ss.

spetta certamente al procedimento europeo di ingiunzione, strumento alternativo ai rimedi previsti nei singoli Stati e capace di generare un provvedimento in grado di circolare liberamente, con automatico riconoscimento ed esecuzione, in tutti i Paesi Membri dell'Unione².

Ciò dimostra la grande vitalità dell'istituto che, peraltro, continua a suscitare interesse anche in relazione a riforme che si vogliono affrontare lontano dall'Europa³ e che rende sicuramente attuale un lavoro di analisi e di comparazione giuridica come quello che di seguito, ci proponiamo di svolgere.

Nella sua articolazione interna, il lavoro è diviso in quattro parti.

Nella prima, dedicata alla progressiva ricostruzione sin dalle origini risalenti dello scenario normativo che ha fissato le premesse dell'attuale disciplina legislativa, daremo conto dei vari progetti che si sono susseguiti – dalla *Propuesta de los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* del 1974, all'*Informe del año 1983 del Colegio de Abogados de Barcelona sobre modificaciones urgentes a introducir en la Ley de Enjuiciamiento Civil e la Proposición del Grupo Parlamentario Popular en la II Legislatura sobre introducción del Procedimiento Monitorio en el Ordinamiento Jurídico Procesal* – del dibattito e del confronto dottrinale che li hanno accompagnati, dei modelli di riferimento, sia di diritto interno che di diritto straniero via via richiamati e dal cui studio sono progressivamente emerse le scelte, a tratti decisamente originali, trasfuse nella normativa degli articoli da 812 a 818 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Nella seconda parte, cercheremo di offrire una ricostruzione della natura giuridica dell'istituto nonché della sua collocazione sistematica nel contesto delle tecniche di tutela giurisdizionale, confrontandoci con il

² Tra i molti, v. **AA. VV.**, *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, a cura di **A. Carratta**, Milano, 2007; **P. Biavati**, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002; **Id.**, *I regolamenti europei in materia di processo civile. Profili introduttivi*, in **P. Biavati** – **M. A. Lupoi**, *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008; **F. Carpi**, *L'ordine di pagamento europeo tra efficacia della tutela e garanzie della difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 2002; **Id.**, *Dal riconoscimento delle decisioni all'esecuzione automatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005; **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, Barcellona, 2008; **L. Fumagalli**, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2006; **M. Marinelli**, *Note sul regolamento CE n. 1896/2006 in tema di procedimento ingiuntivo europeo*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, Tomo I; **G. Olivieri**, *Il titolo esecutivo europeo (qualche considerazione sul Reg. 805/2004 del 21 aprile 2004)*, in www.judicium.it; **A. A. Romano**, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, Milano, 2009.

³ Cfr. **A. D. Pérez Ragone**, *En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales*, in *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. XIX, n. 1, luglio 2006, pp. 205-235, in riferimento alla riforma della giustizia civile in Cile.

dibattito dottrinale spagnolo, attraverso una sorta di “dialogo a distanza” con i grandi autori classici che, soprattutto nella dottrina italiana, hanno offerto contributi di fondamentale importanza per lo studio del procedimento monitorio⁴.

Il “dialogo a distanza”, per un verso, ci darà modo di evidenziare l’influenza diretta ed indiretta esercitata dal pensiero giuridico italiano in questa complessa materia e, per altro verso, ci consentirà di vagliare criticamente le soluzioni e le proposte ricostruttive via via emerse nel confronto dogmatico spagnolo.

Dopo l’analisi delle questioni di natura tecnico-dogmatica più importanti e di più ampio respiro, il terzo capitolo, sarà dedicato ad un’analisi della disciplina positiva dettata dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil* in tema di rito monitorio ed all’illustrazione dei relativi profili operativi. Verranno esposte e vagliate le soluzioni dottrinali e giurisprudenziali che si sono venute via via prefigurando in ordine ai numerosi, ed in parte assai delicati, problemi che una disciplina normativa, forse troppo ottimisticamente scarna, ha sollevato e continua tuttora a sollevare. Nel nostro percorso argomentativo, lo sguardo sarà rivolto anche all’esperienza ed all’elaborazione che, in materia, si sono venute affermando in altri Paesi, in particolare in Italia, dai cui insegnamenti gli autori spagnoli, non solo sporadicamente, hanno tratto indicazioni ed anche preziosi suggerimenti.

Nel quarto capitolo, la vicenda del monitorio spagnolo viene collocata nella prospettiva del recente impegno europeo, specificamente dedicato all’introduzione – mediante il Regolamento CE 1896/2006 del 12 dicembre 2006 – di un procedimento di ingiunzione, quale strumento di tutela del credito nel contenzioso transfrontaliero. Attraverso un confronto con le caratteristiche strutturali e funzionali del modello spagnolo, ci proponiamo di illustrare i problemi di coordinamento che, a questo riguardo, si pongono con la disciplina elaborata a livello comunitario ma anche ad evidenziare le contaminazioni tra i due modelli che si incominciano ad intravedere.

2. Brevi cenni sulle origini, la struttura e la funzione della tutela monitoria.

Vi è sostanziale accordo tra gli autori (anche spagnoli) nel collocare l’origine dell’attuale procedimento monitorio nell’Alto Medioevo italiano, periodo nel quale il rifiorire dei commerci e degli scambi nazionali ed internazionali, generava problemi non molto dissimili da quelli che il mercato (europeo o globale che sia) si trova ad affrontare. In particolare, gli storici riferiscono l’esistenza di pretese creditorie, legate al mancato

⁴ Per ora ci limitiamo a ricordare il fondamentale contributo di **P. Calamandrei**, *Il procedimento di ingiunzione nella legislazione italiana*, Milano, 1926.

pagamento del corrispettivo per merci vendute, che non ricevevano adeguata tutela nelle forme del processo ordinario, il c.d. *solemnis ordo judicarius*, la cui lentezza, formalità e costosità mal si conciliavano con le esigenze di speditezza delle ragioni del credito e del mercato. In particolare, l'osservazione empirica aveva dimostrato come un gran numero di giudizi aventi ad oggetto diritti di credito di somme di denaro, si concludeva senza che il convenuto mostrasse di avere serie ragioni difensive da addurre (anzi, spesso questi neppure compariva in giudizio). Pertanto, la felice intuizione di alcuni giuristi italiani che si diffuse poi come pratica giudiziaria, fu quella di spostare l'onere di richiedere l'accertamento in contraddittorio di una certa pretesa azionata dall'attore al convenuto⁵, unico soggetto realmente interessato e capace di valutare la convenienza dell'operazione.

Fu il "genio italiano", secondo le parole di Chiovenda, che seppe superare le ristrettezze e difficoltà del processo longobardo e, attraverso la rielaborazione della tradizione romanistica, dette i natali alla nuova Scienza del diritto processuale, uno dei cui frutti maturi fu il *praeceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*⁶. L'istituto si diffuse poi attraverso l'Europa e, in Germania, ricevette una rielaborazione alla luce delle categorie e dei principi propri di quell'ordinamento. Ottenne così risultati "più sicuri e convincenti"⁷ e venne definitivamente integrato nel sistema della giustizia civile.

Quando l'istituto era già formato, questo procedimento speciale prevedeva che un soggetto che si affermasse creditore di una somma o di altra prestazione di fare, potesse richiedere al giudice di emanare, *ante causae cognitionem*, un *mandatum* (ordine di pagare o consegnare, *de solvendo vel trahendo*) *inaudita altera parte*, nel quale si intimava al debitore di pagare o fornire spiegazioni del mancato pagamento entro un certo termine, decorso il quale il mandato diveniva irrevocabile e costituiva titolo esecutivo per ottenere la soddisfazione coattiva del diritto azionato. L'ammissibilità di un simile ordine emesso senza una previa cognizione ed in assenza di contraddittorio, destinato a diventare immutabile ed esecutivo,

⁵ Utilizzeremo, per il momento, questi termini (ed in seguito, talvolta, quelli di creditore e debitore) pur avvertendo il lettore della scarsa correttezza di tale impiego già messa in luce da vari Autori. Per tutti v. **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., pp. 50-51. Egli notava che i termini creditore e debitore fanno riferimento a posizioni sostanziali che l'esito del procedimento può poi sconfessare (ovvero l'affermato creditore può non risultare tale) e, parimenti, come non vi sia, nella fase monitoria *stricto sensu*, alcun attore e, soprattutto, un convenuto (l'espressione deriva infatti dal latino *cum ventus* e si riferisce perciò alla parte "condotta" all'interno di un giudizio mentre è di tutta evidenza che l'ingiunto non si trova "dentro" al processo che si è svolto, in questa fase, senza che egli potesse esporre le proprie ragioni), pertanto meglio sarebbe stato impiegare termini quale "ricorrente ed intimato".

⁶ **G. Chiovenda**, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale civile* (ristampa), I, Milano 1993, p. 364.

⁷ **G. Chiovenda**, *Germanesimo e romanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna 1993, p. 181 ss.

era “giustificata” dalla presenza di una *clausula iustificativa* in virtù della quale, la semplice comparizione dell’intimato privava l’ordine di qualunque effetto lasciandolo in vita come semplice citazione per un giudizio ordinario⁸.

Il senso e la funzione del rito monitorio sta dunque nell’offrire una rapida tutela a pretese che, l’esperienza ha insegnato, hanno normalmente carattere incontrovertibile e per le quali è ragionevole presumere che la controparte non avrà serie ragioni da opporre alla domanda o non si difenderà affatto, risultato che viene perseguito spostando l’onere di provocare il contraddittorio dall’attore al convenuto⁹. Potenzialmente dunque, questo tipo di tutela è estensibile anche al di là della sola categoria delle azioni di condanna al pagamento di crediti pecuniari¹⁰, sebbene queste siano le ipotesi più ricorrenti nelle quali il debitore non ha argomenti per rifiutare l’adempimento.

Caratteristiche fondamentali della tutela monitoria sono pertanto:

1. dal punto di vista teleologico: offrire una tutela rapida ed efficace a pretese tendenzialmente incontrovertibili, in tal senso snellendo notevolmente l’attività necessaria per ottenere un titolo esecutivo che consenta di accedere all’esecuzione forzata;
2. dal punto di vista strutturale: invertire il normale ordine delle fasi del processo di cognizione con uno schema processuale in cui la condanna precede, anziché seguire, l’accertamento del diritto in contraddittorio ed attraverso l’espletamento dell’istruttoria, accertamento che viene invece raggiunto attraverso la preclusione che opera a seguito della mancata opposizione dell’intimato nel termine indicato¹¹.

⁸ Cfr. la chiara esposizione di **A. Segni**, *L’opposizione del convenuto nel processo monitorio*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1965, II, p. 978 ss.

⁹ **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., pp. 106-107.

¹⁰ V. nuovamente **Calamandrei**, *ult. cit.*, p. 8, il quale notava come non fosse “né logicamente né giuridicamente assurdo pensare che le azioni di mero accertamento e le azioni costitutive potessero essere fatte valere mediante questo speciale procedimento”, “tuttavia, poiché l’utilità pratica di questa inversione dell’iniziativa del contraddittorio si manifesta storicamente soprattutto in relazione alla celerità con cui essa permette di giungere al titolo esecutivo (...) è facile capire come questa forma di procedimento sia riservata (...) alle sole azioni di condanna”.

¹¹ In tal senso, p.e., **E. Garbagnati**, *Il procedimento d’ingiunzione*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 33. L’Autore rileva come vi sia una chiara deroga al principio sancito dall’art. 101 c.p.c., in quanto la domanda introduttiva del giudizio viene portata a conoscenza della controparte solo dopo che il giudice ha già provveduto sulla stessa (con decreto che viene notificato contestualmente al relativo ricorso), dunque, in sostanza il provvedimento di condanna precede il contraddittorio (eventuale) tra le parti e dunque l’accertamento del diritto come risultato della fase istruttoria. In senso analogo, si era peraltro già espresso **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., p. 7 parlando di due caratteri fondamentali: scopo (dar vita ad un titolo esecutivo più celermente del processo ordinario) e mezzo (inversione dell’iniziativa del contraddittorio).

La storia, tuttavia, come già evidenziato a suo tempo da Calamandrei, ci insegna che si debbono tenere distinte due tipologie di procedimento monitorio che, a partire dall'opera dell'illustre giurista, vengono solitamente definite come monitorio "puro" e "documentale"¹², e che affondano le proprie radici, rispettivamente, nell'antico *mandatum de solvendo sine causae cognitione* ovvero nel processo documentale. Il primo modello è caratterizzato dal fatto che la domanda si basa su mere affermazioni del creditore, non suffragate da alcun supporto probatorio ("monitorio puro", il cui esempio più tipico è, attualmente, il *Mahnverfahren* tedesco) e l'efficacia dell'ingiunzione, emanata *inaudita altera parte*, è sospensivamente condizionata alla mancata opposizione in termini da parte dell'intimato che, se interviene, priva il provvedimento di qualsiasi effetto. Inizialmente dunque si ha una sorta di speranza o progetto di provvedimento destinato a svanire o a consolidarsi a seconda che si produca o meno l'opposizione. Corollari di questa impostazione sono l'impossibilità che il provvedimento possa essere dichiarato provvisoriamente esecutivo in pendenza del termine per opporsi o durante il giudizio di opposizione e la totale assimilazione di quest'ultimo ad un ordinario giudizio di primo grado sulla pretesa azionata nel ricorso.

Viceversa, nel modello "documentale" (la cui applicazione più coerente è costituita dal *Mandatsverfahren* austriaco), per l'ammissibilità della domanda è richiesta una base documentale diretta a dimostrare (in misura più o meno ampia, a seconda della concreta regolazione scelta dal legislatore) il fondamento della pretesa azionata. L'ingiunzione costituisce qui un vero e proprio provvedimento emanato all'esito di un'opera di cognizione del giudice e, pertanto, è risolutivamente condizionata all'accoglimento dell'eventuale opposizione che ha ad oggetto tanto la conferma o revoca del provvedimento che l'accertamento del diritto fatto valere. Da ciò discende che l'ingiunzione possa essere dichiarata provvisoriamente esecutiva in pendenza del termine per opporsi o durante il relativo giudizio e che sopravviva all'estinzione di quest'ultimo¹³. Nonostante sia molto rara un'applicazione integrale del modello teorico (puro o documentale che sia), gli ordinamenti nazionali che hanno introdotto il procedimento monitorio tra i loro strumenti di tutela processuale finiscono per optare per l'uno o per l'altro a seconda di fattori quali l'ossequio a tradizioni radicate e il minore o maggiore garantismo che si ritiene debba essere mantenuto in un procedimento destinato a sfociare in un titolo esecutivo con effetti tendenzialmente equiparabili a quelli di una sentenza contumaciale passata in giudicato.

¹² Distinzione oggi largamente accettata ma, in passato, oggetto di critica da parte di altra dottrina. V. **Segni**, *L'opposizione del convenuto*, cit., p. 977 ss., 996, 1004-1005.

¹³ Cfr. **A. Proto Pisani**, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, pp. 551-552.

Questa distinzione, come si è visto, si riflette soprattutto sulla diversa attività demandata all'organo giudicante¹⁴ - e sulla conseguente possibilità di attribuire tale funzione anche ad organi diversi dal giudice togato - nonché sul rapporto col giudizio di opposizione, nell'un caso diretto unicamente ad accertare la fondatezza della pretesa azionata, senza distinzioni rispetto ad un qualsiasi giudizio ordinario (anche in punto di onere della prova); nell'altro, tesa, oltre che a valutare la fondatezza della pretesa, anche ad impugnare l'ingiunzione emessa sulla base del supporto probatorio che, dunque, non viene meno in virtù della semplice proposizione dell'opposizione (così come una sentenza di primo grado non viene meno per la mera proposizione dell'appello) ma sarà confermata o revocata (e quindi sostituita) dalla sentenza emessa al termine del giudizio svoltosi in contraddittorio tra le parti¹⁵.

3. Uno sguardo comparatistico.

Molti Paesi europei, da anni coinvolti nelle vicissitudini del mercato unico e quindi chiamati ad occuparsi delle ragioni del credito degli operatori commerciali, hanno introdotto procedimenti di carattere ingiunzionale. In Inghilterra, la funzione è assolta dal cosiddetto *summary judgment*, una procedura abbreviata che consente di ottenere rapidamente una condanna prima del *trial* nei casi in cui quest'ultimo appaia non indispensabile ai fini della decisione della causa¹⁶.

In questa sede si offrirà al lettore una rapida panoramica di due modelli di procedimento monitorio presenti sul Continente, quello tedesco e quello francese che, vuoi per il prestigio dottrinale e la lunga tradizione applicativa, vuoi per la prossimità geografica e linguistica, risultano i più studiati dalla dottrina spagnola, con ampi riflessi sia nella concreta regolamentazione del *juicio monitorio* adottata dalla LEC che nelle soluzioni interpretative ed applicative elaborate dagli interpreti.

¹⁴ Utilizziamo volutamente questa espressione poiché non in tutti i Paesi la valutazione di ammissibilità della domanda di tutela monitoria è rimessa al giudice.

¹⁵ Per un'analisi approfondita v. **M. Cataldi**, *Il procedimento monitorio e l'opposizione a decreto ingiuntivo*, Milano, 2006; **A. Ronco**, *Ingiunzione (procedimento di)*, in *Il diritto – Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. II, p. 707 ss; **A. G. Diana**, *Il procedimento monitorio – Decreto ingiuntivo – Giudizio di opposizione – Recupero crediti per insoluto su estero*, Padova, 2008, p. XXIV-934 ss.; o anche **F. P. Luiso**, *Diritto Processuale Civile*, 5° ed., Milano, 2009, IV, p. 121 ss.; **G. Balena**, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2010, III, p. 189 ss.;

¹⁶ Per un cenno comparatistico ed utili riferimenti bibliografici v. **G. Tota**, *Il procedimento per ingiunzione: profili storici e di diritto comparato*, in **B. Capponi** (a cura di), *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2005, p. 39 ed ivi le note da 162 a 164. V. **N. Andrews**, *The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution*, Tübingen, 2008; **A. Zuckerman**, *Zuckerman on Civil Procedure*, 2nd ed., London, 2006; **W. Rose – S. Sime – D. French**, *Blackstone's Civil Practice*, Oxford, 2008.

3.1. Il modello tedesco

L'applicazione pratica più fedele (e diffusa) del modello di procedimento monitorio puro si rinviene nel diritto tedesco, modello tenuto in grande considerazione dalla dottrina spagnola al momento di introdurre il proprio istituto.

In realtà, come già a suo tempo notato da Segni¹⁷ inizialmente in Germania si diffuse, attraverso l'opera dei giuristi italiani Angelo Aretino e Andrea Alciato, una peculiare variante del procedimento monitorio, che questi autori (ed altri prima di loro) avevano proposto in Italia ma che qui non aveva sostanzialmente avuto seguito. Secondo questa dottrina il *praeceptum* si risolveva in citazione solo se l'intimato ne dimostrava l'ingiustizia (o, almeno, offriva sufficienti giustificazioni circa la sua infondatezza), dunque l'onere della prova veniva a gravare sul convenuto-intimato.

In Germania, seguendo la teoria sopra esposta, si venne formando un *mandatum cum clausula* che non si risolveva in citazione per effetto della mera comparizione dell'intimato ma la sua efficacia era solamente sospesa dall'opposizione ed il susseguente giudizio verteva sulla sua conferma o revoca, sulla base delle eccezioni allegate dall'intimato.

In un periodo successivo (pare intorno al XVI secolo), per una logica evoluzione, probabilmente dovuta anche all'esistenza in Germania di un processo documentale, si cominciò a ritenere che la concessione del *mandatum* fosse preceduta da una cognizione sul supporto probatorio scritto che il creditore doveva allegare alla domanda. Il *mandatum* veniva perciò emesso solo a seguito di una cognizione (ancorché parziale) del diritto azionato mentre, nella fase di opposizione, era l'ingiunto a dover allegare e provare le proprie eccezioni per ottenere la revoca dell'ingiunzione. L'oggetto del processo di cognizione era dunque costituito dalle eccezioni dell'intimato.

Accanto a questo processo, di larga applicazione pratica, esisteva anche una differente prassi giudiziaria, un *mandatum monitionis* o *monitorium* (pare di ben più ristretta applicazione pratica) che ricalcava la struttura dell'antico *praeceptum cum clausula iustificativa* italiano e dunque era emanato *causa non cognita* ed *inaudita altera parte* e si risolveva in mera citazione in caso di comparizione dell'intimato¹⁸.

Tuttavia una regolamentazione di questo procedimento speciale valida per tutto l'ordinamento non si ebbe fino alla riforma globale della procedura civile operata nel 1877 con la *Zivilprozeßordnung für das Reich*.

¹⁷ V. A. Segni, *Il procedimento intimatorio in Italia*, in *Riv. dir. priv.*, 1927, pp. 310-311 ma anche *L'opposizione del convenuto*, cit., p. 977 ss., in particolare 981 e 984 ss.

¹⁸ Cfr. Segni, *L'opposizione del convenuto*, cit., p. 985 ed ivi nota 4.

Da qui in poi l'istituto conobbe varie riforme, in particolare, quella del 1909 gettò le basi dell'attuale *Mahnverfahren*, riprendendo le caratteristiche proprie dell'antico *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, anche se il giudice doveva comunque motivare, seppur minimamente, il provvedimento di emissione dell'ingiunzione.

Dal 1924, il *Mahnverfahren* divenne utilizzabile per tutte le pretese relative a crediti di somme di denaro o di altre cose fungibili, anche se prive di prova scritta. Giudice competente era esclusivamente il pretore (*Amtsgericht*) a prescindere dal valore del credito ed il procedimento era stato reso obbligatorio (dal 1915) per i crediti rientranti nella competenza per valore di tale giudice.

Lo scritto iniziale doveva contenere l'indicazione delle parti, l'importo totale del credito e la richiesta di emissione del provvedimento ingiuntivo. Questo doveva contenere l'avviso al debitore, di adempiere entro una settimana o di far valere le proprie difese in forma di opposizione. La notifica era effettuata d'ufficio (al pari di quanto avviene nell'ordinamento spagnolo attuale) e aveva l'effetto di interrompere la prescrizione. Il giudizio di opposizione era soggetto alle ordinarie regole di competenza per valore e territorio mentre, in assenza di opposizione, si poteva richiedere al giudice dell'ingiunzione un ordine di esecuzione dell'ingiunzione entro sei mesi dallo spirare del termine per opporsi. L'ordine dell'*Amtsgericht* rendeva l'ingiunzione provvisoriamente esecutiva: si otteneva così la *Vollstreckungsbefehl*, da notificare al debitore a istanza di parte e questi poteva ancora opporsi negli stessi casi e modi previsti per le sentenze contumaciali¹⁹.

Nel 1957 il compito di emettere le ingiunzioni di pagamento e di renderle esecutive a seguito del decorso del termine senza che risultasse proposta opposizione, è stato affidato al *Rechtspfleger*, ausiliario del giudice con importanti prerogative giurisdizionali, al fine di sottrarre al contenzioso dei tribunali migliaia di questioni bagatellari per valore o semplicità di trattazione, così decongestionando i ruoli dei magistrati²⁰.

Nel 1976 la novella della legge processuale (*Vereinfachungsnovelle* del 3 dicembre) ha ampiamente modificato il procedimento monitorio, semplificandone la gestione ed aprendo la via all'informatizzazione dello stesso dato che "ha aumentato la separazione dell'ordine di pagamento dall'accertamento della sussistenza del diritto"²¹. Sono state così modificate

¹⁹ Cfr. **A. Segni**, *El procedimiento intimatorio en Italia*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1965, II, pp. 1042-1044.

²⁰ Cfr. **Bender R. – Eckert H.**, *Rechtspfleger in the Federal Republic of Germany*, in *Access to Justice*, **M Cappelletti – J. Weisner Ed.**, Milano, 1978, Vol. II, 2, p. 479 ss.

²¹ **A. Ronco**, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, p. 9; **C. Dästner**, *Strafffreiheit und Prozessbetrug im automatisierten Mahnverfahren*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1976, 2, 36 ss.; **C. E. Balbi**, voce "Ingiunzione (procedimento di)", in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1997; **Id.**, *Il procedimento per ingiunzione (dopo la*

le norme sulla competenza e si sono introdotti formulari standard per la presentazione della domanda che non necessita più di alcuna motivazione da parte del creditore. Del pari si è dispensata l'autorità giurisdizionale dal dovere di valutare la fondatezza della domanda. Come contropartita a questo snellimento processuale si è aumentato il termine per opporsi all'ingiunzione e si è introdotto l'avvertimento obbligatorio che la fondatezza della pretesa non è stata esaminata dall'organo giurisdizionale nell'emettere il corrispondente ordine di pagamento.

Il procedimento monitorio è ora regolato dai paragrafi da 688 a 703-d Z.P.O. Può essere impiegato solo per domande aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro espressa in moneta nazionale, escluso quando la prestazione dipenda da una controprestazione non ancora realizzata (dunque il credito deve essere liquido ed esigibile) ovvero quando la notifica dell'ingiunzione debba avvenire per proclami. Attualmente è utilizzabile anche se la notifica deve avvenire all'estero nel rispetto degli accordi internazionali di cooperazione giudiziaria stipulati dalla Germania²².

Il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione dell'autorità giudiziaria competente ad emettere l'ingiunzione, i nominativi delle parti e dei loro rappresentanti legali nonché degli eventuali mandatari *ad litem*; la somma concretamente richiesta; la dichiarazione che la domanda non dipende da una controprestazione o che questa è stata realizzata; l'indicazione del giudice competente per l'eventuale giudizio di opposizione. Non occorre invece l'indicazione dei motivi del ricorso (che non sono oggetto di esame in questa fase).

Può altresì contenere due richieste accessorie: che il giudizio sia direttamente rimesso all'autorità giurisdizionale competente in caso di opposizione e che venga immediatamente fissata l'udienza davanti al giudice.

Non dev'essere motivata ma deve risultare chiaro qual'è il credito azionato. Il ricorrente può sempre rinunciarvi fintantoché non sia stata proposta opposizione ovvero sia stata ottenuta la conversione dell'ingiunzione in titolo esecutivo. È ammessa la presentazione orale o via fax o telematica, anche utilizzando appositi formulari prestampati.

In caso la parte non presenti personalmente la domanda, il § 703 Z.P.O. esclude la necessità di allegare all'*Antrag* il mandato: colui il quale presenti la domanda dovrà assicurarsi di avere i necessari poteri di rappresentanza e, vista la semplicità dell'atto, si esclude altresì l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica.

Vereinfachungsnovelle della ZPO federale del 3 dicembre 1976), in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 362 ss.

²² **Tota**, *Il procedimento*, cit., p. 24 ss.; **L. Rosenberg – K. H. Schwab – P. Gottwald**, *Zivilprozessrecht*, München, 2004, p. 1141 ss.; **O. Jauernig**, *Zivilprozessrecht*, München, 2007, p. 285 ss.

La domanda (*Antrag*) è vagliata dal *Rechtspfleger*, ausiliario del giudice (*rectius* “collaboratore della giustizia”²³) che cura il corretto svolgimento del processo sotto la direzione del giudice²⁴. Quest’ultimo interviene solo quando la pronuncia del *Mahnverfahren* è rifiutata dal *Rechtspfleger* ed il ricorrente proponga una sorta di “opposizione” ovvero lo stesso *Rechtspfleger* rimetta la pronuncia al magistrato per il sorgere di difficoltà procedurali o per la necessità di discostarsi dall’orientamento consolidato della corte²⁵.

La valutazione riguarda i soli presupposti processuali generali, quali la competenza giudiziale e la capacità del ricorrente, se la domanda sia correttamente formulata e rientri tra quelle per le quali il procedimento è utilizzabile nonché l’uso dei formulari *ad hoc* e l’avvenuto pagamento delle tasse giudiziarie. Nel caso in cui il *Rechtspfleger* ometta di rilevare l’incompetenza dell’autorità adita, questa potrà essere sollevata come motivo di opposizione.

In caso di esito positivo della valutazione si ottiene un provvedimento denominato *Mahnbescheid* ossia “avviso di intimazione di pagamento” (e non più, come prima della novella, un *Zahlungsbefehl*, ossia “ordine di pagamento”), denominazione impiegata per sottolineare l’assoluta parità delle parti e l’assenza di cognizione sul fondamento della pretesa, circostanza che, peraltro, deve essere espressamente indicata nel corpo del provvedimento²⁶. A questa impostazione consegue che il provvedimento non possa mai essere dichiarato provvisoriamente esecutivo né in fase di concessione né in pendenza del giudizio di opposizione eventualmente proposto.

Le norme sulla competenza sono state profondamente alterate per affidare solamente a sei *Amtsgerichte* il trattamento delle domande monitorie presentate in via informatizzata mentre, nel caso si produca opposizione, riprendono vigore le norme ordinarie sulla competenza giurisdizionale.

La notifica dell’ingiunzione interrompe la prescrizione dell’azione mentre la litispendenza si produce da questo momento solo in caso venga proposta opposizione.

²³ così **M. Bronzini**, *Automatismo elettronico nel nuovo decreto ingiuntivo tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 732.

²⁴ Quest’ultimo interviene solo in caso di ricorso da parte del creditore che abbia visto rigettata la sua richiesta dal *Rechtspfleger* o quando sia il *Rechtspfleger* a rimmettergli la pronuncia in ipotesi tassativamente previste. In tal caso sarà il giudice ad istruire la pratica ed emettere l’ingiunzione ovvero potrà rinviare la questione al *Rechtspfleger* che dovrà conformarsi al principio di diritto individuato dal giudice. Cfr. **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 10, nota 29.

²⁵ **C. E. Balbi**, voce “Ingiunzione (procedimento di)”, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1997, p. 2.

²⁶ Cfr. **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 10.

Unica autorità giurisdizionale competente ad emettere le ingiunzioni è l'*Amstgericht* che costituisca il foro generale del ricorrente (legato al luogo del suo domicilio o, in mancanza, di sua residenza). Nel caso questi non abbia domicilio o residenza in Germania, sarà competente esclusivamente il Pretore di Schöneberg a Berlino.

Il *Mahnbescheid* viene notificato al debitore a cura dell'ufficio assieme all'intimazione di pagare entro due settimane ed all'avvertimento della possibilità di proporre opposizione nello stesso termine. Quest'ultimo può tuttavia ampliarsi fino al momento in cui il creditore non abbia proposto istanza di conversione del *Mahnbescheid* in titolo esecutivo; istanza che deve necessariamente essere proposta, pena la caducazione dell'ingiunzione, entro sei mesi dalla scadenza del termine per l'opposizione.

Nel caso non venga proposta opposizione (*Widerspruch* o "atto di contraddizione") nel termine, il creditore può richiedere al *Rechtspfleger* la pronuncia del *Vollstreckungsbescheid* che conferisce all'ingiunzione l'efficacia di una sentenza contumaciale di condanna provvisoriamente esecutiva. L'ingiunto potrà comunque impugnare anche questo provvedimento mediante la *Einspruch*, ossia l'opposizione prevista per le sentenze contumaciali. Verrà così instaurato un giudizio di cognizione sul merito della pretesa, impedendo all'ingiunzione di acquisire efficacia di giudicato sostanziale ed obbligando il creditore-attore a provare i fatti costitutivi del credito. In questo caso, però, l'esecutività del titolo non verrà sospesa.

A seguito della novella del 1976, in caso di contumacia dell'opponente nel giudizio, non è più concesso al giudice di decidere allo stato degli atti ma la conferma dell'ingiunzione conseguirà solo all'avvenuta prova della fondatezza della pretesa del creditore²⁷.

L'opposizione (*Widerspruch*) al *Mahnbescheid*, soggetta ai termini di decadenza sopra indicati, si propone mediante semplice deposito di una dichiarazione della volontà di opporsi, sfornita di qualsiasi motivazione, nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento. La cancelleria avvisa il ricorrente originario dell'avvenuta opposizione e della necessità di integrare la domanda con gli elementi propri dell'atto di citazione, atto che poi sarà notificato alla controparte col provvedimento di fissazione dell'udienza²⁸.

²⁷ Cfr. **Ronco**, *Struttura*, cit. p. 13.

²⁸ **C.E. Balbi**, *Il procedimento per ingiunzione*, cit., p. 362; **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 13. Si tratta, molto probabilmente, della stessa previsione che avrebbe inteso introdurre il legislatore spagnolo, propenso (come vedremo) a ritenere del tutto caducata l'ingiunzione col la presentazione dello scritto di opposizione al quale consegue un ordinario giudizio di merito sulla pretesa dedotta in giudizio nel ricorso monitorio. Tuttavia la compatta e stringata regolazione del *juicio monitorio* ha posto sul punto numerose questioni che saranno analizzate in seguito, specie *sub* Cap. 3, prf. 8.3.

Il *Mahnverfahren* costituisce dunque la massima espressione pratica del modello puro di procedimento monitorio, nel quale la domanda del creditore non dev'essere suffragata dal minimo supporto probatorio e, addirittura, la cui trattazione è stata sottratta al giudice per essere affidata al *Rechtspfleger*. Di contro, ovviamente, la mera opposizione dell'ingiunto, che non necessita di alcuna motivazione, fa caducare l'ingiunzione ed il giudizio che ne consegue è un normale giudizio ordinario (soggetto a tutte le relative regole, ivi incluse quelle sulla competenza che possono portare ad un giudice diverso da quello che aveva emesso l'ingiunzione) nel quale si discute *ex novo* del merito della pretesa e che deve essere instaurato a cura della parte interessata (solitamente il creditore), mediante istanza al *Rechtspfleger*²⁹.

Accanto a questo procedimento vi è anche un monitorio c.d. "documentale – cambiario", attivabile solo da chi possieda dei documenti o titoli, quali una cambiale o un assegno, in grado di provare la domanda proposta. Nel caso l'ingiunto proponga opposizione, il giudizio segue le forme del processo documentale di cui a §§ 592 ss. ZPO, con limitazione dei mezzi istruttori alla sola produzione di documenti e all'interrogatorio formale. Il convenuto non può proporre domande riconvenzionali né sollevare eccezioni che richiedano l'assunzione di prove costituenti. Il processo termina con una sentenza di condanna con riserva delle eccezioni, provvisoriamente esecutiva³⁰.

Entrambi i modelli processuali presenti nell'ordinamento tedesco sono stati oggetto di attento studio da parte della dottrina spagnola³¹ che sembra aver guardato con una certa ammirazione soprattutto al monitorio puro, sia perché ritenuto l'esempio più valido di strumento processuale a tutela del credito tra i vari procedimenti monitori esistenti in Europa, sia in quanto esso traduce espressamente nella sua regolamentazione alcune idee che ampi settori della dottrina processualistica spagnola tradizionale si sono sempre mostrati restii ad accettare, prima fra tutte il fatto che per certe funzioni non sia affatto necessario l'intervento del giudice e che, per snellire l'amministrazione della giustizia, si possa (o si debba) "degiurisdizionalizzare" questo tipo di funzioni attribuendole a personale

²⁹ A seguito dell'istanza il *Rechtspfleger* trasmette il fascicolo all'ufficio giudiziario competente per il giudizio di merito, la cui cancelleria comunicherà al creditore di integrare e motivare la propria domanda "in una forma corrispondente all'atto di citazione", nel termine di due settimane. Cfr. **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 13, **Bronzini**, *Automatismo*, cit., p. 739 ss.

³⁰ **Tota**, *Il procedimento*, cit. p. 28; **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 14.

³¹ Per un'analisi che avvicina espressamente il *juicio cambiario* al *Urkunden - und Wechselprozess* tedesco v. **J. P. Correa Delcasso**. *El juicio cambiario en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: análisis comparativo con el derecho alemán, naturaleza jurídica y consideraciones en tono a su futura incidencia práctica en el derecho español*, in *La Ley*, 1999, 4, D-70, p. 1713 ss.

altamente qualificato in modo che i giudici dispongano di più tempo da dedicare a questioni più importanti e di carattere strettamente giurisdizionale³². Queste idee, presenti fin da prima dell'approvazione della LEC del 2000, hanno certamente influito sulla recentissima riforma approvata a novembre del 2009, con la quale il monitorio spagnolo ha visto ampliato il proprio raggio di azione ed è stato sicuramente avvicinato al modello tedesco attraverso il potenziamento della figura del *Secretario judicial* che sembra oggi rivestire un ruolo simile al *Rechtspfleger*, al quale è affidato il vaglio preliminare di ammissibilità degli atti introduttivi del giudizio³³.

3.2. Il modello francese

Nella sua evoluzione storica, l'ordinamento francese è venuto via via sviluppando forme di tutela differenziata per certi tipi di pretese, generando così un quadro piuttosto complesso ed eterogeneo di riti speciali.

L'antico *Code de procédure* napoleonico del 1806 disciplinava un processo ordinario macchinoso e assai formalistico e, accanto a questo, enucleava delle "materie sommarie" (*matières sommaires*) nelle quali alleggeriva il rito – definito *procédure sommaire* – di una parte di formalità³⁴. Seguiva quindi la regolazione del rito processuale da seguire davanti ai tribunali commerciali, processo di cognizione piena più semplice ed agile del rito ordinario ma appesantito da alcuni richiami alle norme previste per quest'ultimo; nonché una serie di procedimenti speciali, molto diversi tra loro e con ambito di applicazione ristretta, ed uno strumento di più vasta applicazione chiamato *reféré*, invocabile sulla base della sussistenza di un generico requisito di "urgenza".

Nella prima metà del Ventesimo secolo, con lo scoppio della seconda rivoluzione industriale ed il rifiorire dei commerci, in un clima di profondo mutamento economico e sociale, l'ordinamento (processuale, per quanto qui interessa) cominciò a denotare tutti i propri limiti, dunque, soprattutto sotto la spinta delle richieste di rinnovamento dei giuristi pratici, si iniziò a ripensare il ruolo del giudice e della giustizia come servizio pubblico, favorendo la composizione monocratica dell'organo giudicante a scapito del collegio ed aumentandone i poteri d'ufficio³⁵.

Il 1935 segnò l'inizio della stagione delle riforme della procedura civile, tese a semplificare il rito ordinario modificando, e talvolta abrogando, numerose norme del codice, in larga misura già cadute in

³² Cfr. **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio*, Barcellona 1998, p. 172.

³³ Sulla recente riforma del *juicio monitorio* si tornerà in seguito, *sub* cap. 3, prf. 9.

³⁴ **E. Glasson – A Tissier**, *Procédure civile*, Parigi, 1926, vol. II, p. 518 ss.

³⁵ Sulle ragioni e l'evoluzione del diritto processuale francese v. **E. Blanc**, *La nouvelle procédure civil*, Parigi, 1973, p. 2

desuetudine mentre, a livello generalizzato in tutto il Paese³⁶, il procedimento monitorio venne introdotto nel 1937 al fine di risolvere il problema del “recupero di piccoli crediti commerciali”. Si era infatti notato che, farlo attraverso il processo ordinario, aveva costi che, la maggior parte delle volte, erano assolutamente sproporzionati all’ammontare del credito azionato. Così, stante anche l’incertezza circa gli esiti di qualsiasi giudizio, i creditori preferivano accettare transazioni sfavorevoli o non riscuotere affatto³⁷.

Pur limitato ad un ambito assai ristretto di pretese, questo istituto ha rappresentato una tappa molto significativa nell’evoluzione del diritto processuale francese, costituendo il primo procedimento sommario, a vocazione satisfattiva, svincolato dal requisito dell’urgenza.

Negli anni seguenti, a partire del 1941, il procedimento ha subito numerose riforme che ne hanno ampliato progressivamente l’ambito applicativo, innalzando il limite di valore previsto per la sua fruibilità ed estendendolo tanto all’ambito civile che commerciale fino ad includere anche i crediti nascenti da contratto o da cambiale o assegno. La completa rimozione del limite di valore è avvenuta con decreto 790-1972 del 28 agosto e dal 1981, per garantire maggiormente il diritto di difesa dell’ingiunto, si è affidata ogni attività di notifica dell’ingiunzione agli *Huissiers de justice* e si è stabilito chiaramente che nel giudizio di opposizione possa essere allegata e discussa qualsiasi questione, come se si trattasse di un normale giudizio di cognizione³⁸.

L’attuale *Nouveau code de procédure civile* francese, nel libro terzo, dedicato alle “*Dispositions particulières à certaines matières*” prevede due procedimenti speciali, a struttura monitoria, per la tutela di obbligazioni e contratti, a seconda che oggetto della pretesa insoddisfatta sia un credito

³⁶ È stato segnalato come si conoscessero già applicazioni di questo procedimento regolate in alcune disposizioni sparpagiate nell’ordinamento francese – Cfr. **A. Saint-Cricq**, *La procédure d’injonction de payer*, thèse Paris II, 1977; né va dimenticato che, nel codice di procedura civile dell’Alsazia, l’istituto era noto fin dal 1871 a seguito della conquista da parte dei tedeschi e pare riscuotesse un certo successo tra i pratici del diritto. Cfr. **A. Chéron**, *Variétés de quelques institutions allemandes de procédure maintenues en vigueur par le projet d’introduction de lois françaises*, in *R.D.T.C.*, 1923, p. 723.

³⁷ Cfr. l’Esposizione dei motivi del D.L. 25.8.1937 in *J.O.*, 27.8.1937, p. 9829. Si noti l’assonanza pressoché totale con le motivazioni che hanno spinto il legislatore spagnolo ad introdurre il rito monitorio nella LEC del 2000.

³⁸ Per una ricostruzione degli interventi legislativi ed un’analisi dell’istituto, v. **R. Perrot**, *Il procedimento per ingiunzione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1986. **L. Cadiet – E. Jeuland**, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2009, p. 629 ss.; **C. Chainais – G. Tapie**, *L’injonction de payer: maniement et remaniements*, in *Recueil Dalloz*, 2009, AL 860; **X. Lagarde**, *Réformer l’injonction de payer. Défense d’une proposition*, in www.lexisnexis.com ed ivi le indicazioni di ricerca.

pecuniario o un'obbligazione fungibile di fare: si tratta della *injonction de payer* e dell'*injonction de faire*³⁹.

L'istituto, come accennato in precedenza, fu introdotto sulla spinta delle pressanti richieste delle Camere di commercio che, lamentando un crescente numero di piccoli crediti impagati per i quali i commercianti spesso rinunciavano ad agire in giudizio spaventati dai costi e dai tempi del processo, chiedevano l'introduzione di un procedimento analogo al *Mahnverfahren* tedesco o al procedimento per ingiunzione italiano del 1924.

L'*injonction de payer*, regolata agli artt. da 1405 a 1425 N.C.P.C., costituisce secondo alcuni autori un'interessante ed originale rivisitazione del modello di procedimento monitorio puro, nel quale l'influenza dell'antico processo documentale ha inciso assai meno rispetto al corrispondente istituto italiano. Infatti, l'allegazione di un supporto probatorio al ricorso gioca un ruolo quasi marginale, contentandosi il legislatore di una valutazione di probabile sussistenza o "verosimiglianza" del diritto azionato⁴⁰; non esistono ipotesi di provvisoria esecuzione dell'ingiunzione né in fase di emissione né durante il giudizio di opposizione; la mera opposizione dell'ingiunto, anche non motivata, fa cadere nel nulla l'ingiunzione ed impone l'avvio di un processo ordinario di cognizione avente ad oggetto il diritto di credito azionato dal ricorrente, la cui sentenza definitiva costituisce dunque l'unico provvedimento che statuisce sul diritto⁴¹.

Questo procedimento è nettamente preponderante nella prassi rispetto all'ingiunzione di fare, tuttavia rimane un istituto limitato alle sole azioni di condanna e ad applicazione tipizzata per certi tipi di crediti soltanto. A norma dell'art. 1405 si estende a due categorie di crediti pecuniari: 1) quelli di natura contrattuale o statutaria determinati o determinabili nel loro ammontare per espressa previsione legislativa (es. interessi legali) o in virtù di una clausola penale eventualmente inserita nel contratto; ovvero 2) rappresentati da cambiale o vaglia cambiario, ovvero scaturenti dalle obbligazioni conseguenti all'emissione o accettazione dell'uno o dell'altro titolo.

Assieme ad altri fattori, come la limitazione per valore delle pretese, gradualmente rimossa nel tempo, l'inderogabilità delle norme di competenza territoriale stabilite per il deposito del ricorso, la non riproponibilità dell'istanza in caso di mancata emissione del provvedimento, la peculiare decorrenza del *dies a quo* per proporre opposizione, la validità dell'atto di opposizione pur se privo di motivazioni, la decadenza del provvedimento qualora l'apposizione della formula esecutiva non venga

³⁹ L'*injonction de payer* è stata introdotta con decreto del 12 maggio 1981, quella *de faire*, invece, con decreto del 4 marzo 1988.

⁴⁰ Cfr. **Balbi**, voce *Ingiunzione*, cit., p. 3.

⁴¹ Cfr. **C. Silvestri**, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, p. 255-256.

richiesta entro il termine perentorio stabilito, anche la selezione delle pretese è probabilmente indice della diffidenza del legislatore francese verso questo tipo di tecnica di sommarizzazione basata sulla posticipazione del contraddittorio che, in Francia, tradizionalmente si riserva ai soli provvedimenti provvisori e d'urgenza⁴².

Si avrà modo di vedere in seguito, nell'analisi del *juicio monitorio* spagnolo, come, anche in Spagna, ragioni prudenziali e di diffidenza verso un istituto con scarso radicamento nella tradizione giuridica, abbiano portato ad introdurre una limitazione delle pretese azionabili ed un limite di valore (solo recentemente innalzato), nonché norme di competenza esclusiva speciali per il rito monitorio, oltre ad un provvedimento mai munito di provvisoria esecutorietà e destinato a venir meno con la semplice opposizione dell'intimato.

Tornando alle pretese deducibili in via monitoria, il primo gruppo costituisce il campo applicativo principale della procedura, nel quale, a partire dal 1981, il legislatore ha inserito anche le obbligazioni a carattere statutario per favorire la riscossione delle somme dovute ad enti previdenziali e mutualistici o agli ordini professionali⁴³. Il carattere "commerciale" del credito viene definito in negativo, escludendo i crediti nascenti da fatto illecito o da fonte extracontrattuale quale l'arricchimento senza causa o la *negotiorum gestio*.

Il credito deve essere determinato o determinabile in base alla legge o ad una stipulazione contrattuale e, pur in assenza di specifica previsione, si ritiene debba anche essere liquido⁴⁴. Con la riforma del 1981 si è anche risolta positivamente la questione se fosse possibile includere nella richiesta somme dovute sulla base di una clausola penale, a lungo dibattuta in virtù del potere officioso del giudice di ridurre l'ammontare ove manifestamente eccessivo ovvero in caso di inadempimento solo parziale che, a detta di alcuni, avrebbe reso indeterminato il *quantum*⁴⁵.

Quanto al secondo gruppo, si ritiene che l'enumerazione sia tassativa con conseguente esclusione dell'impiego dell'istituto sia in relazione agli assegni sia in relazione a titoli nulli. Si tratta di una previsione oggetto di forti critiche ma che, al momento, non è stata modificata⁴⁶.

L'atteggiamento restrittivo verso la procedura in generale e verso i limiti di ammissibilità in particolare, ha avuto riflessi sul provvedimento di rigetto del ricorso per non rientrare la pretesa tra quelle previste dall'art.

⁴² **Id.**, *Ibid.*

⁴³ V. *Rapport au Premier Ministre*, in *Gaz. Pal.*, 1981, 1, *Lég.*, p. 301 ss.; **R. Perrot**, *La procédure d'injonction de payer*, in *Revue des Huissiers de Justice*, 1988, p. 416.

⁴⁴ **P. Estoup**, *La pratique des procédures rapides*, Parigi, 1990, p. 288.

⁴⁵ V., p.e., **J. Miguet**, *Procédures particulières. Procédure d'injonctions de payer*, *Juris-Classeur*, in *Rép. Proc. Civ.*, Parigi, 1982, fasc. 990, n. 33. Una discussione simile è sorta, come si vedrà in seguito, anche in relazione al *juicio monitorio*.

⁴⁶ **R. Perrot**, *Il procedimento per ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 724.

1405 NCPC: inizialmente la giurisprudenza parlava di “*vice fondamentale*”, rilevabile per la prima volta dinnanzi alla Corte di cassazione. La soluzione, che consentiva la cassazione per motivi puramente formali, era chiaramente irrazionale, così si è passati a qualificare il difetto di un presupposto come “vizio di incompetenza”. Si tratta di una scelta fortemente criticata da una parte della dottrina che preferirebbe qualificare il vizio come “*fin de non-recevoir*”⁴⁷ ma l’opzione giurisprudenziale ha importanti riflessi pratici dato che il *fin-de non recevibilité* è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio mentre quello d’incompetenza solo *in limine litis* e prima di ogni altra difesa nel merito.

La documentazione da allegare al ricorso non è indicata nell’art. 1405 N.C.P.C., dedicato ai requisiti per l’ammissibilità dell’istanza, ma nell’art. 1407, relativo al contenuto dell’atto introduttivo, ove si afferma che la domanda deve essere proposta *par requête* (con ricorso) contenente il nome delle parti ed il loro domicilio, l’indicazione esatta dell’importo richiesto ed il suo fondamento e che “*est accompagnée des documents justificatifs*”, esaurendo con ciò ogni riferimento al supporto documentale. La dottrina ritiene che i documenti debbano essere tali da consentire al giudice di valutare il rispetto dei requisiti *ex art.* 1405, ovvero la natura del credito ed il suo ammontare⁴⁸ e che dunque si tratti di mezzi di prova e non di presupposti formali di ammissibilità

La competenza giurisdizionale è attribuita, *ratione materiae*, con normativa considerata d’ordine pubblico, ai *Tribunaux d’instance* o ai *Tribunaux de commerce* (i primi vengono così ad avere competenze esorbitanti rispetto alle ordinarie regole di competenza per valore) e poi ripartita tra di essi secondo specifiche regole di competenza territoriale⁴⁹, anch’esse ritenute di ordine pubblico, che consacrano il principio *actor sequitur forum rei*, attraverso il riferimento al concetto di *demeure* del convenuto, nel quale, in relazione alle persone fisiche, si ricomprendono residenza e domicilio mentre, in relazione a quelle giuridiche, “il luogo in cui sono stabilite”, espressione nella quale si ricomprendono tanto la sede legale quanto le agenzie o succursali. Se poi vi è pluralità di convenuti residenti in circoscrizioni diverse, il creditore può presentare la richiesta monitoria davanti al tribunale del luogo di residenza di uno qualsiasi di essi⁵⁰.

⁴⁷ **R. Perrot**, *Injonction de payer. Condition d’application: créance de nature contractuelle (nature de la sanction)*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1986, 192 ss.

⁴⁸ **Estoup**, *La pratique*, cit., p. 298.

⁴⁹ In sostanza il tribunale commerciale è competente nei casi in cui il diritto derivi da una cambiale, ovvero quando il debitore sia un commerciante ed è stato compiuto un negozio commerciale o misto. Per tutte le altre ipotesi è prevista la competenza residuale del tribunale di primo grado. Cfr. **G. Fau – A. Debeaurain**, *De la compétence en matière d’injonction de payer*, in *Annales des loyers*, 1977, p. 80 ss.

⁵⁰ Cfr., anche per interessanti riferimenti giurisprudenziali, **Silvestri**, *Il référé*, cit., p. 266.

Il giudice deve esaminare e rilevare d'ufficio la propria incompetenza. Se però non lo fa, l'eccezione è proponibile dall'ingiunto opponente nel corso del giudizio di opposizione: non occorre infatti che lo faccia nell'atto di opposizione che, in sé per sé, non necessita di alcuna motivazione ma nel primo scritto difensivo del successivo giudizio di cognizione⁵¹.

L'atto introduttivo, ossia la *requête*, necessariamente scritto, deve contenere i dati identificativi delle parti e la chiara indicazione dell'origine del credito nonché un conteggio preciso delle varie voci richieste per spese e interessi dovuti oltre al capitale. Assieme ad essa vanno depositati i documenti giustificativi della pretesa che rimangono a disposizione della controparte presso la cancelleria del giudice. Il ricorso va depositato presso il Tribunale (anche mediante consegna in cancelleria mediante lettera raccomandata) e, vista la sua semplicità e l'intento di ridurre al minimo i costi della procedura per favorire l'accesso all'istituto dei creditori di piccole somme, non richiede l'assistenza obbligatoria di un avvocato. Può essere infatti avanzata da "*tout mandataire*", espressione nella quale la giurisprudenza fa ormai rientrare anche il *huissier* che non necessita di procura speciale per iscritto ma, in applicazione dell'art. 416 N.C.P.C. deve "giustificare il mandato", salvo si tratti di ufficiale abilitato alla rappresentanza o di avvocato, soggetti dispensati dalla prova⁵².

Chi decide di avvalersi dell'assistenza tecnica ne sopporta i costi, non ripetibili dall'altra parte nella condanna monitoria. Nel caso di opposizione riprendono invece vigore le ordinarie regole sulla postulazione nel processo civile.

La presentazione della *requête* investe la corte del dovere di pronunciarsi ma non interrompe la prescrizione fino al momento della sua notifica al debitore che avviene contestualmente al provvedimento del giudice⁵³.

A tenore dell'art. 1409 N.C.P.C., il giudice accoglie il ricorso se, sulla base dei documenti allegati, la domanda gli "appare" fondata. La valutazione è dunque rimessa al suo prudente apprezzamento, con ampi margini di discrezionalità. Il criterio guida è qui di tipo funzionale e teleologico: nella valutazione del materiale probatorio non si potrà essere più rigorosi di quanto non si sarebbe in un giudizio contumaciale né eccessivamente liberali, onde evitare il proliferare di giudizi di opposizione con totale svilimento della stessa ragion d'essere dell'istituto. Il giudice potrà inoltre chiedere al ricorrente di integrare la prova o fornire ulteriori

⁵¹ Cass. 23.2.1972, in *Boletín civil*, II, n. 54.

⁵² Cfr. Cass. civ., 5 novembre 1975, in *Rev. trim. droit civ.*, 1976, p. 204, con osservazioni di **Perrot**. Sul mandato alle liti, v. **J. Viatte**, *Le mandat ad litem*, in *Gaz. Pal.*, 1976, *Doctr.*, p. 392.

⁵³ **Solus H. – Perrot R.**, *Procédures de injonction*, in *Droit judiciaire privé*, Parigi, 1991, p. 1204.

spiegazioni e chiarimenti⁵⁴. In ogni caso, si ritiene che “nello spirito della legge, il ruolo del giudice deve limitarsi a valutare le apparenze, senza esigere una prova incontestabile”⁵⁵.

Il provvedimento viene steso in calce al ricorso e in nessun caso necessita di motivazione⁵⁶. In caso di accoglimento totale della domanda non si pongono particolari problemi: ricorso e provvedimento dovranno essere notificati in copia autentica (l'originale rimane sempre depositato in cancelleria), su istanza del ricorrente. In caso di rigetto il provvedimento non è suscettibile di ricorso: esso preclude la riproposizione della richiesta in via monitoria ma non la possibilità di far valere il diritto in via ordinaria (art. 1409 NCPC). Ipotesi peculiare, oggetto di specifica disciplina legislativa, è l'accoglimento solo parziale della domanda: in tal caso il ricorrente può scegliere se rinunciare al ricorso e procedere in via ordinaria per l'intero ovvero notificare ugualmente l'ingiunzione così ottenuta. Ciò, tuttavia, comporta automaticamente la rinuncia a quella parte del credito non inclusa nell'ingiunzione. Il legislatore ha così evitato il rischio di contenziosi in parallelo ed i conseguenti possibili problemi di conflitto di giudicati⁵⁷.

Il giudice, pur se non obbligato, è solito motivare succintamente il rigetto o l'accoglimento solo parziale della richiesta, attivando così un dialogo col ricorrente che consente a quest'ultimo di riproporre domande debitamente riviste ed integrate sulla base dei suggerimenti ottenuti⁵⁸.

La notificazione è oggetto di attenta regolamentazione data la particolare importanza che assume in un procedimento in cui la controparte è condannata prima ancora di essere ascoltata. Per rispettare il diritto di difesa è fondamentale garantire che l'ingiunto riceva adeguata informazione circa i propri diritti ed il modo di esercitarli⁵⁹. Essa è oggi affidata in via esclusiva agli *huissiers de Justice*, professionisti che offrono adeguate garanzie in tal senso⁶⁰. Deve essere effettuata (a tutti gli ingiunti se ve n'è

⁵⁴ Su questa fase, anche per un panorama della prassi giurisprudenziale, v. **Estoup**, *La pratique*, p. 300 ss.

⁵⁵ **Perrot**, *Il procedimento per ingiunzione*, cit., p. 728.

⁵⁶ Ma che normalmente viene motivato dai giudici francesi che paiono sentirsi piuttosto a disagio nell'emettere provvedimenti non motivati. Cfr. **Perrot**, *Congrès de La Baule*, cit. e la sentenza riportata in *Riv. Trib. De Casation*, 1966, jurisp., p. 386; **P. Weil**, *La nouvelle injonction de payer*, in *Gazette du palais*, 1981, *doctr.*, p. 486 ss.

⁵⁷ V. *Rappor au Premier Ministre, Décret du 12 mars 1981*, in *J.C.P.*, 1981, numero speciale 3 bis, p. 6. La previsione è tuttavia oggetto di forti critiche dottrinali. Cfr. **Mas**, *Injonction de payer*, in *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Parigi, 1997, vol. III, 6, n. 22.

⁵⁸ Così **Estoup**, *La pratique*, cit., p. 299 ss.

⁵⁹ **Perrot**, *La procédure*, cit., p. 421,

⁶⁰ Prima della riforma del 1981 vigeva infatti un sistema duale di notificazioni, a seconda del valore delle pretese azionate. Se inferiore all'importo del *taux de ressort* provvedeva il cancelliere mediante raccomandata con ricevuta di ritorno. Al di sopra di tale limite o se la ricevuta non risultava firmata dall'ingiunto, la notifica veniva effettuata da un *huissier*. La

più di uno) nel termine massimo di sei mesi dall'emissione del provvedimento che altrimenti si considera inefficace. Ciò per evitare manovre fraudolente di creditori in mala fede che preferivano aspettare del tempo per vedere se il debitore si dimenticava del debito o smarriva prove a suo favore.

Il contenuto della relazione di notifica è espressamente previsto dall'art. 1413 N.C.P.C. a pena di nullità. Si tratta di ben otto menzioni necessarie che in Italia sono contenute nel provvedimento del giudice mentre in Francia sono affidate al soggetto notificante: debbono infatti essere esposte, anche oralmente, dal *huissier*. In particolare si tratta di:

1. obbligo di pagare al creditore l'importo totale richiesto oltre le spese processuali e gli interessi legali;
2. possibilità di formulare opposizione all'ingiunzione se si hanno mezzi di difesa da spendere;
3. termine entro il quale proporla;
4. tribunale davanti al quale proporla;
5. forma in cui l'opposizione deve essere proposta;
6. avvertimento che i documenti prodotti dal ricorrente sono a disposizione in cancelleria;
7. avvertimento che, non opponendosi nel termine previsto, non si avranno in seguito altri mezzi di impugnazione;
8. avvertimento che, non opponendosi nel termine, si potrà subire l'esecuzione forzata.

I principali effetti della notifica sono due: costituire in mora il debitore ed interrompere la prescrizione dell'azione del ricorrente, oltre a porre il debitore davanti alla scelta se pagare, opporsi all'ingiunzione o restare inerte, subendo le relative conseguenze⁶¹.

L'ordinamento si preoccupa di garantire il diritto di difesa e dunque la conoscenza dell'ingiunzione stabilendo che la notifica di essa possa avvenire secondo le ordinarie regole in materia ma il *dies a quo* del termine per opporsi inizi a decorrere solo dalla notifica effettuata personalmente all'intimato ovvero dal compimento del primo atto di esecuzione, soluzione con la quale l'ordinamento francese si occupa di rimediare alla situazioni che in Italia sono prese in considerazione attraverso l'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c.⁶²

riforma, introdotta sulla scorta delle tesi avanzate dal Prof. **Perrot**, era stata avversata da alcuni Autori e da una parte della magistratura, soprattutto per il fatto che affidare sempre la notifica agli *huissiers de Justice* avrebbe comportato un notevole aumento dei costi, talvolta sproporzionati all'importo del credito azionato. Cfr. **Perrot**, *La procédure*, cit., p. 422; **Estoup**, *La pratique*, cit., p. 304.

⁶¹ Sulla fase della *signification* v. **Mas**, *Injonction de payer*, cit., 6, n. 23 ss. ; **Estoup**, *La pratique*, cit., p. 304 ss.

⁶² **Silvestri**, *Il référé*, cit., p. 270.

La fase monitoria in senso stretto, oltre che col pagamento della somma ingiunta, si conclude con l'opposizione o con la dichiarazione di esecutorietà del mandato.

In quest'ultimo caso, l'apposizione della formula esecutiva non può essere richiesta prima del decorso del termine stabilito per l'opposizione dell'ingiunto (un mese dalla notifica, se effettuata a lui personalmente, ovvero un mese dal giorno in cui un atto di esecuzione dell'ingiunzione gli sia stato notificato personalmente ovvero, ancora, "dalla prima misura di esecuzione avente l'effetto di rendere indisponibili in tutto o in parte i beni del debitore")⁶³ né oltre un mese dopo la scadenza di tale termine o dopo la *desistenza* dell'intimato dal giudizio di opposizione eventualmente instaurato. Quest'ultima previsione ha la finalità di evitare abusi del diritto da parte del creditore che potrebbe usare l'ingiunzione non come strumento per recuperare quanto di sua spettanza ma quale mezzo di illecita pressione sul debitore *sine die*. La mancata richiesta della formula esecutiva nei termini sopra indicati comporta la totale caducazione dell'ordinanza che si considera "*non avenue*"

Fino alla riforma del 1981, il visto di esecutorietà era apposto dal giudice e, almeno in teoria⁶⁴, supponeva una verifica che tutto il procedimento si fosse svolto correttamente. Una conseguenza importante di questa impostazione era la ricorribilità di tale visto al pari di qualsiasi provvedimento giudiziale. Il nuovo art. 1423 del codice di procedura attribuisce invece il compito di dichiarare esecutiva l'ingiunzione al cancelliere. Si tratta di una norma definita da alcuni "giuridicamente eretica", posto che la forza esecutiva di un provvedimento giudiziale promana sempre da un ordine del giudice e non dalla firma di un cancelliere⁶⁵, e che ha generato varie questioni di non facile soluzione.

A mente dell'art. 1422 N.C.P.C., l'ingiunzione dichiarata esecutiva produce gli stessi effetti di una sentenza definitiva di condanna resa di un ordinario processo di cognizione⁶⁶ e, pertanto, ai fini dell'esecuzione deve essere notificata al debitore. Tuttavia essa è espressamente dichiarata non appellabile e, il tenore della norma, esclude anche che sia suscettibile di ricorso *de opposition*, mezzo riservato al convenuto contumace⁶⁷. Sono

⁶³ **Ronco**, *Struttura*, p. 19.

⁶⁴ I giudici la consideravano infatti un'inutile formalità routinaria e pertanto sono stati i primi a spingere per l'attribuzione del compito al cancelliere. Cfr. **Solus – Perrot**, *Procédures*, cit., p. 1226.

⁶⁵ Per un'analisi del funzionamento del precedente sistema del visto, v. **Perrot**, *La procédure*, cit., pp. 422-424.

⁶⁶ Estendendosi l'efficacia di giudicato sostanziale alla validità del contratto che ha costituito la base dell'ingiunzione – Cass. civ., 24 maggio 1978, in *J.C.P.*, 1978, IV, p. 226; ovvero alla prescrizione del credito, Cass. civ., 29 maggio 1979, *ivi*, 1979, IV, p. 255.

⁶⁷ La *ratio* di tale norma si comprende sol che si pensi alle garanzie dalle quali è assistita l'attività di notifica dell'ingiunzione, tali da escludere che l'intimato non ne abbia avuto tempestiva conoscenza.

invece ammessi l'opposizione del terzo pregiudicato dall'ingiunzione e, nonostante una serie di gravi problemi interpretativi sorti a seguito della riforma del 1981, il ricorso per cassazione⁶⁸.

Da ultimo, l'ingiunzione notificata può essere oggetto di opposizione da parte dell'intimato che, dalla riforma del 1981⁶⁹, si considera aprire la seconda fase di un unico procedimento, costituita da un processo ordinario di cognizione sulla pretesa azionata dal ricorrente in via monitoria e che vede l'ingiunzione privata di qualsiasi effetto.

A partire dal 1981, l'intimato è rimesso nella stessa posizione di un qualsiasi convenuto nel processo ordinario, dunque si è tolta al giudice la possibilità di decidere allo stato degli atti, accogliendo la domanda del creditore in caso di contumacia del convenuto ed il divieto di proporre domande incidentali o in garanzia. Viceversa la domanda può essere accolta solo se il creditore-attore abbia assolto al proprio onere probatorio in accordo con le normali regole⁷⁰.

Frutto dell' "impurità" del modello francese, in questa sede, è il fatto che il giudizio di opposizione ha ad oggetto sia la regolarità dell'ingiunzione che il diritto di credito azionato, tuttavia, a differenza di quanto avviene in Italia, stante la qualificazione del difetto di un presupposto formale per l'accesso all'istituto monitorio operato dalla giurisprudenza, la verifica di tale vizio può portare ad una pronuncia di mero rito a chiusura del giudizio di cognizione.

⁶⁸ Si tratta di una delle questioni più spinose legate alla soppressione del visto di esecutorietà e all'affidamento della dichiarazione di esecutività al cancelliere. La Cassazione francese escludeva infatti che potessero farsi valere una vasta serie di vizi che potevano essere dedotti come motivi di opposizione ma non lo erano stati. Tuttavia, per non precludere del tutto questa impugnazione, aveva stabilito il principio per cui era ricorribile per cassazione il provvedimento con cui il giudice vistava l'ingiunzione, così approvando i precedenti atti del procedimento. Riteneva la Corte che si trattasse di un provvedimento dell'autorità giudiziaria che poneva definitivamente fine ad una lite e pertanto suscettibile di ricorso per cassazione (sent. 13.11.1974, in RDTC, 1975, jurisp., p. 379, con commento di **Perrot**). Con la soppressione del visto e l'affidamento del compito di dichiarare esecutiva l'ingiunzione al cancelliere è pertanto venuto meno il sostrato sul quale poggiava questa ricostruzione e non è chiaro su quali basi possa ritenersi impugnabile davanti alla Suprema Corte un atto che non è neppure emanato da un giudice. La Corte, per non chiudere le porte del ricorso per cassazione, si è vista costretta ad una strana ricostruzione (sent. 6.4.1987, in RDTC, jurisp., p. 609, commentata da **Perrot**), assimilando l'ingiunzione resa esecutiva dal cancelliere ad una sentenza definitiva resa in contraddittorio. Resta però aperto il problema di quali vizi siano denunciabili, posto che non si tratta di vizi del soppresso "visto di esecutorietà" ma attinenti alla stessa ingiunzione, col rischio di rendere il giudizio per cassazione alternativo all'opposizione.

⁶⁹ Anno di un'importante riforma con la quale il procedimento monitorio comune è stato armonizzato con quello vigente nei dipartimenti dell'Alsazia-Lorena. Cfr. **G. Endreo**, *La réforme de la procédure d'injonction de payer*, in *Dalloz*, 1981, *Cron.*, p. 319.

⁷⁰ **Silvestri**, *Il référé*, cit., pp. 271-272, anche con utili riferimenti giurisprudenziali in nota 91 e 93.

D'altro canto, si decide *ex novo* sulla pretesa dedotta in giudizio, non esistono ipotesi di provvisoria esecuzione del provvedimento ingiuntivo che si considera venuto meno anche in caso di estinzione del giudizio, salvo il caso di *désistement* da parte dell'intimato opponente, che autorizza il ricorrente a richiedere l'apposizione della formula esecutiva sull'ordinanza ingiuntiva. Anche in caso di rigetto, la sentenza si sostituisce interamente all'ingiunzione e sarà soggetta alle ordinarie impugnazioni⁷¹.

Infine, occorre distinguere tra lo scritto di opposizione dell'intimato ed il susseguente giudizio di cognizione. Il primo, a norma dell'art. 1415 N.C.P.C., può essere proposto anche mediante dichiarazione verbale o invio di lettera raccomandata presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento ma tale precisazione della corte ha il solo scopo di far conoscere al giudice l'esistenza dell'opposizione, impedendo l'apposizione della formula mentre non ha niente a che vedere con la competenza giudiziale per il giudizio di merito che rimane regolata dalle norme ordinarie in materia, non sussistendo alcuna ipotesi di competenza funzionale dello stesso giudice che ha emanato l'ingiunzione opposta.

Circa il contenuto di questo scritto di opposizione, in assenza di specifiche previsioni legislative, si ritiene sufficiente la chiara volontà di opporsi all'ingiunzione anche se sfornita di qualsiasi motivazione⁷².

Il giudizio di opposizione è invece considerato un ordinario giudizio di merito che dovrà essere correttamente instaurato a cura del ricorrente-attore secondo le ordinarie regole, anche di competenza.

Probabilmente la soluzione dell'ordinamento francese era presente nella mente del legislatore spagnolo che intendeva adottare una scelta simile se non identica. Tuttavia, come si avrà modo di vedere, la scarsa regolazione dell'istituto e l'originalità di certe scelte hanno reso assai controversa la questione, con posizioni assai differenti in dottrina e giurisprudenza e ci hanno spinto a proporre una possibile tesi ricostruttiva, ancorata tanto al dato legislativo quanto ai criteri ormai acquisiti all'istituto dall'interpretazione e dalla prassi applicativa⁷³.

Quanto all'*injonction de faire* (artt. 1425-1 e ss. N.C.P.C.), essa ha ad oggetto solamente obbligazioni fungibili di fare il cui valore non ecceda il limite di competenza del *Tribunal d'instance*. La fase senza contraddittorio è analoga a quanto visto per l'ingiunzione di pagamento, all'accoglimento del ricorso consegue però l'emanazione di un'ordinanza ingiuntiva e la fissazione dell'udienza di discussione ove la stessa verrà confermata o revocata nel contraddittorio delle parti. Se la prestazione viene eseguita, il ricorrente deve informare il tribunale, altrimenti il giudice dichiara caduca la procedura. Se invece l'ingiunzione rimane ineseguita il

⁷¹ Cfr. **Id.**, *Ibid.*, p. 273.

⁷² **Id.**, *Ibid.*, p. 274 e gli interessanti riferimenti giurisprudenziali ivi richiamati nelle note.

⁷³ Cfr., in particolare, cap. 3, prf. 8.3.

giudice decide sulla domanda dopo aver esperito un tentativo di conciliazione⁷⁴.

4. La genesi della nuova LEC spagnola e, in particolare, l'introduzione del procedimento monitorio.

La necessità di operare una riforma globale dell'intera legge sul processo civile era sentita da tempo in Spagna, soprattutto per il carattere arcaico e farraginoso della LEC del 1881, testo privo di sistematica e di molti concetti elaborati solo dopo la sua promulgazione, ed oggetto di una moltitudine di interventi settoriali nel corso del tempo che avevano contribuito solo a peggiorare la situazione. La LEC del 1881 costituiva in effetti un chiaro retaggio del passato, sostanzialmente basata sul *solemnis ordo judicarium* e dunque dominata da caratteri di scrittura, dilazione dell'attività processuale con possibilità di aprire numerosi procedimenti incidentali, assenza di poteri di direzione dell'attività da parte del giudice e valutazione tassativa della prova⁷⁵.

In particolare l'esigenza di offrire adeguata tutela al credito era molto sentita e, tra le misure proposte, occupava un ruolo di primo piano il procedimento monitorio, che sarà infatti da più parti considerato la novità principale introdotta dalla riforma processuale del 2000⁷⁶. Tuttavia, si deve sottolineare che le richieste (e forse le pressioni) per la sua introduzione, tanto da parte della dottrina quanto degli operatori pratici del diritto, sono assai risalenti. Già Bun Soria infatti, negli anni '30 (si noti la vicinanza cronologica con l'opera di Calamandrei), osservava in un proprio articolo la mole di domande aventi ad oggetto il pagamento di onorari professionali, fatture commerciali o prestazioni risultanti da fatti notori o da documenti privi di forza esecutiva ma assistite da forti garanzie di legittimità e quasi

⁷⁴ **Tota**, *Il procedimento*, cit., pp. 34-35 e, per ulteriori approfondimenti, la bibliografia ivi richiamata in nota.

⁷⁵ Sul tema si tornerà più diffusamente in seguito, sub 4.4.

⁷⁶ A riguardo di questo istituto, in Spagna, è stato da più parti sostenuto che si tratti del "... 'processo stella' in tutti gli ordinamenti processuali dei paesi del nostro intorno". Cfr. www.mju.es/Monitorio.htm#cuadro. Nello stesso entusiastico senso v. **A. De la Oliva Santos, I. Díez-Picazo Giménez, J. Végas Torres**, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2000, p. 480: "L'importanza pratica di questa figura è immensa. Si tratta di uno strumento capitale per la tutela giurisdizionale del credito. Dev'essere, senza dubbio un fattore fondamentale per l'accesso alla giustizia"; **A. De la Oliva Santos, I. Díez-Picazo Giménez, J. Végas Torres, J. Banacloche Palao**, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 1353: "Il processo monitorio deve convertirsi nel più utilizzato di tutti quelli regolati dalla LEC". Anche l'autore che più di ogni altro si è occupato di procedimento monitorio, **J. P. Correa Delcasso**, lo ha definito la "grande stella" della riforma portata a termine con la LEC del 2000. Cfr. *Id.*, *El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, in *Revista Xurídica Galega, Actualidade Civil*, 2000, p. 271.

sempre avversate solo con la contumacia e la non contestazione da parte dei convenuti e che, tuttavia, in assenza di un rito come il monitorio, obbligavano ad un lungo e dispendioso carteggio e ad uno spreco di attività giurisdizionale. Per questo l'Autore riteneva necessario meditare sull'opportunità di introdurre un procedimento monitorio nella normativa processuale spagnola⁷⁷.

Il rito monitorio non era in effetti sconosciuto all'ordinamento spagnolo e, nei secoli precedenti alle riforme processuali del 1853, aveva trovato applicazione pratica anche se questa, priva di concreto supporto normativo, si era affermata solo presso talune corti. Tuttavia, a partire dall'ordinanza approvata nel 1853 dall'allora Ministro della Giustizia nel tentativo di razionalizzare il sistema della giustizia ed eliminare pratiche extralegali, l'istituto era scomparso completamente⁷⁸.

Nel corso degli anni però, ben prima della pubblicazione dell'Avanprogetto di LEC del 1997, molte altre voci si erano levate per sostenere il bisogno di una riforma globale della legislazione processuale e per chiedere l'introduzione in Spagna di un rito monitorio a tutela di certi tipi di diritto di credito⁷⁹.

4.1. La Propuesta de los profesores de derecho procesal de las Universidades Españolas del 1974.

Al di là del pensiero esposto da autori o pratici del diritto, la prima seria proposta organica di regolamentazioni di un rito monitorio per la

⁷⁷ Cfr. **J. Bun Soria**, *El proceso monitorio*, in *Revista de Tribunales*, 1932, p. 387 ss.

⁷⁸ È quanto sostenuto da uno dei più illustri studiosi della storia del diritto spagnolo: **F. Tomás y Valiente**, che ha affermato che il rito esisteva nell'ordinamento già secoli addietro e venne soppresso, in modo del tutto immotivato, con la famosa *Institución* dell'allora Ministro della Giustizia, Marchese di Girona Castro y Orozco del 1853. Egli, e dopo di lui i compilatori della LEC del 1855, nel tentativo di razionalizzare il diritto accumulatosi in modo alluvionale e caotico in Spagna e di evitare abusi interpretativi, nell'ansia di sopprimere ogni pratica extralegale e di dare linearità all'ordinamento, eliminarono varie norme e consuetudini, facendo però anche alcune "vittime illustri", che avrebbero meritato maggior fortuna e, tra le quali, figurava anche il procedimento monitorio dell'epoca. Id., *Estudio Histórico-jurídico del proceso monitorio* in *Revista de Derecho Procesal*, 1960, p. 75. Sul punto paiono ormai concordare vari autori, ex plurimis, **T. Armenta Deu**, *Lecciones de derecho procesal civil*, Madrid, 2002.

⁷⁹ ricordiamo qui **L. Prieto Castro**, *La jura de cuentas en general y aplicada a profesionales no jurídicos*; in *Rev. der. proc.*, 1948, p. 563; **E. Gutiérrez de Cabiedes**, in *Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España*, in *Estudios de derecho procesal*, Pamplona, 1974, p. 458; **Tomás y Valiente**, *Estudio histórico-jurídico*, cit., p. 138; **F. Gutiérrez Alviz Conradi**, *Actualidad del procedimiento monitorio civil*, in *Jornadas para la reforma del Proceso civil*, Madrid, 1990, pp. 206-207; **J. Seoane Cacharrón**, *Configuración del Secretario Judicial como director de una moderna Oficina Judicial, soporte del nuevo modelo de proceso*, in *Materiales para una Reforma procesal*, Madrid, 1991, p. 664.

Spagna è certamente quella dei Professori di diritto processuale del 1974⁸⁰. Gli autori di questo testo, dopo aver sottolineato l'enorme utilità di un simile procedimento nell'ordinamento spagnolo al fine di offrire tutela ai diritti di credito che da "sempre necessitano di protezione", operano anche la distinzione tra l'istituto monitorio ed il *juicio ejecutivo* (una distinzione che, nell'approvazione della LEC è risultata invece, evidentemente, carente e, come avremo modo di vedere in seguito, ha generato non poche questioni allorché si sono applicate al rito monitorio regole pensate per il procedimento esecutivo), sottolineandone in primo luogo la diversa funzione: il *juicio ejecutivo* (di cui agli artt. 1429 ss. della precedente LEC), serviva infatti per dare rapida esecuzione a titoli già muniti di forza esecutiva mentre i documenti di accesso al monitorio "sebbene meritevoli della particolare protezione che questo chiamato ad offrire loro, non sono esecutivi fin quando il giudice ha emesso il *mandatum de solvendo*"⁸¹.

Il primo articolo della proposta (per quanto riguarda il procedimento monitorio, ovvero l'art. 682) stabiliva l'autorità giudiziaria competente e le pretese azionabili in via monitoria: la prima individuata secondo le ordinarie regole di competenza per valore (non erano quindi stabilite norme particolari per questo procedimento), le seconde circoscritte ai soli crediti di una somma liquida di denaro ovvero di quantità di cose determinate solo nella specie, il cui valore fosse computabile in denaro. Conteneva un'imprecisione nel riferirsi ad attore e convenuto, termini che, come già segnalato,⁸² non sono etimologicamente corretti nella fase monitoria *stricto sensu*⁸³, che si svolge senza che vi sia, tecnicamente, alcun convenuto.

Il secondo comma dello stesso articolo stabiliva invece i presupposti speciali di ammissibilità:

doveva trattarsi di un credito scaduto ed esigibile, di natura comune: civile o commerciale ed occorreva altresì che l'ingiunzione non dovesse essere notificata all'estero o in luogo diverso dal domicilio dell'ingiunto. L'esclusione della notificabilità all'estero dell'ingiunzione non è sconosciuta al diritto italiano, dal quale è stata rimossa solo di recente⁸⁴. In generale, comunque, è chiaro che si trattava di una norma tesa a favorire il diritto di difesa, tuttavia essa presentava problemi nell'attuazione pratica dell'attività di notifica, per cui sarebbe stato opportuno consentire, almeno, che questa potesse avvenire anche nel luogo di lavoro dell'ingiunto⁸⁵.

⁸⁰ Cfr. **Profesores de Derecho Procesal**, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Madrid, 1974, p. 161.

⁸¹ **Idem**, *ibid.*, p. 162.

⁸² V. **Calamandrei**, *supra*, nota 2.

⁸³ Ci riferiamo, con questa espressione, alla fase che va dal deposito del ricorso al suo rigetto o alla notifica dell'ingiunzione. Cfr. **Garbagnati**, *Il procedimento*, cit., p. 31.

⁸⁴ Con l'approvazione del d. lgs. 231 del 9.10.2002, di attuazione della direttiva comunitaria sulla lotta alla morosità nelle transazioni commerciali.

⁸⁵ In questo senso, p.e., si era espresso **Correa Delcasso**, *El proceso*, cit., p. 336.

Quanto alla natura dei crediti azionabili, fin da questa proposta non era presente alcun regime particolare per i crediti di professionisti legali, semplicemente richiamati tra quelli tutelabili in via monitoria.

L'art. 683 individuava un ulteriore presupposto: la prova documentale del credito azionato, con un elenco di documenti ben più ampio di quelli costituenti una vera e propria "prova" nel giudizio ordinario (es. fatture, lettere e telegrammi, notule per onorari e diritti, scritture contabili) concepito però come un *numerus clausus*⁸⁶. La norma prevedeva altresì la possibilità per il giudice di richiedere, previamente all'emissione dell'ingiunzione, il versamento di una cauzione in caso dubitasse "della sufficienza della prova presentata dall'attore o ritenesse eccessivo l'importo della richiesta" e la necessità di ottenere il parere conforme dell'ordine o circoscrizione professionale nel caso di crediti di appartenenti a tale tipo di professioni.

La scelta di un monitorio di tipo documentale, peraltro conforme alla proposta della Commissione dei Professori di Diritto Processuale Europeo⁸⁷, era ritenuta adeguata alla situazione dell'ordinamento spagnolo, fortemente legato alla scrittura e privo di una consolidata "tradizione monitoria"⁸⁸. Quanto alla possibilità di richiedere una cauzione, la norma, priva di equivalenti nel diritto degli altri Paesi europei, era (a nostro avviso ragionevolmente) oggetto di critica in quanto tradiva la natura e la finalità stesse del procedimento monitorio. Se partiamo dal presupposto che l'istituto nasce per offrire una tutela rapida a pretese che si ritengono tendenzialmente incontrovertibili, non ha senso emettere ingiunzioni per crediti dubbi. Si finirebbe così per moltiplicare i giudizi di opposizione, frustrando le finalità per le quali l'istituto è pensato.

Infine, l'aver previsto la necessità di un parere dell'ordine professionale di appartenenza, era un'ulteriore espressione di prudenza in un settore talvolta delicato come quello degli onorari maturati per la prestazione di certi servizi.

L'art. 684 si occupava invece della domanda introduttiva, che doveva avere i requisiti di una domanda ordinaria ed essere accompagnata dai documenti (in originale) comprovanti il credito che dovevano rimanere depositati fino al termine del giudizio. Nel caso la domanda riguardasse la

⁸⁶ Questa scelta era stata criticata da autori come **Correa Delcasso**, *El proceso*, cit., p. 337, favorevole ad una lettura aperta, sulla scorta di quanto propugnato (e di fatto avvenuto) in Italia per l'elenco dei documenti di cui agli artt. 633, 634 e 635 C.P.C.), sulla base del fatto che, nel monitorio, si deve ampliare il libero convincimento del giudice per consentirgli di apprezzare quello che costituisce semplicemente un "principio di prova" del credito tale da convincerlo, assieme al tenore del ricorso, della fondatezza e presumibile incontrovertibilità della domanda.

⁸⁷ *Rapprochement du droit Judiciaire de l'Union Européenne*, Part. XIX, Belgio, pp. 147-150.

⁸⁸ Cfr. **Correa Delcasso**, *ult. cit.*, p. 337.

consegna di cose determinate nella specie, occorre altresì indicarne l'equivalente in denaro, allegando adeguata certificazione. Non si faceva dunque menzione dell'obbligo di assistenza tecnica, *punctum pruriens* per gli evidenti interessi corporativi di avvocati e procuratori, la cui forza era riconosciuta dallo stesso testo che auspicava riforme condivise con gli organi collegiali delle professioni forensi⁸⁹.

D'altronde emergeva in quest'ambito l'incoerenza dello stesso progetto di riforma che, per pretese di valore inferiore a 50.000 Pesetas, stabiliva un procedimento verbale assai speditivo nel quale l'assistenza di avvocato e procuratore non era obbligatoria. Che senso avrebbe avuto dunque, per un credito di scarso valore, proporre una domanda monitoria e sostenere i costi di avvocato e procuratore, quando si sarebbe potuto azionare il credito, riempiendo un semplice modulo senza alcuna spesa, in un giudizio verbale?

Quanto alla valutazione del giudice, l'articolo 685 stabiliva che questi potesse:

1. rigettare la domanda per non avere ad oggetto un credito come stabilito negli artt. 681 e 682 o per non essere stato prodotto uno dei documenti di cui all'art. 683;
2. richiedere il versamento di una cauzione nei casi di cui all'art. 683, comma 2°;
3. emettere l'ingiunzione.

Avverso i provvedimenti resi nei primi due casi era concesso di ricorrere in appello.

Per essere accolta la domanda doveva dunque presentare tutti i presupposti speciali (oltre a quelli generali) richiesti per agire in via monitoria. In quest'ambito assumeva grande rilievo il carattere tassativo dell'elenco di documenti previsto dall'art. 683, comma 2°, che finiva per imporre una forte limitazione al giudice. Della possibilità di imporre una cauzione si è già detto in precedenza, mentre la possibilità di impugnare i provvedimenti di rigetto o di imposizione della cauzione per ottenere l'ingiunzione era un inedito assoluto, sconosciuto alle legislazioni degli altri Paesi europei dotati di un monitorio in qualche misura documentale (quali Francia o Italia). Si trattava di una previsione criticabile, per motivi già esposti dalla dottrina, primo fra tutti sovraccaricare inutilmente le Corti d'Appello, dato che negare l'accesso alla tutela monitoria non significa privare di tutela il ricorrente ma solo che, a giudizio del giudice, la sua pretesa non possiede i requisiti che consentono di valersi di questa speciale forma di tutela e non esclude che il diritto possa essere fatto valere *aliunde*, in particolare nelle forme del giudizio ordinario⁹⁰.

⁸⁹ V. **Profesores de Derecho Procesal**, *Corrección*, cit. pp. 47-48. D'altronde il rilievo degli interessi corporativi e della cooperazione degli avvocati per il buon funzionamento della riforma era già stato sottolineato da **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., pp. 127-130.

⁹⁰ Cfr., p.e., **Garbagnati**, *Il procedimento*, cit. p. 88 ss.

Si è invece criticata la mancata regolamentazione dell'ipotesi di accoglimento parziale della domanda⁹¹ che non infrequentemente può darsi nella pratica. A riguardo, un Autore come Correa Delcasso, nella propria monografia del 1998, aveva espresso il proprio favore per una soluzione “alla francese” della questione, lasciando libero il creditore di scegliere tra la possibilità di un recupero parziale ma più rapido o integrale ma maggiormente differito nel tempo⁹².

L'ingiunzione doveva contenere – art. 686 – l'invito al debitore a pagare o proporre opposizione nel termine di quindici giorni, termine che poteva eccezionalmente essere ampliato dal giudice fino a trenta quando, secondo il suo prudente apprezzamento, vi fossero giusti motivi. Doveva altresì contenere l'avvertimento che, non pagando e non formulando opposizione nel termine, “si procederà al pignoramento dei suoi beni per un ammontare sufficiente a coprire l'importo espresso in precedenza [nell'ingiunzione], secondo quanto previsto per il procedimento di esecuzione”.

Molto interessante era invece la possibilità, espressamente prevista, di richiedere il sequestro preventivo dei beni dell'ingiunto nella stessa domanda di tutela monitoria, sequestro che il giudice avrebbe concesso, laddove ricorressero i presupposti di legge, nello stesso *auto* contenente l'ingiunzione. Ovviamente l'atto non sarebbe stato notificato fintantoché non fosse stato eseguito il sequestro o fosse risultato impossibile effettuarlo. Purtroppo questa proposta è rimasta incompiuta ed è venuta a mancare proprio la parte relativa alle misure cautelari, pertanto non è possibile valutare l'esatto ambito della disposizione che rinvia, appunto, ai “requisiti richiesti dalla presente legge”, tuttavia dimostra chiaramente la comprensione da parte della dottrina spagnola della diversità tra tutela sommaria cautelare e non cautelare ed una particolare attenzione alle ragioni del credito e alla concreta efficacia dell'attività giurisdizionale. L'Esposizione dei Motivi della Proposta dei Professori di Diritto, affermava espressamente che il procedimento monitorio non escludeva il sequestro preventivo come misura cautelare atta a garantire che non venisse frustrata la propria finalità⁹³.

Quanto alla notifica dell'ingiunzione, si stabiliva la consegna del provvedimento, assieme alla domanda e ai documenti allegati, in mani proprie del destinatario e, solo nel caso ciò non fosse possibile e lo si facesse risultare nella relazione di notifica redatta dal *Secretario*, la consegna al parente più prossimo, familiare o dipendente maggior di

⁹¹ Questa possibilità, ad esempio, è esclusa in Germania ed ammessa in Francia ma, nel caso l'ingiunzione venga notificata, suppone definitiva rinuncia alla parte del credito non ingiunta.

⁹² **Correa Delcasso**, *El proceso*, cit., p. 342.

⁹³ **Profesores de Derecho Procesal**, *Corrección*, cit., p. 166.

quattordici anni, che si trovasse nel domicilio dell'ingiunto. Si tratta di una norma molto garantistica, tesa a favorire nel modo più ampio la conoscenza dell'ingiunzione da parte dell'ingiunto ed a consentirgli di esercitare il proprio diritto di difesa. Unico "neo" era la rigidità della regola, per cui non appariva possibile designare un diverso domicilio nel caso la notifica nel primo non fosse andata a buon fine. Nella prassi ciò poteva comportare gravi conseguenze, atteso che spesso di debitori cambiano residenza o comunque, durante la settimana, non si trovano a casa ma, più facilmente, presso il luogo di lavoro⁹⁴.

L'art. 689 configurava un'opposizione aperta, affermando che l'ingiunto potesse far valere "tutte le difese proprie di un convenuto qualsiasi"⁹⁵, tuttavia lasciava insolte alcune questioni di importanza capitale: la forma nella quale l'opposizione doveva essere proposta ed il giudice competente nonché la distribuzione dell'onere della prova tra le parti, anche se, per quest'ultimo aspetto, il chiaro riferimento alla posizione del convenuto in un qualsiasi procedimento, rendeva a nostro avviso doverosa la ricostruzione per cui l'ingiungente-opposto avrebbe agito come attore, dovendo provare gli elementi costitutivi della fattispecie, mentre l'ingiunto-opponente avrebbe avuto l'onere di provare fatti modificativi, impeditivi o estintivi del diritto azionato. Rimanevano invece aperti gli altri due interrogativi che, come si avrà modo di constatare, si sono evidentemente trascinati fino all'introduzione del procedimento monitorio operata con la LEC del 2000.

Gli ultimi due articoli dedicati da questo progetto al rito monitorio prevedevano la dichiarazione di esecutività dell'ingiunzione ed i mezzi di impugnazione del titolo esecutivo.

L'art. 690 stabiliva che, decorso il termine previsto senza che fosse stata proposta opposizione, il giudice, a istanza del creditore, avrebbe dichiarato esecutiva l'ingiunzione. Questa sarebbe invece rimasta "di diritto priva di effetti" se la conversione in titolo esecutivo non fosse stata richiesta nel termine massimo di sei mesi dal momento in cui era possibile richiederla. La norma richiama il "nostro" visto di esecutorietà e, per altro verso, si tratta di una previsione già presente in altri ordinamenti e tesa ad evitare abusi da parte dei creditori⁹⁶.

Infine, per quanto attiene ai ricorsi proponibili avverso l'ingiunzione dichiarata esecutiva, questi erano limitati al *recurso de revisión* e all'*audiencia al rebelde*⁹⁷. Si tratta di una norma chiave che, seguendo

⁹⁴ Critica fatta propria da **Correa Delcasso**, *El proceso*, cit. p. 344.

⁹⁵ **Profesores de Derecho Procesal**, *Corrección*, cit., pp. 166-167.

⁹⁶ V. *supra*, sub 3.a. e 3.b.

⁹⁷ Il primo è l'equivalente del nostro giudizio per revocazione, riguarda sentenze definitive ed è ammesso solo in ipotesi tassativamente previste (es. scoperta di una prova decisiva dopo la chiusura del procedimento che non si era potuta produrre per fatto non imputabile). La seconda riguarda sempre provvedimenti definitivi ed è un mezzo di tutela concesso al

l'insegnamento di Calamandrei, avvicina il provvedimento ingiuntivo ad una sentenza di condanna resa in contumacia che, in questo rito, si trasforma in argomento di conferma della pretesa azionata. Una tale previsione, purtroppo scomparsa nel testo introdotto con la LEC del 2000, sarebbe stata molto utile per chiarire una serie importante di interrogativi, in particolare circa la natura del procedimento monitorio e l'efficacia dell'ingiunzione non opposta che, seguendo la ricostruzione da anni dominante in Italia, è equiparata a quella di una sentenza definitiva di condanna⁹⁸.

4.2. L'Informe del año 1983 del Colegio de Abogados de Barcelona sobre modificaciones urgentes a introducir en la Ley de Enjuiciamiento Civil e la Proposición del Grupo Parlamentario Popular en la II Legislatura sobre introducción del Procedimiento Monitorio en el Ordinamiento Jurídico Procesal.

Accedendo alla tesi del Prof. Correa Delcasso, analizzeremo congiuntamente questi due documenti in quanto la proposta legislativa del Gruppo Popolare, nonostante l'affermazione di rifarsi a quella avanzata dai Professori di diritto già vista *supra*, riprende interamente il testo dell'Informe del Colegio de Abogados de Barcelona. Quest'ultimo si rifà in gran parte alla proposta precedentemente analizzata ma apporta alcune significative modifiche, talvolta tese a rendere più agile e spedito il rito monitorio da introdurre.

Permanevano i riferimenti al giudice competente per valore, quale autorità chiamata ad emettere l'ingiunzione ed ai diritti di credito di una somma liquida di denaro o di una quantità di cose computabili in denaro, tuttavia l'ambito applicativo dell'istituto veniva (criticabilmente) ridotto ai soli crediti di natura commerciale ed agli onorari professionali. La previsione, la cui opportunità era ribadita nell'Esposizione dei Motivi, appare priva di qualsiasi giustificazione teorica.

Inoltre si stabiliva che l'ingiunzione non potesse essere emessa quando non poteva venire notificata al convenuto o comunque nel suo domicilio, norma assai garantista ma, di nuovo, che poteva generare problemi applicativi, per cui sarebbe stato opportuno ammettere almeno la notifica presso il luogo di lavoro.

Anche in questo progetto si parlava di domanda, lasciando aperta la questione dell'obbligatorietà o meno dell'assistenza tecnica, tema sul quale non si era ancora raggiunto un accordo con gli ordini professionali. Senza dubbio, appaiono puntuali le osservazioni critiche (soprattutto da un punto

contumace che dimostri di essere rimasto tale senza colpa (es. per un vizio della notifica che gli ha impedito di conoscere nei termini del procedimento pendente contro di lui) per rimettere in discussione il contenuto della decisione.

⁹⁸ Cfr. Calamandrei, *Il procedimento*, cit., p. 27 ss., 31.

di vista teleologico) del Professor Correa, il quale nel suo lavoro monografico del 1998, non ha perso l'occasione per ribadire come il procedimento monitorio sia utile soprattutto per il recupero di crediti di importo non molto elevato a condizione che rimanga una procedura semplice nella quale normalmente il ricorrente possa muoversi autonomamente senza necessità (e men che mai obbligo) di assistenza tecnica. L'Autore ha evidenziato anche il fatto che nessun altro Paese che gode di una tradizione ormai consolidata di applicazione del rito monitorio l'assistenza legale è obbligatoria salvo in Italia, Paese però la cui giustizia è altrettanto collassata e che non fa che sottolineare come non sia l'assistenza tecnica a rendere più funzionale il procedimento ma ben altro tipo di riforme strutturali. In ogni caso nessuno degli altri ordinamenti rende necessario l'intervento di una figura come quella del Procuratore (non vi è infatti un giudizio in contraddittorio con comunicazioni di atti tra le parti almeno finché non si avvii l'esecuzione o venga proposta opposizione)⁹⁹.

Quanto al requisito della prova scritta, anche questo progetto si inclinava per un elenco tassativo di documenti. Conteneva però un'interessante apertura al commercio internazionale, consentendo di valersi del rito monitorio anche per il recupero di crediti espressi in moneta straniera a condizione che venisse prodotto un certificato del Banco de España comprovante l'equivalente della somma in pesetas nella data più vicina possibile a quella di presentazione della domanda.

Il giudice poteva:

1. ritenere inammissibile l'emissione dell'ingiunzione per non essere stato prodotto uno dei documenti elencati o perché la domanda non presentava uno dei requisiti richiesti;
2. sospendere l'emissione dell'ingiunzione per dieci giorni, per consentire all'attore di prestare la cauzione richiestagli. Questa poteva essere chiesta quando, dai documenti allegati, non risultasse chiaramente l'importo dovuto o il giudice ritenesse eccessiva la richiesta. Decorso inutilmente il termine, avrebbe dichiarato inammissibile il ricorso.
3. emettere l'ingiunzione.

Valgono qui le stesse osservazioni già svolte *supra* sub. 4.1. circa la forte limitazione derivante dal carattere chiuso dell'elenco dei documenti previsto per accedere all'istituto e l'incoerenza della richiesta di cauzione con la struttura e funzione proprie del rito monitorio.

Di nuovo era ammesso il ricorso in appello avverso il provvedimento di rigetto o sospensione dell'emissione dell'ingiunzione, puntualizzando qui che il rimedio avrebbe avuto tanto effetto devolutivo che sospensivo, previsione – come già esposto in precedenza – criticabile e contraria ad un'esatta concezione della tutela monitoria.

⁹⁹ Correa Delcasso, *El proceso*, cit., p 349.

L'articolo seguente stabiliva che il ricorrente, nei tre giorni successivi al rifiuto di emettere l'ingiunzione potesse richiedere la prosecuzione del procedimento in via ordinaria, altrimenti il giudizio monitorio si sarebbe estinto e gli sarebbero stati restituiti i documenti. Si tratta di una norma chiaramente in sintonia con le esigenze di economia processuale da leggersi in coordinamento con la successiva, che prevedeva la possibilità di richiedere, nella stessa domanda di tutela monitoria, il sequestro preventivo dei beni dell'ingiunto, ricorrendo i presupposti stabiliti dall'art. 1400 ALEC, misura che, lasciando estinguere il procedimento monitorio, si sarebbe estinta a sua volta.

Nel caso di concessione della misura, l'ingiunzione non sarebbe stata notificata fino al compimento del sequestro o alla rinuncia ad esso da parte del ricorrente.

Circa l'attività di notifica: all'ingiunto si dovevano notificare copia della domanda, del provvedimento e dei documenti prodotti. Al testo della precedente proposta di riforma era stato aggiunto un terzo comma che stabiliva, nel caso di impossibilità di portare a compimento la notificazione, di dare udienza al ricorrente per consentirgli di insistere per il compimento dell'ingiunzione designando un nuovo domicilio ove effettuarla ovvero di rinunciare all'ingiunzione e adattare il procedimento alle regole del giudizio ordinario corrispondente. Non era spiegato in modo chiaro se il nuovo domicilio potesse comprendere il luogo di lavoro ma è probabile che si volesse dare questa possibilità per non frustrare, nella pratica, l'esito positivo di molte richieste monitorie.

L'ingiunto poteva avere facoltà di opporsi nel termine stabilito per rispondere alla domanda in via ordinaria. Proposta l'opposizione l'eventuale cauzione doveva essere restituita ed il giudizio sarebbe proseguito secondo il rito ordinario applicabile a seconda del valore.

In assenza di opposizione nel termine, su richiesta del ricorrente, il giudice avrebbe dovuto dichiarare esecutiva l'ingiunzione, "procedendosi al pignoramento dei beni del convenuto e alla vendita forzata nella forma prevista dagli artt. 921 e 922". I commi seguenti però alteravano radicalmente le scelte della proposta dei Professori di Diritto stabilendo che "entro sei mesi dalla notifica del precedente provvedimento" – espressione che si ritiene si riferisca all'ingiunzione divenuta titolo esecutivo, da notificare al pari di una sentenza di condanna – "il convenuto potrà proporre domanda nelle forme del rito ordinario corrispondente per valore, richiedendo la dichiarazione di inesistenza o riduzione del debito oggetto dell'ingiunzione di pagamento. La presentazione di detta domanda sospenderà solamente la vendita forzata, se il convenuto presenterà cauzione per un importo sufficiente a coprire la somma capitale richiesta e le spese dell'esecuzione".

“Finché non siano trascorsi i sei mesi ai quali fa riferimento il precedente articolo, l’attore non potrà richiedere la restituzione dei documenti sui quali si sia fondata l’ingiunzione né la cancellazione della cauzione. Nel caso venga formulata domanda durante detto termine, la cauzione rimarrà fino a che venga emessa sentenza definitiva, incorporandosi al procedimento ordinario i documenti sui quali si sia fondata l’ingiunzione”.

È evidente l’errore compiuto dal Consiglio degli Avvocati di Barcellona, segno di una poco chiara concezione della natura e finalità dell’istituto monitorio, avvicinato – come accadrà ancora in futuro – al *juicio ejecutivo*, esistente nella LEC del 1881 e finalizzato a dare esecuzione a titoli esecutivi stragiudiziali con un provvedimento tuttavia privo della piena efficacia di giudicato¹⁰⁰.

L’ultima norma dell’Informe del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona stabiliva, non diversamente dal precedente progetto, che l’ingiunzione sarebbe divenuta inefficace se il procedimento fosse stato lasciato sospeso per sei mesi senza effettuare alcuna richiesta da parte del ricorrente.

La Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular ha sostanzialmente ricalcato questo testo, con piccole correzioni testuali, salvo introdurre un ulteriore articolo finale per stabilire che, in tema di spese processuali, si doveva stare “a quanto previsto nelle norme generale della Legge sul processo civile”. Riferendosi all’eventuale giudizio di opposizione, non sembra che la norma apporti sostanziali novità.

4.3. Il contributo della dottrina spagnola nell’imminenza dell’introduzione del rito monitorio.

Nel percorso (relativamente breve) che ha portato dalle prime bozze al Progetto di LEC e poi all’approvazione del testo definitivo, si inserisce a pieno titolo la proposta avanzata dal Professor Correa Delcasso nel suo lavoro monografico del 1998¹⁰¹, forte di un lavoro di ricerca e comparazione giuridica da un lato e ben consapevole della realtà della giustizia spagnola.

¹⁰⁰ Anche **Correa Delcasso**, *El proceso*, cit., p. 355, ha sottolineato “l’enorme confusione che da sempre è esistita in Spagna attorno a quali siano le autentiche differenze che separano il *juicio ejecutivo* dal procedimento monitorio; confusione alla quale ha contribuito ampiamente la dottrina che ha voluto vedere nel primo un giudizio di natura dichiarativa, nel quale vi è un’attività di cognizione da parte dell’organo giurisdizionale che opera come *conditio sine qua non* dell’esecuzione del titolo”.

¹⁰¹ La circostanza è autorevolmente confermata da uno dei padri della nuova LEC, il Prof. **A. De La Oliva Santos**, che riferisce come di tale lavoro monografico si fosse tenuto adeguatamente conto nel correggere e migliorare l’Avanprogetto iniziale. V. **Id.**, *El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, y la protección del crédito : ejecución provisional y proceso monitorio* in *La Ley*, 1999, 2, D-57, p. 1641 ss.

Questo contributo chiarisce, forse più di ogni altro, il perché di certe scelte normative poi trasposte nel testo definitivo, individuato sostanzialmente nella rigidità del sistema (legata anche ad una lunga applicazione di una legislazione processuale, come già visto in precedenza, quasi “feudale”).

In un simile stato di cose non era realisticamente pensabile introdurre un rito monitorio puro, dove con un semplice formulario si potesse ottenere un titolo contro il debitore con efficacia di giudicato, idea troppo aliena alla tradizione giuridica e sociale spagnola e che l’Autore rinvia (profeticamente¹⁰²) ad un momento successivo. Tuttavia, fiducioso anche nella positiva influenza del diritto comunitario, si augurava almeno l’adozione, in un futuro prossimo, di moduli prestampati per facilitare il trattamento delle domande e la soppressione dell’obbligo di assistenza tecnica per presentare la richiesta di tutela monitoria¹⁰³.

Si proporrà di seguito una breve analisi della proposta (che risulta non del tutto priva di imprecisioni), interessante soprattutto per il successivo raffronto con il testo della LEC.

Innanzitutto si prevedeva che, oggetto delle domande azionabili mediante il rito monitorio fossero solo diritti di credito di somme liquide di denaro o di cose computabili in denaro, scaduti ed esigibili, a condizione che l’ingiunzione potesse notificarsi in Spagna presso il domicilio o il luogo di lavoro dell’ingiunto (questa limitazione territoriale si ritrova anche nella LEC del 2000).

Si stabiliva quindi un tipo di domanda semplificata (denominata *papeleta*), redatta secondo quanto stabilito dall’art. 720, presentabile anche su moduli prestampati sulla base di un modello elaborato a cura del Ministero della Giustizia. Quanto al contenuto di essa, venivano elencati sei elementi:

1. designazione delle parti e, se del caso, dei loro mandatari o rappresentanti legali;
2. designazione del giudice competente;
3. designazione del giudizio nelle cui forme doveva essere trattata l’eventuale opposizione;
4. contenuto della domanda e documenti allegati;
5. motivazioni succinta dei fatti e fondamenti di diritto;

¹⁰² In effetti, come si avrà modo di vedere diffusamente nella seconda parte di questo lavoro, il legislatore, a meno di dieci anni dalla riforma globale della LEC, confortato dal successo riscontrato dall’istituto monitorio (ma anche sotto la spinta delle pressioni politiche degli organismi rappresentativi dei *secretarios judiciales*), è intervenuto ad apportare significative modifiche al processo civile. In particolare, circa il rito monitorio, si è operato un evidente salto in avanti verso il modello tedesco, affidando al *secretario judicial* (sostanzialmente un equivalente del *Rechtspfleger* tedesco) il compito di emettere le ingiunzioni.

¹⁰³ Cfr. **Correa Delcasso**, *El Proceso*, cit., pp. 357-358.

6. firma del ricorrente.

Emerge chiaramente la volontà dell'Autore di escludere l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica (ancora presente nell'*Informe del Colegio de Abogados de Barcelona*) poiché la sua idea è che il monitorio serva soprattutto a tutelare piccoli e medi creditori che si vedrebbero chiaramente scoraggiati ad agire dagli elevati costi da sostenere per onorari e diritti di avvocato e procuratore. Per far questo – correttamente – egli prevede non una domanda ordinaria (con le difficoltà che essa può comportare in ordine alla chiara formulazione di un *petitum* e di una *causa petendi*) ma una richiesta assai semplificata alla portata di tutti i soggetti, anche se del tutto privi di cognizioni giuridiche.

Inoltre è presente il “germe” di una futura e sperata evoluzione verso un modello puro di monitorio con trattamento automatizzato delle domande, laddove si prevede l'elaborazione, da parte del Ministero, di formulari prestampati da compilare a cura del ricorrente.

Circa il requisito della prova scritta: si chiedeva di allegare la documentazione in originale (argomento oggetto di ampio dibattito nell'applicazione dell'istituto poi introdotto), con un elenco stavolta certamente esemplificativo (fatture, notule professionali, ecc.), data l'apertura offerta dalla formula “qualsiasi documento dal quale si possa in principio dedurre l'esistenza del debito”. Come nella proposta dell'Ordine di Barcellona si ammettevano richieste in moneta straniera allegando idonea certificazione del tasso di cambio.

Quanto al giudice competente ad emettere l'ingiunzione, di nuovo la proposta è un po' confusa. Se infatti nel primo articolo si parlava di “giudice competente per valore”, nell'art. 4 la competenza sembra riferita dapprima alle norme processuali della LEC ma poi si afferma che la *papeleta* si sarebbe dovuta presentare presso il giudice del luogo di domicilio del debitore o di uno di essi se ve ne fosse stato più di uno (nel testo finale quest'ultima previsione è scomparsa generando non pochi dubbi interpretativi nel caso di cumulo di domande). In ogni caso, da una lettura coordinata del testo, sembra ricavarsi la competenza oggettiva dei *Juzgados de primera instancia* del luogo di domicilio del debitore, tesi suffragata dal commento dello stesso Autore e pensata per garantire la massima tutela all'ingiunto¹⁰⁴.

Veniva invece rotondamente escluso l'obbligo di assistenza tecnica in questa prima fase (come poi avverrà nel testo approvato), pur con qualche problema di coordinamento nel caso di richiesta di sequestro preventivo dei beni del debitore. Per proporre la relativa domanda era obbligatoria l'assistenza di avvocato e procuratore, pertanto, al voler cumulare la domanda nello stesso atto introduttivo del procedimento monitorio, il ricorrente avrebbe dovuto rivolgersi ad un avvocato e sopportarne i costi.

¹⁰⁴ Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso*, cit., p. 369.

L'attività di valutazione del giudice avrebbe potuto avere tre esiti:

1. dichiarare inammissibile l'emissione dell'ingiunzione non sussistendo i requisiti richiesti dall'art. 1 o mancando idonea prova scritta del credito, provvedimento che non impediva di poter azionare il diritto in via ordinaria. In tal caso poteva altresì concedere un termine di dieci giorni per permettere al creditore di sanare qualsiasi difetto formale o per completare la prova documentale.
2. dichiarare la domanda ammissibile solo in parte. In tal caso il ricorrente poteva scegliere se proseguire in via monitoria per la sola somma ingiunta dal giudice, ovvero rivolgersi al rito ordinario per pretendere l'intera somma.
3. emettere l'ingiunzione come richiesta.

Interessante è l'espressa facoltà per il giudice di consentire al ricorrente di integrare la prova o chiarire i termini di un ricorso non ritenuto sufficientemente fondato. Ciò per l'Autore avrebbe costituito il migliore strumento per evitare decisioni precipitose e per consentire al giudice di dar corso solo a richieste che lo convincessero della bontà delle ragioni del creditore (e dunque della scarsa probabilità di opposizione). Di contro (del tutto ragionevolmente) si escludeva qualsiasi ricorso avverso il provvedimento di rigetto della domanda monitoria, tanto sul presupposto teorico che non si verificava così alcuna violazione del diritto di azione e/o del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, potendosi rivolgere, l'affermato creditore, al giudizio ordinario (in assenza di un provvedimento munito di efficacia di giudicato: tale infatti non poteva considerarsi la pronuncia di rigetto della *papeleta*, ove il giudice, senza contraddittorio, decideva solo circa l'assenza dei presupposti richiesti per accedere a detta forma speciale di tutela), quanto sull'osservazione pratica della necessità di caricare ulteriormente di lavoro le Corti d'Appello.

Per l'ipotesi di ammissione solo parziale, l'Autore propendeva per una scelta "alla francese" che consentiva di evitare contenziosi paralleli, permettendo al creditore di scegliere tra un recupero inferiore ma più rapido o totale ma attraverso le maggiori lungaggini di un giudizio ordinario.

Contenuto dell'ingiunzione era l'ordine di pagare, entro quindici giorni, l'importo richiesto per il capitale, oltre gli interessi, termine ampliabile, ricorrendo giusti motivi, fino a trenta giorni, con avvertimento della facoltà di opporsi entro il termine e che, in difetto di opposizione o pagamento nel termine, si sarebbe proceduto al pignoramento dei suoi beni.

Si faceva dunque menzione espressa dell'obbligo di corrispondere gli interessi richiesti (certamente maturati dalla scadenza del credito o, quantomeno, dal deposito della domanda) e si concedeva al giudice un certo margine di discrezionalità per adattare il termine per opporsi alle circostanze del caso concretamente esaminato.

Era altresì espressamente prevista la possibilità di richiedere un sequestro preventivo a tutela del diritto di credito, nel qual caso l'ingiunzione non sarebbe stata notificata prima che il provvedimento cautelare avesse avuto attuazione o il ricorrente vi avesse rinunciato¹⁰⁵.

L'articolo seguente prevedeva che nei tre giorni successivi alla pronuncia di inammissibilità dell'ingiunzione da parte del giudice, il "creditore" potesse chiedere che "il procedimento continui nelle forme del giudizio ordinario corrispondente" e che, in assenza di tale richiesta, il procedimento si sarebbe estinto con restituzione dei documenti prodotti, puntualizzando espressamente che ciò non avrebbe impedito "l'ulteriore avvio di un giudizio ordinario". Si ricalcava il testo dell'*Informe del Colegio de Abogados de Barcelona* consentendo il passaggio da un rito all'altro senza soluzione di continuità in modo da non far caducare la misura cautelare concessa.

L'art. 10 della proposta in esame si occupava della notificazione stabilendo che:

- “1. l'*auto* contenente l'ingiunzione di pagamento sarà notificato personalmente al debitore.
2. se questi non venisse trovato nel suo domicilio dopo averlo ivi cercato due volte nell'arco di sei ore, l'ingiunzione verrà consegnata al parente più prossimo, familiare o dipendente maggiore di quattordici anni che si trovi nel suo domicilio”.
3. Se l'attività non potrà essere portata a termine neppure in queste modalità, si concederà udienza al creditore che potrà insistere per il compimento della notificazione dell'ingiunzione designando un nuovo domicilio o luogo di lavoro dove possa essere effettuata. In caso contrario, l'ingiunzione di pagamento rimarrà priva di effetti e il creditore potrà chiedere che il procedimento prosegua nelle forme del giudizio ordinario corrispondente”.

Si tratta di una previsione pienamente in linea con i risultati degli studi e le teorie elaborate dall'Autore. In particolare essa risulta garantire equamente il diritto di difesa dell'ingiunto e, al tempo stesso, non restringere eccessivamente le possibilità di portare a termine una notifica valida per l'ingiungente anche se la formulazione appare inutilmente appesantita da alcune formalità non indefettibili (es. l'udienza al creditore, sostituibile con una comunicazione di cancelleria, o l'obbligo di cercare l'ingiunto per due volte nell'arco di sei ore presso il suo domicilio, poco realistica sol che si consideri la situazione degli ufficiali giudiziari).

Quanto alla proposizione dell'opposizione, la proposta opta per una soluzione "alla tedesca", ovvero ritiene sufficiente che, nel termine indicato nell'ingiunzione notificata, l'ingiunto depositi in cancelleria uno scritto in

¹⁰⁵ Con i problemi di coordinamento circa l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica già visti *supra*.

cui manifesti la chiara volontà di opporsi. “Detto scritto verrà comunicato al creditore che disporrà di un termine di trenta giorni per spiegare la corrispondente domanda. A partire da questo momento, il giudizio susseguente seguirà le regole stabilite per il giudizio ordinario corrispondente per valore”. “Nel caso il creditore non proponga la domanda nel termine stabilito dal comma precedente, l’ingiunzione rimarrà priva di effetto ed il procedimento monitorio si riterrà concluso”.

Nonostante la scelta per un monitorio di tipo documentale nella fase di valutazione della domanda, questa norma consente di opporsi senza dover fornire alcuna spiegazione com’è invece tipico del monitorio puro. Stabilisce altresì che con quest’atto si chiuda il procedimento monitorio e si apra una nuova fase in cui, senza inversione formale del ruolo delle parti, è il creditore-ingiungente a doversi far carico di introdurre il giudizio ordinario che risulti appropriato al valore della pretesa e secondo le ordinarie regole, anche in tema di competenza, dunque, che potrà essere diversa da quella per l’ingiunzione.

La norma lascia aperto anche un altro interrogativo, laddove stabilisce che, nel caso il creditore opposto non introduca il giudizio ordinario nel termine stabilito, “l’ingiunzione rimarrà priva di effetto ed il procedimento monitorio si riterrà concluso”, senza chiarire quali effetti ciò possa avere in ordine all’azione del creditore. Questa sarà preclusa da un futuro giudicato formatosi per non aver proseguito il giudizio lasciando caducare l’ingiunzione notificata, ovvero l’ipotesi potrà essere avvicinata ad un caso di estinzione per inattività delle parti¹⁰⁶?

Gli ultimi due articoli della proposta di riforma sono dedicati al conversione dell’ingiunzione in titolo esecutivo ed ai relativi effetti. L’art. 12 recita:

- “1. Se il debitore non formulasse opposizione nei modi e termini o desistesse dalla stessa, il giudice, a richiesta del creditore, dichiarerà esecutiva l’ingiunzione di pagamento.
2. Tuttavia, se avesse fondati sospetti che il debitore non ha avuto notizia della notificazione, ordinerà d’ufficio il rinnovo della notifica in accordo con quanto stabilito dall’art. 9.
3. Trascorsi sei mesi dallo spirare del termine per opporsi senza che il creditore abbia formulato la richiesta a cui si allude nel primo comma di questo articolo, l’ingiunzione rimarrà priva di effetti”.

¹⁰⁶ Lo stesso autore non si occupa del tema neppure nella parte della sua opera dedicata al commento, articolo per articolo, della propria proposta. Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso*, cit., p. 378. Ci pare, tuttavia, che, mentre in caso di rigetto della richiesta di tutela monitoria non si ha alcuna pronuncia del giudice sul fondamento della domanda (poiché si giudica allo stato degli atti, valutando la sussistenza dei presupposti di accesso a questa tutela speciale in assenza di contraddittorio), in questa ipotesi un provvedimento è già stato emesso e, se il creditore non coltiva il procedimento, pagherà le conseguenze negative vedendosi precludere la riproponibilità della domanda.

Mentre il seguente articolo stabiliva:

“1. l’*auto* del giudice che dichiara esecutiva l’ingiunzione sarà equiparato, quanto agli effetti, ad una sentenza definitiva resa in contumacia, pertanto potranno essere pignorati i beni del debitore e si potrà iniziare la vendita forzata di cui agli artt. 921 e 922.

2. il debitore potrà, provando di non essere stato ingiunto di pagare, chiedere udienza contro detta ordinanza nel termine di due mesi a partire dal quando ne abbia avuto conoscenza, udienza che si sostanzierà in un *juicio verbal* davanti allo stesso giudice”.

Si tratta di norme piuttosto chiare e ben formulate. Quanto alla prima è interessante che si attribuisca al giudice il potere di ordinare il rinnovo della notifica nel caso abbia dubbi sulla correttezza della stessa, offrendo così le maggiori garanzie di rispetto del diritto di difesa dell’ingiunto. La dichiarazione di esecutività riceve dunque qui la sua più classica funzione (come in Francia o in Italia) di verifica che il procedimento si sia svolto correttamente prima di convertire l’ingiunzione in titolo esecutivo. Altrettanto coerente è la scelta di far caducare l’ingiunzione se colui che l’ha ottenuta non se ne avvale in un congruo termine di sei mesi, onde evitare abusi da parte di creditori in malafede¹⁰⁷.

Circa l’efficacia dell’ingiunzione esecutiva, il puntuale riferimento alla sentenza contumaciale ed all’esecuzione forzata prevista per i titoli giudiziali sgombra il campo da qualsiasi dubbio, attribuendo al provvedimento la stessa efficacia della sentenza, dunque anche in ordine agli effetti di giudicato sostanziale.

Infine si introduce un mezzo di impugnazione “straordinario” dell’ingiunzione dichiarata esecutiva, sulla scorta dell’opposizione tardiva italiana, permettendo al debitore che provi di non aver avuto tempestiva conoscenza dell’ingiunzione – *conditio sine qua non* per l’accoglimento di questa istanza – di opporsi alla dichiarazione di esecutività e quindi, in ultima analisi, di far valere gli stessi motivi proponibili con l’opposizione tempestiva.

In definitiva, la proposta pretende di introdurre in Spagna un procedimento monitorio ibrido, chiaramente giurisdizionale in ogni momento ma documentale nella prima fase, di ammissione della domanda e puro nella seconda, di eventuale opposizione da parte dell’ingiunto.

L’idea è chiaramente espressa dall’Autore che ne sostiene l’adeguatezza alla realtà spagnola ma che esprime anche la concreta speranza che (come poi è avvenuto), dopo alcuni anni di proficua

¹⁰⁷ Di nuovo non si chiariscono le conseguenze di questa inattività, ovvero se essa precluda la possibilità di riproporre la domanda in via monitoria o ordinaria. Riterremmo che la soluzione più corretta sia equiparare la situazione ad una rinuncia agli atti fatta dall’unica parte costituita (nulla è stato infatti portato a conoscenza della controparte) e che dunque non genera alcuna preclusione in tal senso.

applicazione dell'istituto, si possa spingersi maggiormente verso un modello puro, con accesso e trattamento semplificato e addirittura automatizzato delle domande¹⁰⁸.

Il progetto del Prof. Correa Delcasso ha certamente influito sulla definitiva elaborazione del testo della LEC relativo al procedimento monitorio che, tuttavia, se n'è discostato sotto più di un aspetto, con una regolamentazione più scarna dell'istituto che ha certamente ampliato le possibilità di equivoci ed interpretazioni divergenti su questioni anche piuttosto rilevanti.

4.4. Verso la Ley 1 de 2000 de Enjuiciamiento Civil.

Si è già visto come l'esigenza di modernizzare la giustizia civile (ma non solo) in Spagna fosse da tempo avvertita da più parti. Dalla pubblicazione del Progetto di LEC, nel 1998, alcuni autori avevano tratto spunto per una più generale riflessione sullo "stato di cose" vigente nella giustizia civile spagnola in relazione ai grandi modelli di giustizia civile storicamente venutisi a delineare in Europa: giustizia "feudale", "liberale" e "sociale"¹⁰⁹ evidenziando come la LEC del 1881, all'epoca ancora in vigore, si collocasse a metà strada tra la giustizia "feudale" e quella "liberale", non riuscendo neppure a raggiungere i progressi e la sistematicità fatti propri dal Codice napoleonico in Francia (caratterizzato questo da oralità, immediatezza, speditezza – raggiunta mediante la concentrazione dell'attività processuale e la soppressione della necessaria pluralità di gradi di giudizio - e valutazione mista della prova).

La LEC del 1881 costituiva in effetti un chiaro retaggio del passato, sostanzialmente basata sul *solemnis ordo iudicarius* e dunque dominata da caratteri di scrittura (*rectius* un eccesso di atti scritti), dilazione dell'attività processuale con possibilità di avviare innumerevoli procedimenti incidentali, assenza di poteri direttivi del giudice sul processo e valutazione tassativa della prova. Un'apertura dall'*ancient regime* verso la concezione liberale era offerta dalla riduzione dei gradi di giudizio (un appello ristretto e il ricorso per cassazione) e l'introduzione dell'oralità in giudizi sommari di cognizione, con un'ulteriore spinta in senso "sociale" operata dalla riforma del 1984 che potenziava l'oralità nell'udienza preliminare e la concentrazione del procedimento, sopprimendo incidenti processuali spesso inutilmente dilatori.

È chiaro, tuttavia, che un modello processuale incentrato sui caratteri della scrittura e della non concentrazione dell'attività in un'unica udienza (o

¹⁰⁸ Correa Delcasso, *El proceso*, cit., pp. 362-364.

¹⁰⁹ Accogliamo qui la distinzione proposta da V. Gimeno Sendra, *Causas Históricas de la ineficacia de la Jisticia. Ponencia Internacional a la 8º Conferencia de Derecho Procesal*, in *Justice and Efficiency*, I, Utrecht, 1989.

più di una nell'arco di un breve spazio di tempo), dominato dal formalismo e dal principio di assoluta disponibilità dello strumento processuale per le parti, non solo non favoriva la scoperta della verità materiale ma produceva una giustizia civile lenta ed inefficace, motivo per il quale il legislatore più volte era intervenuto per sottrarre certe materie o nuove fattispecie sostanziali alla cognizione ordinaria ed affidarla a riti speciali che proliferavano come una fitta giungla¹¹⁰.

Secondo alcuni autori, si rendeva dunque necessario avvicinare l'ordinamento processuale al modello dominante in Europa, quello della giustizia "sociale", con spiccato predominio dell'oralità e della concentrazione, tese a favorire rapidità ed efficacia dell'attività giurisdizionale¹¹¹, in ogni caso, era chiaro a tutti che occorreva una profonda riforma che rendesse più efficace ed effettiva l'amministrazione di una giustizia ancorata a principi e schemi processuali non più in linea né con la Costituzione¹¹² né, tanto meno, con il diritto comunitario¹¹³.

¹¹⁰ Per questa analisi della situazione della giustizia civile spagnola v. **V. Gimeno Sendra**, *Observaciones al proyecto de ley de enjuiciamiento civil desde el derecho procesal europeo*, in *La Ley*, 1999, D-41, p. 1794 ss. A riguardo del proliferare di norme speciali **S. Barona Vilar**, *op. ult. cit.*, parla di "dispersione normativa", per cui, via via che si regolava un certo settore del diritto privato, venivano introdotte nuove norme processuali, rendendo di fatto residuali le ipotesi di applicazione del rito ordinario (evidentemente avvertito come non adeguato dallo stesso legislatore).

¹¹¹ In questo modello, elaborato da Franz Klein nella riforma della ZPO austriaca del 1895, senza sacrificare il principio dispositivo, si spingevano in avanti rispetto al modello liberale i caratteri di immediatezza ed efficacia, attraverso il miglioramento del rito ordinario che rendeva pressoché inutili la maggioranza dei procedimenti speciali ed una sensibile modifica della fase di allegazione probatoria, dominata non più dall'impulso di parte ma dal potere officioso del giudice e dalla libera valutazione del materiale probatorio, salvo il caso degli atti pubblici. La rapidità si consegue favorendo strumenti di conciliazione intraprocessuale, la valutazione preliminare dei presupposti dell'azione e la concentrazione dei mezzi istruttori in una sola udienza, oltre ad escludere incidenti processuali dilatori e ricorsi di carattere devolutivo contro pronunce interlocutorie. Quanto all'efficacia del processo, questa è raggiunta tramite un valido sistema di misure cautelari e di pronunce provvisorie e consacrando, a carico delle parti, gli obblighi di lealtà, verità e probità, di esibizione di documenti e del patrimonio o di subire analisi del patrimonio genetico per la ricerca della paternità. **Idem, ibid.**, pp. 1794-1795.

¹¹² In particolare con l'art. 120, 2° comma, il quale afferma espressamente che "i procedimenti dovranno essere prevalentemente orali, soprattutto in materia penale".

¹¹³ In effetti, come affermato da **F. De La Vega García**, *Aspectos mercantiles de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *Revista La Ley, diario 5103 del 24.7.2000*, p. 1954-1955: "La tutela processuale costituisce il complemento necessario a qualsiasi ordinamento giuridico-sostantivo; senza norme processuali adeguate la regolazione materiale dei distinti casi concreti diverrebbe inefficace", ed ha aggiunto che la LEC del 2000 "costituisce senza dubbio una svolta nella tutela processuale civile e commerciale". Le critiche al precedente sistema processuale e le spinte verso una riforma globale sono ben descritte anche da **S. Barona Vilar**, *Líneas generales y principios configuradores de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil española*, in www.judicium.it.

Si tratta di problemi non nuovi e comuni a diversi stati del Vecchio Continente, molti dei quali, infatti, tra le fine dello scorso secolo e l'inizio del presente sono stati protagonisti di un grande movimento di riforme processuali, tese a ridurre la lentezza (talvolta esasperante) ed i costi della giustizia civile e quindi a favorire standard qualitativamente migliori di accesso alla giustizia e di effettività dei rimedi¹¹⁴.

A differenza dell'Italia (che continua a percorrere la via delle riforme urgenti, settoriali e spesso mal ponderate), la Spagna, tristemente nota come un paradiso per i debitori insolventi¹¹⁵, ha saputo prendere parte attivamente a questo movimento riformatore, modernizzando ampiamente il proprio ordinamento processuale attraverso scelte innovative – che pare abbiano dato frutti largamente positivi – con le quali si è voluto dare attuazione ai principi dispositivo, di trattazione (attenuato), di libera valutazione della prova, di oralità, immediatezza, concentrazione e pubblicità¹¹⁶.

In particolare l'intera LEC sembra “imbevuta” del desiderio di offrire maggiore tutela ai creditori¹¹⁷: non si può non far cenno alla concessione di esecutività *ex lege* alle sentenze di primo grado, pur se appellabili, previsione che ha ribaltato un principio saldamente ancorato nella tradizione spagnola; all'ampliamento del novero dei titoli di credito stragiudiziali, alla razionalizzazione e miglioramento delle misure cautelari, all'obbligo per il debitore di indicare i propri beni (*manifestación de bienes*) quando assoggettato ad esecuzione, e, soprattutto, all'introduzione del procedimento monitorio (oltre a quello *cambiarío* per titolari di assegni, cambiali o pagherò)¹¹⁸.

D'altronde è un dato di fatto incontestabile che, in un'epoca di traffici “globali” e di mercati sempre più integrati, con vecchie economie in crisi e nuovi Paesi emergenti, una voce chiave per il successo e l'affermarsi sulla scena internazionale di uno Stato è legato alle esportazioni. Mentre la Comunità europea si preoccupa di predisporre strumenti uniformi di tutela del credito nell'ottica del ravvicinamento delle legislazioni nazionali e, in ultima analisi, al fine di favorire il corretto funzionamento del mercato unico, è chiaro – come la stessa Corte di Giustizia non ha mancato di rilevare

¹¹⁴ Cfr. gli *Opening Remarks* di **N. Trocker** – **V. Varano**, in *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, **N. Trocker** – **V. Varano Ed.**, Torino, 2003, pp. 1-5.

¹¹⁵ Lo ricorda **I. Díez-Picazo Giménez** nel suo contributo *Procedural Reform in Spain*, in *AAVV, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, (**N. Trocker** – **V. Varano Ed.**), Torino, 2003, p. 45.

¹¹⁶ Per un'analisi – in italiano – v. **J. Picó y Junoy**, *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, I, pp. 65-80.

¹¹⁷ L'espressione è di **De La Oliva Santos**, *El Proyecto de Ley*, cit., p. 1646.

¹¹⁸ Per una panoramica delle riforme introdotte dalla LEC e delle finalità da essa perseguite, v. **Díez-Picazo Giménez**, *Procedural Reform in Spain*, cit. pp. 33-65.

in alcune storiche pronunce¹¹⁹ – che gli strumenti processuali di tutela del credito presenti nei singoli Stati giocano ancora un ruolo fondamentale e costituiscono un parametro importante con il quale gli operatori economici debbono confrontarsi. Di conseguenza, strumenti inefficaci (in sostanza procedimenti – giurisdizionali ma anche esecutivi - lunghi e dispendiosi) possono costituire un freno all'economia, disincentivando le imprese a commerciare con Stati nei quali sanno che, in caso di inadempimento, sarà difficile recuperare i propri crediti.

Punto di partenza della riforma dell'ordinamento processuale è il Libro Bianco sulla Giustizia, elaborato dal *Consejo general del poder judicial* (Consiglio generale del potere giudiziario) e reso pubblico l'8 settembre 1997. Nel documento, da un lato, si sottolineava il pessimo stato della giustizia spagnola e varie ragioni alla base del fenomeno, dall'altro si esponevano idee e si formulavano proposte per migliorare il funzionamento degli organi giudiziari e del sistema giustizia nel suo complesso.

Tra i fattori che incidono negativamente sull'amministrazione della giustizia era chiaramente indicata l'inadeguatezza della legge del 1891, nonostante, e talvolta proprio a causa, delle numerose modifiche succedutesi nel tempo, rispetto alle esigenze di tutela proprie della moderna società spagnola e del contesto europeo nel quale la Spagna era ormai pienamente inserita.

Si evidenziava soprattutto l'eccessiva durata e complessità dei procedimenti e della fase esecutiva nonché la scarsa efficacia di quest'ultima nel consentire un recupero effettivo per il creditore, nonché l'inutilità di una serie di meccanismi di soluzione alternativa delle controversie (es. conciliazione preventiva alla lite) ormai alieni allo scopo per il quale erano stati pensati, oltre alla debolezza della tutela cautelare, auspicando una radicale riforma, con introduzione di nuovi strumenti conciliativi e con potenziamento di quelli esistenti, con un nuovo impianto di misure cautelari non solo conservative ma anche anticipatorie e l'introduzione di altri strumenti processuali tra i quali il monitorio¹²⁰. Inoltre, anche sulla base di un'inchiesta portata avanti prima di pubblicare il

¹¹⁹ Causa C-43/95, *Data Delecta*, in Racc. 1996, I-04661, nella quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della *cautio iudicatum solvi*, prevista dall'ordinamento svedese a garanzia delle spese processuali a cui una società straniera, parte in un procedimento civile, potesse essere condannata, ne ha dichiarato la contrarietà al diritto comunitario statuendo – al punto 13 – che, una simile disposizione, “pur non essendo destinata di per sé a disciplinare un'attività commerciale, sortisce l'effetto di porre [gli operatori economici stranieri] in una situazione meno favorevole di quella dei cittadini di tale Stato”; aggiungendo che “giacché il diritto comunitario garantisce loro la libera circolazione delle merci e dei servizi” la possibilità per gli stessi “di adire i giudici di uno Stato membro alla pari dei suoi cittadini per risolvere le controversie originate dalle loro attività economiche costituisce il corollario di tali libertà”.

¹²⁰ Cfr. **Consejo general del poder judicial**, *El Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1996, in particolare, pp. 83, 87

Libro Blanco, il massimo organo del potere giudiziario sosteneva il bisogno di favorire l'accesso alla giustizia riducendone i costi e dunque permettendo ai cittadini di rivolgersi direttamente al giudice senza il tramite necessario di un legale (o due, avvocato e procuratore), almeno per certi tipi di atti di particolare semplicità o per questioni di modesto valore economico¹²¹.

Il lavoro svolto nel quarto capitolo del *Libro Blanco* ha costituito la base della riforma e si ritrova ampiamente già nell'Avanprogetto del 1997¹²². La riforma dell'ordinamento processuale spagnolo compiuta con la Ley de Enjuiciamiento Civil n. 1 del 2000 ha offerto una risposta a queste esigenze ed ha segnato un deciso passo in avanti nel processo di armonizzazione dei diritti nazionali a livello comunitario, teso a garantire maggiore effettività ed uniformità di tutela giuridica a livello dei singoli Stati membri, ovviamente nella prospettiva dell'efficienza del mercato unico. D'altro canto, la vastità del lavoro si è prestata ad errori e lacune, venendo a creare un terreno fertile per grandi dibattiti e scontri politici e dottrinali sulle soluzioni adottate ed ha lasciato varie questioni poco o affatto risolte agli interpreti, consentendo di elaborare soluzioni con ampi margini di discrezionalità.

Uscita dal regime dittatoriale in condizioni di arretratezza sociale, economica e giuridica, la Spagna, a partire dall'approvazione della Costituzione del 1978, è andata a grandi passi verso la democratizzazione delle proprie norme e verso la modernizzazione in ogni campo, presentandosi, all'epoca dell'approvazione della riforma, come uno dei Paesi con le maggiori prospettive (e con una forte volontà) di sviluppo all'interno della Comunità Europea.

In questo contesto ha avuto i natali la nuova Ley de Enjuiciamiento Civil che, sia pur criticata da alcuni di essere stata scarsamente ponderata e redatta ed approvata in tutta fretta da una maggioranza parlamentare scomposta per poter entrare in vigore prima della scadenza del mandato governativo dell'epoca, risulta essere un testo di grande importanza, portatore di novità significative nell'ordinamento spagnolo e generalmente oggetto di commenti positivi¹²³.

¹²¹ Alcuni dati dell'inchiesta realizzata dal **Consejo general del poder judicial** e commenti, soprattutto all'idea dell'accesso diretto alla giustizia, si trovano in **V. Magro Servet**, *Los juzgados dispondrán de impresos de demanda para los juicios verbales (menos de 150.000 pesetas) monitorio*, in *La Ley*, 1999, 5, D-256, p. 1999 ss.

¹²² Cfr. **J. Banacloche Palao**, *El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 1998, 2, D-88, p. 1887 ss. Per una panoramica sull'Avanprogetto in lingua italiana, v. **M. Ortelles Ramos**, *Verso un nuovo processo civile in Spagna: l' "Anteproyecto" di legge sul processo civile del 1997*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 3, pp. 993-1020.

¹²³ Per avere un'idea delle posizioni espresse all'epoca dell'approvazione del testo, v. tra i maggiori detrattori, **M. Serra Domínguez**, *La ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2001, pp. 5-6. L'autore riporta a sostegno della sua tesi che, nel 1988, si costituì, in seno alla Commissione Generale di Codificazione, una Sezione Speciale per la

La nuova normativa processuale è frutto soprattutto dell'impegno dell'allora Ministro della Giustizia, Marisa Mariscal de Gante y Mirón, che lavorò personalmente all'Avanprogetto prima di sottoporlo ad un ampio dibattito che coinvolgesse tutti i gruppi parlamentari, il Consiglio Generale del Potere Giudiziario, il Consiglio di Stato, associazioni ed organi collettivi di rappresentanza delle professioni forensi, della magistratura giudicante ed inquirente e professori di diritto, per ascoltarne critiche e suggerimenti¹²⁴.

L'Avanprogetto di Ley de Enjuiciamiento Civil del 1997 prima ed il Progetto di legge, poi, delineavano già alcune idee chiave che risultano trasposte nel testo definitivo della normativa processuale, in particolare la volontà di modernizzare e semplificare il funzionamento della giustizia, riducendo i giudizi ordinari di cognizione a due solamente, "verbal" (dominato dall'oralità) ed "ordenario" (con prevalenza, invece, come tradizione in Spagna, della scrittura), abolendo vari riti speciali, migliorando il sistema delle misure cautelari e, in generale, avvicinando la giustizia al cittadino, rendendo più facile l'accesso (anche diretto) e più celeri i processi¹²⁵.

Molto sentito, come già si è ricordato, era il bisogno di offrire tutela ai creditori, dato che il precedente sistema offriva molti più strumenti ai debitori per sottrarsi o comunque dilatare i tempi dell'adempimento di quanti non ne offriva invece ai creditori per riscuotere quanto di loro spettanza. In quest'ottica già nell'Avanprogetto si rovesciava un principio fino ad allora vigente, rendendo esecutive *ex lege* le sentenze di primo grado sia pur appellabili, senza necessità di prestare cauzione, si introducevano misure cautelari, si aumentava il novero dei titoli esecutivi stragiudiziali e si introducevano procedimenti sommari tra i quali il monitorio.

Riforma processuale, dissolta nel 1992 quando i lavori preparatori per nuovi testi processuali in materia civile, penale e amministrativa si trovavano già in una fase molto avanzata. I risultati di detti lavori non sono stati tenuti minimamente in conto dalla LEC del 2000, che l'autore ritiene essere più un'opera di improvvisazione che il frutto di una attenta riflessione pluriennale. Per una posizione, invece, di cauto ottimismo, v. **F. Ramos Méndez**, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcellona, 2000, p. 73, il quale ha sostenuto che non sarebbe stato giusto dare una valutazione negativa generale di un testo tanto esteso nel quale, chiaramente, vi sono sia cose buone che cose meno buone, ma le prime prevalgono certamente. Ancora, tra gli autori favorevoli alla nuova LEC si veda **J. Montero Aroca**, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli 2002 e, soprattutto **De La Oliva Santos**, *El Proyecto de Ley*, cit., p. 1641 ss.

¹²⁴ Sul punto vi è sostanziale accordo. Cfr., *ex multis*, **Diez-Picazo**, *Procedural Reform in Spain*, cit., p. 35.

¹²⁵ Per alcune osservazioni al *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* rispetto al diritto europeo, in particolare alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e al trattato di Amsterdam del 1997, v. **C. Gómez Martínez**, *El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y Europa*, in *La Ley*, 4, 1999, D-183, p. 1573 ss.

Per quanto attiene a quest'ultimo istituto, nonostante, in occasione di un colloquio avuto presso l'Università Complutense di Madrid¹²⁶, il Prof. De La Oliva Santos, personalità da considerare, a pieno titolo, tra i "padri fondatori" della LEC del 2000, mi abbia riferito che non vi fu alcun particolare dibattito circa l'introduzione del procedimento monitorio, ritengo l'affermazione veritiera solo in parte (ed evidentemente attribuisco la circostanza ad un malinteso): è sicuramente vero che, al momento di elaborare la nuova LEC, nessuno metteva più seriamente in dubbio l'utilità di introdurre questa speciale forma di tutela processuale del credito. Non altrettanto vera mi pare l'affermazione che non vi fosse stato un dibattito precedente, tanto sul se introdurlo quanto, ed anzi soprattutto, su come regolamentarlo (si tratta di un dibattito che, peraltro, lo stesso Autore rileva in un proprio scritto¹²⁷).

Il procedimento monitorio era considerato, fin dai primordi della riforma, come uno strumento cardine per la tutela del credito e per "un'effettiva agilizzazione della (...) collassata giustizia [spagnola]"¹²⁸. Presente fin dalla prima bozza dell'Avanprogetto – che gli dedicava gli articoli da 803 a 815 – l'istituto era stato inserito, con varie modifiche (che sembravano ascoltare le osservazioni critiche del Prof. Correa Delcasso), nel secondo testo dell'Avanprogetto (Novembre 1997), che gli dedicava ora soltanto sette articoli, da 802 a 808.

Già in questa prima redazione, l'istituto era riservato alle domande di pagamento di crediti pecuniari scaduti ed esigibili di importo determinato ed inferiore a 3.000 pesetas. Il limite¹²⁹ era stato introdotto tanto per ragioni prudenziali (il timore di fronte ad un istituto privo di una lunga tradizione applicativa in Spagna), quanto per l' (erronea) idea che la finalità principale del procedimento in questione fosse il recupero di crediti di modesto ammontare. Più correttamente si è argomentato che l'utilità del procedimento monitorio per il recupero di crediti di importo modesto è indiscutibile e suffragata da dati statistici, tuttavia la sua funzione chiave è offrire un tutela rapida a domande che si ritengono apparentemente incontrovertibili¹³⁰. Vi è da dire anche che questa limitazione appariva in totale assonanza con il desiderio di semplificare al massimo i procedimenti e quindi anche il rapporto tra fase senza contraddittorio e giudizio di opposizione, dato che coincideva con quella stabilita per il *juicio verbal*.

¹²⁶ Presso la quale mi sono recato, nel novembre 2009, nell'ambito delle ricerche finalizzate alla stesura di questo lavoro.

¹²⁷ V. De La Oliva Santos, *El Proyecto de Ley*, cit., p. 1644 ss.

¹²⁸ J. P. Correa Delcasso, *El proceso monitorio en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 1998, 2, D-91, p. 1887.

¹²⁹ Da molti criticato e che, come vedremo, è stato considerevolmente ampliato nel 2009. v. Correa Delcasso, *El proceso monitorio en el anteproyecto*, cit., p. 1888.

¹³⁰ Correa Delcasso, *op. ult cit.*, p. 1888 e nota (9).

Dunque, ogni eventuale opposizione sarebbe stata trattata in queste (più semplici) forme processuali.

Dall'analisi effettuata nei paragrafi precedenti, è facile notare come dall'Avanprogetto in poi l'ambito della tutela monitoria sia stato ristretto, rispetto alle precedenti proposte, ai soli crediti pecuniari; ciò, pare, per motivi statistici, dato che questi sono largamente preponderanti quale oggetto di tutela in forma monitoria in tutti gli ordinamenti che possiedono l'istituto. L'Avanprogetto (e poi il Progetto ed il testo della legge) confermava invece l'idea di introdurre un monitorio documentale (almeno nella prima fase)¹³¹, tuttavia emergeva già l'idea (trasposta nella LEC), di stabilire un catalogo aperto di documenti che consentissero l'accesso all'istituto, a condizione che rendessero verosimile e ragionevolmente certa la pretesa creditoria¹³².

Il procedimento avrebbe dovuto iniziare con *petición* – termine nuovo nel campo strettamente processuale e che, già dall'Avanprogetto, aveva preso il posto di altri impiegati nelle proposte analizzate in precedenza – redatta anche su formulari prestampati, alla quale si dovevano allegare i documenti costituenti un principio di prova del credito azionato. In questo senso il legislatore sembra aver ascoltato da subito le idee del *Libro Blanco de la Justicia* nonché del Prof. Correa Delcasso e di chi, come lui, propendeva per un atto introduttivo assai semplice e che dunque poteva essere redatto dal ricorrente in persona, senza dover obbligatoriamente essere assistito da un legale, tutto ciò al fine di favorire al massimo l'accesso all'istituto.

Giudice competente per emettere l'ingiunzione era esclusivamente il *Juzgado de primera instancia* del luogo di domicilio o residenza del debitore o, se sconosciuti, del luogo nel quale questi potesse essere rinvenuto ai fini dell'ingiunzione.

Non si faceva invece menzione del provvedimento col quale il Giudice doveva accogliere o rigettare la domanda e se, in quest'ultimo caso, fosse possibile impugnarlo; né se fosse possibile un accoglimento solo parziale e con quali effetti. Alcuni ritenevano che il giudice dovesse provvedere con *auto* non impugnabile in caso di rigetto della *petición* poiché non si negava al cittadino l'accesso alla giustizia ma solo il ricorso a tale forma speciale di tutela.

Accolta la *petición* l'*auto* del giudice avrebbe dovuto contenere il *requerimiento de pago*¹³³ (ovvero l'ingiunzione), da notificare all'ingiunto.

¹³¹ Si è già visto *supra* sub 4.1., 4.2 e 4.3., che le varie proposte legislative non si sono mai distaccate da questo elemento, ritenuto necessario – almeno in una prima fase applicativa dell'istituto – in una situazione come quella dell'ordinamento spagnolo.

¹³² **Correa Delcasso**, *op. ult. cit.*, p. 1888.

¹³³ Termine criticato da alcuni che avrebbero preferito “*mandato de pago*”, espressione ben più radicata nell'ordinamento spagnolo. V. **Profesores de Derecho Procesal**, *Corrección*,

Questa attività, centrale per il corretto funzionamento dell'istituto anche nell'ottica di salvaguardare il diritto di difesa dell'ingiunto, non era però oggetto di regolamentazione, né quanto alle forme in cui effettuarla né quanto al contenuto dell'atto (o meglio agli avvertimenti) da comunicare.

Si stabiliva quindi (art. 810) che l'ingiunto avrebbe avuto a disposizione il termine di venti giorni per pagare o proporre opposizione, altrimenti l'ingiunzione sarebbe divenuta titolo esecutivo maturando gli interessi di mora dal momento della sua emissione. Nel primo caso, l'ingiunto avrebbe dovuto documentare l'avvenuto pagamento in Tribunale per ottenere la restituzione dei documenti comprovanti il credito e l'archiviazione della pratica (art. 812 Anteproyecto).

In caso di omesso pagamento e di mancata opposizione si affermava che "il Giudice emanerà un *auto* nel quale autorizzerà l'esecuzione per l'importo dovuto. Autorizzata l'esecuzione questa proseguirà in conformità a quanto stabilito per le sentenze giudiziali" ed il credito "maturerà gli interessi ai quali si riferisce l'art. 583". La regolazione era scarna e poco chiara (come nel testo definitivo, per cui l'analisi approfondita verrà svolta nel Capitolo 2), mancava infatti l'equiparazione dell'ingiunzione non opposta ad una sentenza contumaciale (sul modello del *Mahnverfahren*) ovvero un atto, quale il visto di esecutività, che concedesse al titolo ingiuntivo gli effetti di una sentenza di condanna definitiva, nonché una norma che individuasse chiaramente un ricorso straordinario avverso l'*auto despachando ejecución* che consentisse di tener conto di un vizio della notifica tale da aver impedito all'ingiunto di difendersi.

In caso di opposizione si sarebbe invece chiuso il processo monitorio ed aperto un giudizio ordinario di cognizione nelle forme del giudizio verbale. Poiché nell'Avanprogetto si regolavano ancora tre tipi di giudizio ordinario di cognizione: *ordenario*, in forma prevalentemente scritta, e due tipi di *verbal*, uno con domanda e risposta succinte ma scritte, l'altro solo con domanda scritta ma risposta orale del convenuto, si stabiliva che, in caso l'importo richiesto non superasse le 300.000 pesetas, le parti sarebbero state subito citate per l'udienza di trattazione, in caso contrario il ricorrente avrebbe dovuto presentare la domanda ordinaria (di *juicio verbal*) entro un mese dalla comunicazione dell'avvenuta opposizione, pena l'estinzione del giudizio.

La norma presentava dunque la stessa formulazione (carente) del testo definitivo, ponendo l'interrogativo chiave di come individuare il giudice competente per l'opposizione e, in secondo luogo, di come dovesse essere ripartito l'onere della prova. Infatti, il giudizio di opposizione, da un lato sembrava configurato come quello di un monitorio puro, dunque soggetto a tutte le regole di un giudizio ordinario, incluse quelle sulla

cit., p. 319 ss. e **Guasp**, *Vieja y nueva terminología en el proceso civil*, in *Revista de derecho procesal*, 1946, p. 81.

competenza, ma dall'altro prevedeva che, per domande di valore inferiore a 300.000 pesetas, le parti fossero direttamente citate per l'udienza, dunque davanti allo stesso giudice che aveva emesso l'ingiunzione¹³⁴.

Il testo del Proyecto de LEC (nella parte relativa al *juicio monitorio*) è simile all'ultima versione di Avanprogetto ma introduce alcune differenze chiave.

Si stabiliva espressamente quale forma dovesse rivestire l'atto col quale il giudice ammetteva o rigettava la *petición* (ovvero la *providencia* – equivalente del nostro decreto).

Venivano poi ridotti a due i procedimenti di cognizione, *verbal* (con domanda introduttiva succinta e contestazione orale direttamente in udienza) e *ordenario* (con domanda e risposta scritte, udienza preliminare ed udienza di trattazione), con discriminie di valore tra l'uno e l'altro fissato a 3.000.000 di pesetas, mentre il limite di valore per l'accesso al procedimento monitorio era aumentato a 5.000.000 di pesetas. In questo modo era stato complicato il coordinamento tra la fase monitoria e l'eventuale giudizio di opposizione che doveva seguire le forme del procedimento corrispondente per valore.

Rispetto all'Avanprogetto si stabiliva altresì che, in caso di mancata opposizione (e pagamento) nel termine, il giudice avrebbe autorizzato l'esecuzione forzata che avrebbe seguito la disciplina prevista per le sentenze giudiziali, tuttavia, rispettivamente, debitore e creditore non avrebbero potuto pretendere, in un successivo giudizio, la restituzione di quanto pagato o il pagamento di quanto già avuto a seguito del monitorio. La formulazione, invero non troppo felice, era comunque utile per individuare una preclusione, intesa, pare, come efficacia di giudicato sostanziale dell'ingiunzione non opposta.

4.5. Un cenno alla Ley de Propiedad Horizontal

Un antecedente applicativo dell'istituto (non già teorico, posto che, come si è visto, esso era già presente nella mente del legislatore della nuova LEC) si rinviene nella Ley de Propiedad Horizontal del 1999 che aveva inserito, all'art. 21, un rito monitorio, sebbene limitato alla sola ipotesi della riscossione di spese condominiali comuni e fondi di riserva che è poi stata assorbita dal procedimento di applicazione generale previsto dalla LEC del 2000¹³⁵.

¹³⁴ Per osservazioni e rilievi critici v. **Correa Delcasso**, *op. ult.*, cit., pp. 1888-1890

¹³⁵ Sono molti gli autori che sottolineano questo aspetto. Per tutti v. **C. Marciás Rodríguez**, *El proceso monitorio*, in *Colegio de Abogados de las Palmas*, settembre 2001, www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb ed ivi le indicazioni, secondo il quale durante l'elaborazione del Progetto di LEC, "Le Corti approvarono la legge 8/99... di riforma della Ley de Propiedad Horizontal, il cui art. 21 raccoglieva, per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico, un processo monitorio, sebbene limitato alla pretese di

Uno sguardo alla figura regolata dalla Ley de Propiedad Horizontal, evidenzia una volta ancora la confusione che si faceva in Spagna tra procedimento monitorio e *juicio ejecutivo*, il primo teso a creare rapidamente un titolo esecutivo, tendenzialmente con efficacia di giudicato sostanziale equiparata a quella di una sentenza definitiva, il secondo, invece, a dare rapida esecuzione ad un titolo stragiudiziale ma che non offriva l'intangibilità del risultato ottenuto, potendo l'esecutato proporre opposizione per motivi attinenti al merito della pretesa. La normativa rispondeva al desiderio, più volte espresso dagli amministratori condominiali, di avere a disposizione mediante semplici formalità un titolo per il recupero di spese e fondi condominiali fondamentali per la gestione delle strutture. L'idea era che si attribuisse efficacia di titolo esecutivo al verbale di riconoscimento dell'omesso pagamento della quota di spese, approvato e comunicato al debitore secondo certe formalità: si sarebbe trattato così di un titolo stragiudiziale da eseguire attraverso il *juicio ejecutivo*¹³⁶. La riforma invece, mescolando le carte, finì per generare un ibrido il cui lascito problematico è poi passato nella Ley de Enjuiciamiento Civil, il cui rito monitorio ha assorbito quello speciale, relativo alle spese condominiali. Infatti la difettosa regolazione dell'istituto (con profili problematici anche dal punto di vista costituzionale), ha parzialmente

somme addebitate per via di spese comuni e fondi di riserva, senza limiti di valore. Significò uno strumento di lotta contro la morosità nel quale l'ordine di pagamento veniva emesso sulla base della certificazione dell'accordo liquidatorio approvato dalla Giunta, che doveva essere firmato dal Segretario e munito del visto del Presidente, ma che doveva altresì essere notificato al debitore nella forma stabilita in detta legge”.

¹³⁶ Per uno studio critico del monitorio introdotto dalla Ley de Propiedad Horizontal del 1999 v. **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Propiedad Horizontal: indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguarda su constitucionalidad parcial*, in *La Ley*, 1999, III, D-111, p. 2005 ss. In particolare, sulle aspirazioni degli amministratori condominiali, p. 2009. In sostanza questo istituto circondava di (inutili) cautele il documento dimostrativo del credito che, nel monitorio, non è che un principio di prova che deve dimostrare l'apparente fondatezza incontrovertibile del diritto azionato. Poneva invece gravi problemi di costituzionalità sia in merito alla competenza giurisdizionale – stabilita nel giudice del luogo in cui si trovava l'immobile – sia in relazione alla notifica – da effettuarsi nel domicilio previamente fissato in Spagna a tale effetto o, in difetto, nell'appartamento o locale de quo. In molti casi (es. case di villeggiatura o seconde case), si finiva così per obbligare un soggetto a difendersi presso un tribunale diverso da quello di sua residenza e, peggio ancora, un soggetto residente all'estero rischiava di vedersi condannato senza aver neppure saputo dell'ingiunzione. Si ammetteva la presentazione della domanda senza assistenza tecnica, ma con possibilità di recuperare i relativi costi dalla controparte nel caso si decidesse di farlo e la domanda venisse totalmente accolta. Come nel Progetto di LEC non si definiva l'atto col quale il giudice doveva decidere sulla richiesta monitoria né un atto che convertisse l'ingiunzione in titolo esecutivo in mancanza di opposizione, prevedendo direttamente che il giudice avrebbe emanato un *auto despachando ejecución*.

contaminato l'istituto oggetto di studio, in particolare circa gli aspetti della documentazione comprovante il credito e della notifica dell'ingiunzione¹³⁷.

¹³⁷ Per l'analisi dei problemi v., di seguito, Cap. 3, parr. 3.5. e 7.

CAPITOLO 2

NATURA GIURIDICA E COLLOCAZIONE DOGMATICA DELL'ISTITUTO MONITORIO SPAGNOLO: PROFILI RICOSTRUTTIVI NEL DIALOGO CON LA DOTTRINA PROCESSUALISTICA ITALIANA

La novità dell'istituto monitorio nel panorama del diritto processuale civile spagnolo non poteva non provocare un vivace dibattito dottrinale sulla natura giuridica dell'istituto, nonché sulla sua ricostruzione dogmatica ed il suo corretto inquadramento sistematico. Di questo dibattito daremo conto nelle pagine che seguono attraverso una sorta di “dialogo a distanza” con i grandi autori classici che, soprattutto nella dottrina italiana, si sono occupati, con notevole spessore concettuale, dello studio del procedimento monitorio.

Il “dialogo a distanza” per un verso ci offrirà l'occasione di evidenziare l'influenza diretta ed indiretta esercitata dal pensiero giuridico italiano in questa complessa materia e per altro verso ci consentirà di vagliare criticamente le soluzioni e le proposte ricostruttive via via emerse nel dibattito dottrinale spagnolo.

1. Natura giuridica ed inquadramento sistematico del *juicio monitorio*.

Il procedimento monitorio si trova regolato nel Libro IV della LEC, dedicato ai procedimenti speciali. Tuttavia, così come avviene in Italia, la collocazione sistematica non è di grande aiuto per il corretto inquadramento dogmatico dell'istituto, dato che, all'interno di questo libro, sono raccolti procedimenti la cui specialità consiste soltanto nelle deviazioni dallo schema processuale che si ritiene proprio del giudizio di cognizione, senza presentare, sostanzialmente, altri profili di collegamento l'uno con l'altro. Per capirlo, basterà riportare qui i singoli titoli presenti all'interno del libro IV. Titolo I: “Dei procedimenti relativi alla capacità, filiazione, matrimonio e minori”; Titolo II: “Della divisione giudiziale”; Titolo III: “Dei procedimenti monitorio e cambiario”. Dunque, per inquadrare l'istituto si dovrà fare riferimento ad altri indici ed elementi qualificanti.

La natura giuridica del rito monitorio è stata oggetto di ampio dibattito in Spagna e, tuttora, non sembra vi sia una soluzione univocamente accolta dalla dottrina¹³⁸. In molti scritti si nota chiaramente l'eco delle questioni che già i giuristi tedeschi, in epoca più risalente, e la migliore dottrina processualistica italiana della prima metà del Novecento, hanno ampiamente contribuito a chiarire. Invero si ha talvolta l'impressione che il

¹³⁸ **R. González López**, *Sobre la debatida naturaleza del procedimiento monitorio*, in *Boletín jurídico Derecho.com*, gennaio 2002, www.derechocom ed ivi le indicazioni.

tema non sia stato studiato con la stessa cura e profondità concettuale adoperata dai Maestri del passato, né che le soluzioni proposte siano state convincentemente argomentate. In vari scritti pare che si confondano la natura del procedimento (volontaria giurisdizione, cognizione, esecuzione, mista) con la natura dell'azione esercitata (ordinaria azione di cognizione, azione speciale, azione esecutiva) e l'efficacia del provvedimento ingiuntivo.

Il dibattito, come più volte ha sottolineato Correa Delcasso¹³⁹, è stato alimentato dalla confusione che, in generale, si è fatta tra il *juicio ejecutivo*¹⁴⁰ (oggi abrogato) ed il rito monitorio, simili per struttura e meccanismo di funzionamento ma radicalmente diversi circa la loro natura e funzione. Il primo serviva infatti ad avviare l'esecuzione per chi possedeva già un titolo esecutivo, limitando in maniera più o meno marcata i motivi dell'eventuale opposizione a seconda che si trattasse di un titolo giudiziale o stragiudiziale e permettendo di ottenere il pignoramento dei beni dell'esecutato. Alla limitazione dei motivi di opposizione concessi all'esecutato faceva da contraltare il fatto che il provvedimento conclusivo del *juicio ejecutivo* non possedesse efficacia di giudicato sostanziale. Viceversa il procedimento monitorio, come ha illustrato chiaramente Calamandrei, precede la creazione del titolo esecutivo alla quale è diretto. Esso serve, dunque, non diversamente da qualsiasi azione ordinaria di condanna, ad ottenere un titolo che permetta "varcare la soglia del processo esecutivo"¹⁴¹ sebbene, per scelta dell'ordinamento (che deriva essenzialmente dalla considerazione che certi tipi di pretese sono normalmente incontrovertibili), si giunge al titolo attraverso forme più rapide e semplificate rispetto al giudizio ordinario, in particolare all'accertamento per preclusione delle difese dell'ingiunto che non si sia avvalso della facoltà di contestare l'ingiunzione nel termine di legge.

Correttamente impostata, l'analisi della natura giuridica del rito monitorio spagnolo si presenta problematica sotto vari profili, in gran parte legati a lacune e difetti nella normativa che lo riguarda. Sappiamo infatti che, nella ricostruzione e nell'inquadramento sistematico del procedimento monitorio italiano ha giocato un ruolo chiave l'art. 656 C.P.C. ed il richiamo che esso effettua ai mezzi di impugnazione straordinari propri delle sentenze

¹³⁹ P.e., **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio*, Barcellona, 1998, p. 355.

¹⁴⁰ Per una prima approssimazione all'istituto v. **F. Beceña**, *Los procedimientos ejecutivos en el Derecho Procesal español*, in *Revista de derecho procesal*, 1920; p. 232 ss. Un'analisi, storica e dogmatica del *juicio ejecutivo* è stata effettuata da v. **E. Gutiérrez de Cabiedes**, *Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España*, in *Estudios de derecho procesal*, Pamplona 1974, p. 441. Altri utili riferimenti in **A. De La Oliva Santos**, *Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil*, in *La Ley*, 1988, IV, pp. 930-936; **J. Montero Aroca**, *La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo*, in *Revista de Derecho Procesal*, 1993, 2, pp. 269-305.

¹⁴¹ **Calamandrei**, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926, p. 3.

quali unici rimedi esperibili avverso l'ingiunzione non opposta. È soprattutto questo dato normativo che ha consentito di accostare l'efficacia di quest'ultima a quella di una sentenza di condanna.

Nell'analizzare la natura giuridica dell'istituto si deve inoltre guardare al solo procedimento monitorio, inteso come quel procedimento che si svolge *inaudita altera parte* e che culmina con la mancata opposizione all'ingiunzione debitamente notificata. Si è infatti già visto in precedenza¹⁴² come l'opposizione ponga fine al procedimento speciale, privando di efficacia l'ingiunzione (ovvero sospendendola fino all'esito del giudizio di merito nel modello "documentale") mentre ciò che caratterizza l'istituto è, al di là del risultato pratico di ottenere "spontaneamente" o coattivamente la soddisfazione della pretesa, un accertamento del diritto dedotto in giudizio, suscettibile di produrre (non rileva in questa sede con quale ampiezza di confini) la cosa giudicata. Appare quindi scorretto, ai fini dell'analisi della natura giuridica del *juicio monitorio*, considerare insieme a questo anche l'eventuale giudizio di opposizione, mescolando così i termini della questione.

1.1. Il rito monitorio come "espediente per evitare il processo".

Passando all'analisi delle teorie ricostruttive, alcuni hanno affermato che il monitorio non sia un procedimento contenzioso ma di volontaria giurisdizione facendo leva soprattutto sull'assenza di contraddittorio tra le parti e/o di una qualsivoglia cognizione del merito della pretesa azionata, per cui l'ingiunzione viene emessa sol che si rispettino le condizioni stabilite dalla legge. In questo senso la tesi più estrema è stata espressa da Serra Domínguez, autore ostile alla nuova LEC, secondo il quale il rito monitorio non è tanto un vero e proprio procedimento quanto uno "strumento processuale per formare un titolo esecutivo senza la necessità di contraddittorio, in quei casi nei quali il debitore difetti di motivi per opporsi al compimento dell'obbligazione che gli sia richiesto". Lo stesso autore ha affermato che "il monitorio non è in realtà un processo giurisdizionale, bensì tende ad eliminare il processo. Ciò spiega perché lo scritto iniziale del monitorio debba essere estremamente semplice, senza richiedere l'intervento di Avvocato e Procuratore, giacché si vuole unicamente ingiungere al debitore di effettuare il pagamento di un debito"¹⁴³. Nello stesso senso si è espresso anche Garberi Llobregat, affermando che il monitorio "[non] può essere concepito come un autentico processo bensì come un'attività o espediente o procedimento preliminare di natura puramente esecutiva, come una forma di ordine di pagamento di origine

¹⁴² *Supra* Cap. 1, par. 2.

¹⁴³ M. Serra Domínguez, *La ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2001, p. 58.

giudiziale”. Tuttavia, a distanza di pochi anni, e sia pur con un atteggiamento fortemente critico verso la soluzione adottata, lo stesso autore ha riconosciuto espressamente l’efficacia di giudicato dell’ingiunzione non opposta, equiparandola a quella della sentenza definitiva¹⁴⁴.

La tesi della natura di volontaria giurisdizione del procedimento monitorio ha radici antiche. In passato era sostenuta soprattutto da autori austriaci come Menger o Pollak, che si confrontavano però con la concezione assai ampia dei limiti della giurisdizione volontaria, propria del diritto austriaco e con altri dati normativi riferiti ad un modello “puro” di rito monitorio, ossia il *Mahnverfahren*, in base ai quali l’opposizione faceva cadere nel nulla l’ingiunzione e l’efficacia di questa era, altresì, limitata nel tempo. Inoltre, elemento decisivo per fondare questa ricostruzione era l’idea che non vi fosse lite (ossia contestazione) tra le parti del procedimento monitorio ma, da parte dell’intimato, il tacito riconoscimento del diritto di controparte. La mancata opposizione veniva cioè ricostruita come una finzione di riconoscimento da parte del debitore del fondamento dell’altrui pretesa e, pertanto, non si sarebbe avuta controversia laddove l’ingiunto non si fosse opposto, non avesse contestato, appunto, la giustizia dell’ingiunzione notificatagli, ma giurisdizione *inter volentes*. A questa impostazione ha già avuto modo di replicare con grande lucidità Cristofolini, definendola un “artificio costruttivo del quale è evidente la inaccettabilità”, dato che si tratta “di un caso di decadenza che opera obiettivamente salva la *restitutio in integrum*) al di fuori della volontà dell’intimato”¹⁴⁵.

L’opinione che ascrive il procedimento monitorio alla volontaria giurisdizione era invece confutata dalla dottrina tedesca che, pur inquadrando il procedimento monitorio, nella veste del *Mahnverfahren*, nella tutela esecutiva, era concorde nell’affermare la natura giurisdizionale dell’istituto. Ciò sia sulla base del rilievo che la distinzione tra volontaria giurisdizione e giurisdizione contenziosa consiste nel fatto che la prima mira a prevenire un torto mentre la seconda a reprimerlo ed è chiaro che, nel rito monitorio, il torto (inadempimento) si è già verificato; sia sulla base della ricostruzione per cui la volontaria giurisdizione mira a costituire stati giuridici nuovi mentre la giurisdizione contenziosa mira a far attuare rapporti già esistenti ed è chiaro che il monitorio mira, come l’ordinario processo di condanna, ad ottenere l’adempimento di un’obbligazione. In Italia, d’altronde già Calamandrei ebbe a sottolineare come un conflitto di interessi tra creditore e debitore, attuale e non solo potenziale (stante

¹⁴⁴ Cfr. **J. Garberi Llobregat**, *Los procesos cambiario y monitorio en el Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *Tribunales de Justicia*, n. 7/1998, p. 692 dal quale è tratta la citazione e, circa il riconoscimento all’ingiunzione non opposta di un’efficacia simile a quella di una sentenza definitiva, **Id.**, *El cobro ejecutivo de las deudas en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2006, II, p. 1479 ss.

¹⁴⁵ v. **G. Cristofolini**, *Processo d’ingiunzione*, Padova, 1939, p. 87 ed ivi anche nota 4.

l'inadempimento di quest'ultimo), sia chiaramente alla base dell'istituto e che l'efficacia dell'ingiunzione non deriva da un tacito accordo tra le parti, ma dall'accertamento per preclusione, di talché non manca del tutto lo stadio della cognizione che si verifica però con forme diverse da quelle del rito ordinario¹⁴⁶.

La proposta ricostruttiva di questo filone dottrinale spagnolo ci pare richiamare molto da vicino il percorso argomentativo che, nel panorama italiano, è stato portato avanti da Carnelutti e, per altri versi, da Chiovenda, ma con importanti differenze che avremo cura di mettere in luce. Per Carnelutti, il tratto distintivo tra processo volontario e contenzioso sta infatti nell'essere il conflitto di interessi da regolare ancora potenziale o già in atto. Il processo contenzioso tende cioè alla giusta composizione di una lite già in atto, ha una funzione repressiva di un conflitto in essere tra due (o più) soggetti di una contesa definita "lite". Viceversa, il processo volontario tende a prevenire che il conflitto potenziale si trasformi in attuale, conciliando le parti. Si tratta di una funzione svolta, per lo più, a livello legislativo o amministrativo anziché giudiziario ma quando il suo esercizio è demandato al giudice si parla di giurisdizione volontaria.

Nelle parole dell'autore, oggetto della "lite" è un bene della vita in contestazione tra le parti. L'una afferma una "pretesa" (compie cioè una dichiarazione di volontà con la quale richiede un qualcosa al giudice), fondata su certe "ragioni" o fondamenti giuridici, alla quale l'altra resiste. Questa resistenza può atteggiarsi in tre modi distinti: in primo luogo l'avversario, senza ledere l'interesse altrui, può contestare la pretesa; in secondo luogo, egli può non contestare la pretesa, ledendo però l'altrui interesse; infine le due cose possono darsi cumulativamente. La contestazione, al pari della pretesa, è una dichiarazione di volontà del soggetto. La lesione dell'altrui interesse è invece un'operazione giuridica che comporta di valutare l'altrui operato alla luce di norme giuridiche. A questa distinzione corrisponde quella dei diversi tipi di lite. Tra liti da pretesa contestata, che danno luogo ad una "controversia" e liti da pretesa insoddisfatta, per la cui risoluzione è particolarmente necessaria l'attività esecutiva: il soggetto non contesta la pretesa ma si limita a non attuare il comando della legge, ledendo così l'interesse altrui. In ogni caso, il fine ultimo del processo è sempre la giusta composizione della lite. Dunque, per lungo tempo, Carnelutti considerava che processo (e funzione propriamente

¹⁴⁶ Calamandrei, *Il procedimento*, cit., p. 26 ss. Più di recente, per una lucida esposizione sulla problematica distinzione tra volontaria giurisdizione e giurisdizione contenziosa e sul criterio atto a distinguere l'una dall'altra, v. G. Verde, *La tutela sommaria in generale: i procedimenti sommari non cautelari*, in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, vol. II, p. 9 ss., secondo il quale il tratto distintivo sta nel fatto che "la giurisdizione contenziosa tende a comporre un contrasto anche potenziale, ma giuridico e intersoggettivo là dove la giurisdizione volontaria non presuppone, ma non esclude il contrasto, il quale si presenta come contrasto dialettico e interno alla gestione di un unico interesse".

giurisdizionale) vi fosse solo se ed in quanto vi fosse una lite. Le altre ipotesi, classificate come “processi impropri” (nel senso che in essi veniva esercitata, con forme processuali, una funzione che non è sostanzialmente giurisdizionale), erano definiti anche processi “senza lite” anche se, nelle *Istituzioni*, ebbe modo di modificare questa impostazione ammettendo che, accanto al processo contenzioso, quale ipotesi principale di processo teso alla giusta composizione della lite, vi fosse anche la *species*, storicamente di minor valore, del processo volontario¹⁴⁷.

Orbene, nella classificazione dell'autore, all'interno del processo contenzioso stavano sia l'attività di cognizione che quella esecutiva: l'una poteva servire a comporre sia liti da pretesa contestata che da pretesa insoddisfatta, l'altra, veniva in rilievo solo per questa seconda categoria, nella quale la lesione della pretesa doveva essere rimossa senza o anche contro la volontà del resistente¹⁴⁸.

Nel quadro concettuale tracciato da Carnelutti, il “processo d'ingiunzione” si collocava un po' a metà strada tra cognizione ed esecuzione. Secondo le categorie proposte, quando la lite era da pretesa insoddisfatta, era necessario il processo esecutivo e non tanto la cognizione¹⁴⁹, ma come sapere se la controparte si limitava a non attuare la pretesa o intendeva contestarla? Per questo normalmente la cognizione precede l'esecuzione salvo che la pretesa sia formalizzata in un titolo esecutivo stragiudiziale che la rende possibile senza previa cognizione, la quale potrà essere richiesta dal soggetto che subisca l'esecuzione sulla base di quel titolo.

L'autore rilevava come in tutti quei casi di lite da pretesa insoddisfatta nei quali manchi la contestazione della controparte, vi è il rischio di fare processi di cognizione a vuoto, non sussistendo quella lite che, precipuamente, essi debbono risolvere. Ciò danneggia i creditori, costretti a percorrere la lunga strada del processo di cognizione per avere un titolo giudiziale da impiegare contro i debitori. Questo rischio e spreco di attività è proprio ciò che il procedimento monitorio tenta di evitare: salvo che colui contro il quale la pretesa è proposta decida di opporsi (contestandola), “il giudice non procede alla cognizione se non in modo sommario e, in base a questa, forma un provvedimento che serve da titolo esecutivo alla pretesa e così consente a tutela di essa l'esecuzione forzata”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ **F. Carnelutti**, *Istituzioni del processo civile italiano*, V ed., Roma, 1956, I, pp. 5 ss., 17.

¹⁴⁸ **Id.**, *Istituzioni*, cit., p. 38.

¹⁴⁹ Si tratta, evidentemente, di un concetto importante e tenuto in grande considerazione da numerosi ed importanti autori. In particolare, si tratta dell'elemento che portò Chiovenda ad immaginare la categoria degli “accertamenti con prevalente funzione esecutiva”. Cfr. **G. Chiovenda**, *Principii di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 1928, 196 ss.

¹⁵⁰ **Carnelutti**, *Istituzioni*, cit., p. 42.

A questa ricostruzione si è obiettato che la lite effettiva all'interno del processo può esservi come non esservi anche nel processo ordinario, poiché il convenuto può restare contumace mentre l'intimato può opporsi e poi desistere o decadere dall'opposizione involontariamente. Il rito monitorio, in tutti questi casi, servirebbe dunque proprio "a comporre una lite"¹⁵¹.

Il riferimento alle teorie carneluttiane ci è parso importante per evidenziare l'equivoco in cui sembrano cadere le correnti dottrinali spagnole sopra ricordate. Carnelutti faceva rientrare il monitorio nel *genus* dei processi e, nell'opera più matura, all'interno della funzione giurisdizionale contenziosa (e non dunque nella giurisdizione *inter volentes*, attesa la sussistenza di un conflitto attuale tra le parti) ma, non trovando ad esso adeguata collocazione né nella cognizione né nell'esecuzione, aveva coniato una terza ed intermedia categoria, alla quale faceva poi corrispondere quella del "titolo ingiuntivo", inteso come supporto "ultraprobatorio", in grado di consentire di ottenere dal giudice un'ingiunzione¹⁵².

Anche nell'opera di Chiovenda si possono cogliere elementi utili per evidenziare il sostanziale equivoco della tesi che riconduce il monitorio nell'ambito della giurisdizione volontaria. Com'è noto, Chiovenda afferma che la giurisdizione volontaria ha sempre uno scopo costitutivo: attraverso di essa si costituiscono stati giuridici nuovi o si coopera allo svolgimento di rapporti esistenti. La giurisdizione vera e propria mira invece ad attuare rapporti esistenti. Quest'ultima suppone, dunque, per una parte, l'aspettativa di un bene contro un'altra, sia esso bene una prestazione o un effetto giuridico. Ciò manca nella giurisdizione volontaria: non vi sono due parti né un bene garantito contro gli altri ma uno stato giuridico che, senza l'intervento dello Stato, non potrebbe nascere o svilupparsi o si svolgerebbe in modo imperfetto¹⁵³. Per questo Chiovenda, anche sulla base della nota teoria dell'azione come diritto soggettivo autonomo rispetto alla pretesa¹⁵⁴, aveva creato la categoria degli "accertamenti con prevalente funzione esecutiva", tra i quali, un ruolo preminente si doveva attribuire al procedimento monitorio. Si tratta – secondo l'autore – di processi rientranti nell'alveo della giurisdizione contenziosa, nei quali la cognizione e dunque l'accertamento del diritto, gioca un ruolo secondario rispetto all'eseguibilità del comando. Per questo l'ordinamento, tenendo presente l'interesse al pronto adempimento delle obbligazioni e l'*id quod plerumque accidit*, anziché subordinare il comando all'accertamento di quanto avvenuto nel caso concreto, consente di comandare prima di aver accertato, sulla base della considerazione di ciò che normalmente avviene in generale, quando si

¹⁵¹ Cristofolini, *Procedimento*, cit., pp. 88-89.

¹⁵² F. Carnelutti, *In difesa del titolo ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, p. 189 ss.

¹⁵³ Chiovenda, *Principii*, pp. 316 ss.

¹⁵⁴ Chiovenda, *Principii*, cit., p. 29 ss.

deduca in giudizio certe pretese, riservando la possibilità di ottenere la cognizione piena sulla pretesa ad un momento successivo, nel caso l'ingiunto proponga opposizione¹⁵⁵.

Alla luce di quanto si è visto, la posizione ricostruttiva che esclude il monitorio dal novero dei processi giurisdizionali in senso proprio appare dunque fortemente criticabile sulla base dei criteri individuati dalla migliore dottrina processualistica. Rimangono da aggiungere altri due argomenti per escludere la natura di volontaria giurisdizione dell'istituto; si tratta, da un lato dell'efficacia di giudicato pacificamente riconosciuta in Spagna all'ingiunzione non opposta, efficacia che è tipica di un atto giurisdizionale e non mai di atti della volontaria giurisdizione¹⁵⁶, nonché del dato sistematico proprio della nuova LEC che, a differenza di quanto avviene con il Libro IV del nostro Codice di rito¹⁵⁷, espressamente, non si occupa di volontaria giurisdizione¹⁵⁸.

Dunque l'idea espressa da questi autori spagnoli, secondo i quali il monitorio serve ad evitare il processo¹⁵⁹ è accettabile nella misura in cui la si intenda riferita alle attività proprie del processo ordinario, ossia alla piena cognizione sulla pretesa dedotta in giudizio, per cui il legislatore, basandosi sull'interesse generale al puntuale adempimento delle obbligazioni (ed in Spagna, si è visto che il legislatore aveva ben presente che la morosità può avere effetti devastanti, specie per piccole e medie imprese e, di fatto, nuocere gravemente al mercato ed all'economia nel suo complesso) e sul fatto che normalmente il tipo di pretese tutelate (in Spagna, i soli crediti pecuniari) esistono (idea rafforzata attraverso la richiesta di un supporto documentale a sostegno della domanda), permette al giudice di emanare un provvedimento che, se la controparte non ha serio motivo di contestare, permetterà di risparmiare il tempo ed i costi di un processo ordinario, addirittura aprendo direttamente le porte dell'esecuzione.

¹⁵⁵ cfr. **Id.**, *Ibid.*, p. 196 ss., 210 ss.

¹⁵⁶ Lo stesso **Chiovenda**, *Principii*, cit., pp. 318-319, ebbe cura di sottolineare come la distinzione tra giurisdizione contenziosa e volontaria ha una grande importanza pratica, atteso che il provvedimento di volontaria giurisdizione, in quanto atto di amministrazione, non produce mai di per sé la cosa giudicata che è invece propria dell'atto giurisdizionale per eccellenza: la sentenza. La cosa giudicata si ricollega ai provvedimenti decisori contenenti l'accertamento di un rapporto giuridico mentre, per loro stessa natura, è esclusa rispetto ai provvedimenti di volontaria giurisdizione. Cfr. inoltre **E. Garbagnati**, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, pp. 19-21.

Sull'efficacia dell'ingiunzione non opposta v. *infra* nelle pagine seguenti.

¹⁵⁷ Nel quale si trovano riuniti procedimenti assai diversi, alcuni dei quali propriamente appartenenti alla volontaria giurisdizione, come il procedimento per la separazione consensuale dei coniugi.

¹⁵⁸ Cfr. **I. Díez-Picazo Giménez**, *Procedural Reform in Spain*, in AAVV, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, (N. Trocker – V. Varano Ed.), Torino, 2003, p. 38.

¹⁵⁹ *Supra*, nota 136.

Lo stesso dicasi dell'affermazione per cui il provvedimento del giudice si risolve in un ordine, in un comando giudiziale¹⁶⁰ che si può ritenere condivisibile laddove si richiami alle concezioni sopra esposte, ovvero che, nel monitorio, eccezionalmente (e per le ragioni viste) il giudice comandi prima di accertare ma all'accertamento del diritto consacrato nel comando (nell'ingiunzione) si giunga ugualmente in assenza di opposizione dell'intimato, attraverso la preclusione dell'esame delle sue eccezioni¹⁶¹.

1.2. La collocazione del rito monitorio all'interno della giurisdizione in senso proprio.

Collocato l'istituto all'interno della giurisdizione in senso proprio, resta da vedere se possa predicarsi la sua natura di procedimento di cognizione e, se del caso, indicare se nelle sue forme, si faccia valere un'ordinaria azione di condanna ovvero un'azione speciale.

Sin dai primi commenti degli studiosi spagnoli si riscontra un sostanziale accordo sulla centralità di due aspetti: la finalità propria dell'istituto monitorio, ovverosia ottenere rapidamente un titolo esecutivo¹⁶² e la cosiddetta "inversione dell'iniziativa del contraddittorio"¹⁶³, anche se, alcuni scritti più risalenti, pur parlando di "inversione del contraddittorio" sembravano richiamare piuttosto la tesi dell'eventualità dello stesso, nell'affermare che "questo può sussistere o meno a seconda che si abbia o no l'opposizione del convenuto"¹⁶⁴.

1.2.1. La tesi della natura esecutiva del procedimento. Critica: il corretto inquadramento dell'istituto nella tutela di cognizione.

La tesi della natura esecutiva del rito monitorio spagnolo è stata sostenuta, in un primo tempo, da Garberi Llobregat, secondo il quale si tratterebbe di "un procedimento giurisdizionale privo di fase dichiarativa" e, dal punto di vista processuale, di "un autentico processo di esecuzione" dato

¹⁶⁰ *Supra*, nota 137.

¹⁶¹ **Carnelutti** ebbe del resto modo di precisare che la cognizione è tradizionalmente il mezzo attraverso il quale il legislatore giunge all'accertamento del diritto ma ciò non esclude che all'accertamento si possa comunque arrivare per altra via. **F. Carnelutti**, *Nota intorno alla natura del procedimento monitorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I., cit., p. 271. In particolare, egli affermò che "nel processo di condanna il giudice prima accerta e poi comanda; nel processo di ingiunzione prima comanda e poi accerta, in quanto ve ne sia bisogno". Cfr. **Id.**, *In difesa del titolo ingiuntivo*, cit., p. 196.

¹⁶² Si esprime chiaramente in questo senso, *ex plurimis*, **C. Marcías Rodríguez**, *El proceso monitorio*, in *Colegio de Abogados de las Palmas*, settembre 2001, www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb ed ivi le indicazioni.

¹⁶³ Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso*, cit., p. 40.

¹⁶⁴ In questo senso, **J. Gómez Orbaneja**, *Derecho Procesal Civil*, 8° Ed., Madrid, 1979, p. 781.

che è sufficiente che la *petición* del creditore rispetti i requisiti richiesti dalla legge perché il giudice ingiunga al debitore di adempiere sotto minaccia di esecuzione qualora non paghi nel termine indicato e non si opponga, mentre, se il debitore si oppone, non si prosegue il giudizio ma il monitorio termina e si passa al giudizio ordinario corrispondente per valore¹⁶⁵. Si nota qui un richiamo al pensiero dei primi commentatori dell'istituto ed alla dottrina tedesca sul *Mahnverfahren*, compatti nell'indicare la mancanza di cognizione come caratteristica essenziale dell'ingiunzione (in epoca medievale *mandatum* o *praeceptum*) e propensi a considerare quest'ultima come l'atto iniziale di un procedimento esecutivo¹⁶⁶. Tuttavia, l'attribuzione al procedimento monitorio di una natura esecutiva si deve, in realtà, ad una deviazione dalle origini dell'istituto che ebbe poi largo seguito in Germania. In questo tipo di processo, infatti, non era sufficiente la mera comparizione dell'intimato per mettere nel nulla il *mandatum* ma questi doveva provarne l'ingiustizia: l'onere della prova veniva così a gravare sull'ingiunto. Si prese perciò a considerare che l'opposizione dell'ingiunto non ponesse nel nulla il *mandatum*, facendolo rimanere in piedi come mera citazione in giudizio ma ne sospendesse l'efficacia e dunque il successivo giudizio aveva ad oggetto la conferma o meno dell'ingiunzione che, se confermata, diventava esecutiva¹⁶⁷. Viceversa, si è già visto (e si vedrà più in dettaglio nel proseguo di questo lavoro) come nel rito spagnolo l'ingiunzione venga meno per effetto dell'opposizione ed il relativo giudizio avrà ad oggetto il diritto di credito affermato dal ricorrente e non la conferma o revoca dell'ingiunzione. Inoltre, ci pare che nella ricostruzione di questo autore, si mettano erroneamente insieme la fase senza contraddittorio ed il giudizio di opposizione, e si trascuri l'efficacia del provvedimento ingiuntivo non opposto che, come meglio si vedrà in seguito, si ritiene abbia efficacia di giudicato sulla pretesa azionata. Ed ancora, non si tiene in considerazione il fatto che il ricorrente non possiede (normalmente) un titolo esecutivo quando deposita la *petición* ma mira proprio ad ottenerne uno con forme più rapide del processo ordinario di cognizione.

La ricostruzione di Gutiérrez de Cabiedes considerava invece l'ingiunzione come atto esecutivo condizionato che, in assenza di opposizione, permette di iniziare l'esecuzione. Quest'ultima pertanto

¹⁶⁵ **J. Garberi Llobregat**, *Caracteres esenciales del nuevo Proceso Civil Monitorio [artículos 812-818 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34 y 962), de Enjuiciamiento Civil*, in *www.westlaw.es*, 2000/1154, p. 2.

¹⁶⁶ Come ha avuto cura di sottolineare **A. Segni**, *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1965, p. 978, citando fonti medievali quali l'Abate Panormitanus ed il volume di **A. Skedl**, *Das Mahnverfahren*, Lipsia, 1891.

¹⁶⁷ Si vedano i rilievi storico-comparatistici di **Segni**, *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, cit., pp. 984-985.

sarebbe condizionata soltanto all'inattività dell'ingiunto¹⁶⁸. Ci pare che si tratti con qualche minimo scostamento, della tesi a suo tempo propugnata da Plòsz¹⁶⁹, secondo il quale l'ordine di pagamento sarebbe già un'inizio di esecuzione perché il giudice, nell'emetterlo, non mira ad accertare la sussistenza del diritto da realizzare ma la presuppone e ne ordina la realizzazione forzata. L'opposizione – vera e propria opposizione all'esecuzione – sarebbe perciò limitata entro un peculiare termine di preclusione decorso il quale l'esecuzione non potrebbe più essere arrestata non perché il giudice si sia convinto dell'esistenza del diritto ma perché il debitore è decaduto dalla facoltà di opporsi.

Per un confronto critico con questa teoria possiamo ricorrere nuovamente al prezioso supporto offerto dalla lucida analisi di Calamandrei e di altri autori italiani. Si rende opportuno, peraltro, partire da una precisazione circa il funzionamento della tutela esecutiva in Spagna ed i suoi rapporti con la cognizione; elemento che sembra essere stato determinante per la dottrina che ha proposto la ricostruzione in esame, così come lo era stato per gli autori tedeschi in epoca più risalente.

Si nota, nel diritto spagnolo, una certa somiglianza con il diritto comune, nel quale il creditore in possesso di una sentenza di condanna non poteva procedere senz'altro all'esecuzione ma doveva nuovamente rivolgersi al giudice con una domanda di esecuzione per ottenere un ordine di eseguire, entro un dato termine, la sentenza (c.d. *mandatum executionis* o *executoriale*), ordine che costituiva il primo atto di esecuzione. Per questo motivo il *mandatum cum clausola* e quest'ordine apparivano come due forme di un unico istituto per il comune prevalente fine esecutivo¹⁷⁰. Allo stesso modo, in Spagna, il creditore in possesso di un titolo non può senz'altro chiedere l'esecuzione forzata dello stesso ma deve presentare al giudice una *demanda ejecutiva* (in cui si indicano i beni del debitore che si intendono aggredire o le indagini da effettuare per individuarli ed alla quale va allegato il titolo) ed ottenere da questo un *auto despachando ejecución* con il quale si autorizza l'esecuzione forzata.

Già in epoca risalente, si era replicato a questa tesi affermando che, nel diritto moderno, cognizione ed esecuzione sono tendenzialmente separate e gli organi esecutivi valutano soltanto l'esistenza delle condizioni per l'azione esecutiva, pertanto non vanno oltre la constatazione del risultato

¹⁶⁸ Cfr. **E. Gutierrez de Cabiedes**, *Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España*, in *Estudios de derecho procesal*, Pamplona 1974, p. 441. La tesi è già stata efficacemente confutata da **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., pp. 22-26.

¹⁶⁹ **Id.**, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Lipsia, 1880, p. 134 ss., La tesi è sostenuta anche da **Skedl**, *Das Mahnverfahren*, cit., p. 32 ss., secondo il quale il giudice, senza previa cognizione, dava avvio all'esecuzione, condizionata però alla mancanza di opposizione.

¹⁷⁰ Cfr. **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., p. 23 che riporta le affermazioni di **Skedl** ma anche, lucidamente, **Cristofolini**, *Procedimento*, cit., p. 91.

dell'esame compiuto in sede di cognizione (titolo esecutivo giudiziale) o dell'attività dispositiva delle parti (titolo esecutivo negoziale) mentre è chiaro che il monitorio porti alla formazione di un titolo esecutivo¹⁷¹.

Inoltre, con specifico riferimento all'istituto spagnolo, va sottolineato che, se già vi fosse un titolo, l'opposizione dell'intimato sarebbe equivalente all'opposizione all'esecuzione (con i correlativi limiti) mentre la LEC espressamente parla di processo ordinario di cognizione per decidere sulla pretesa dedotta in giudizio, fatto del quale nessun interprete ha mai dubitato e che spinge necessariamente a collocare il monitorio in una fase precedente all'esecuzione.

Si deve infatti sottolineare che in Spagna, per ottenere l'*auto despachando ejecución* (anche a non voler riconoscere a questo valenza propriamente di atto esecutivo ma di atto prodromico all'esecuzione sulla scorta del nostro "atto di precetto") è necessario possedere un titolo esecutivo preesistente all'emanazione del provvedimento che in esso trova il proprio fondamento. Preso pertanto il titolo esecutivo come discrimine tra l'attività di cognizione e quella di esecuzione del diritto, è inevitabile riconoscere che all'inizio della procedura monitoria il ricorrente non possiede (normalmente) un titolo che costituisce invece il risultato "conquistato" al termine della procedura, in caso il debitore non si avvalga della facoltà di proporre opposizione nel termine assegnatogli¹⁷². Pertanto il monitorio "sta al di qua del titolo esecutivo (...) ne è preparazione e perfezionamento" e dunque "è cognizione"¹⁷³.

Quanto all'altro argomento impiegato per sostenere che nel rito monitorio sia esercitata un'attività esecutiva, ovvero la mancanza di cognizione del giudicante in merito alla fondatezza della pretesa, in parte esso è già stato esaminato in precedenza. Ci pare comunque di poter rilevare che:

- come già si è anticipato e meglio si vedrà nel paragrafo 2 di questo capitolo, nell'ordinamento spagnolo, in sede di valutazione della *petición*, una cognizione sul fondamento della pretesa azionata dal ricorrente, seppur sommaria, vi è certamente;
- inoltre, cognizione può comunque ravvisarsi dopo che si è verificata la preclusione dell'opposizione che offre conferma degli "argomenti" dedotti dal ricorrente a sostegno della propria domanda; si ricade così nell'alveo della cognizione in quanto il risultato

¹⁷¹ Cfr. **Cristofolini**, *Procedimento*, cit., p. 91 ss.

¹⁷² La stessa Esposizione dei Motivi della LEC conforta questa ricostruzione parlando del monitorio come strumento processuale pensato per far ottenere rapidamente un titolo esecutivo a creditori di somme di denaro.

¹⁷³ **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., p. 24. L'autore spende alcune pagine del suo saggio nel confutare proprio la tesi della natura esecutiva del procedimento per ingiunzione, normalmente sostenuta dai giuristi tedeschi. V., in particolare, le pp. 22-26.

prodotto è l'accertamento del diritto ed il titolo esecutivo per la sua attuazione coattiva;

- in ogni caso, anche a voler scegliere una diversa impostazione seguendo l'insegnamento di Carnelutti, la cognizione è solo un mezzo per giungere all'accertamento e che, quando questo vi sia, non ha importanza il mezzo utilizzato per giungere al risultato. Né, d'altronde, la produzione della cosa giudicata è necessaria conseguenza del processo di cognizione, "per quanto nell'ordinamento attuale ne sia l'effetto normale (...) che senza di esso non si possa parlare di giurisdizione, di processo, di cognizione, di sentenza, sarebbe affermazione gratuita, smentita dagli esempi che ci offre il diritto positivo e la comparazione giuridica"¹⁷⁴.

Inoltre, anche in Spagna, l'ingiunzione in sé non contiene alcuna condizione: essa si limita ad ordinare il pagamento a seguito della valutazione, da parte del giudice, dell'apparente fondatezza della pretesa, valutata sulla base della richiesta iniziale (*petición inicial*) e dei documenti prodotti dal ricorrente. Condizionata è, se del caso, l'efficacia del provvedimento prima della constatazione della mancata opposizione nel termine. Fino a quel momento l'ingiunzione costituisce infatti un'intimazione al debitore di adempiere o fornire le proprie ragioni, con l'avvertimento delle conseguenze nel caso non lo faccia, una sorta di "progetto di condanna", che diverrà definitivo solo a seguito del verificarsi della preclusione dell'opposizione.

Una certa confusione tra la tesi dell'ingiunzione come "accertamento con prevalente funzione esecutiva"¹⁷⁵ e l'idea della natura esecutiva del rito monitorio ci sembra emergere in modo piuttosto netto nella posizione di coloro che hanno sostenuto come non si possa "dimenticare che la tecnica monitoria possiede nella LEC una giustificazione obiettiva: il pagamento di un debito ... [che] è dunque la causa efficiente [per] l'adozione della tecnica monitoria"¹⁷⁶ e che il giudice non emette alcun provvedimento motivato sulla richiesta del creditore, tanto che l'ingiunzione non riveste la forma di ordinanza (*auto*) ma solo di decreto (*providencia*)¹⁷⁷. Avremo modo di tornare sull'efficacia dell'ingiunzione non opposta e sui rapporti con

¹⁷⁴ Ancora, per l'estrema chiarezza ed efficacia, rimandiamo all'opera di **Cristofolini**, *Procedimento*, cit., p. 96.

¹⁷⁵ Categoria a suo tempo proposta da **Chiovenda**, *Principii*, cit., pp. 58 e 201

¹⁷⁶ **A. M. Lorca Navarrete**, *La solución jurisprudencial acerca del tipo de técnica monitoria que adopta la LEC 1/2000*, cit., p. 2.

¹⁷⁷ Cfr. **Lorca Navarrete**, *La solución*, cit., p. 3: "Alludere ad una supposta attività di 'ammissione' della richiesta monitoria si giustificerebbe solo col desiderio di ubicare un pronunciamento dichiarativo laddove la LEC non ha previsto assolutamente nulla in tal senso ... Non esistono ragioni per inventare un 'tramite di ammissione' di indubitabile natura dichiarativa". L'autore, in sostanza, avvicina il rito monitorio spagnolo al modello tedesco, vedendo l'unica differenza degna di nota nel fatto che in Spagna l'ingiunzione è emessa dal Giudice mentre in Germania dal Segretario Giudiziale.

l'opposizione, per il momento ci pare sufficiente osservare come sia chiaro che l'utilità pratica del rito monitorio sia visibile soprattutto in relazione all'esecuzione forzata ma che è altrettanto vero come la sua finalità non sia quella di dare al creditore un qualcosa di diverso e più efficace rispetto a quanto gli verrebbe offerto dal processo ordinario (di cognizione) ma di offrirgli lo stesso risultato – lo stesso bene della vita – in modo più celere ed economico e che, comunque, tra i suoi fini o, quantomeno, tra le sue conseguenze, vi è l'accertamento del diritto di credito dedotto in giudizio dal ricorrente.

In ogni caso, la finalità dell'istituto non va confusa con la sostanza dello stesso che inizia con un creditore (normalmente) sprovvisto di titolo e, attraverso l'accertamento per preclusione delle difese del convenuto che non si sia opposto nel termine di legge, si conclude ponendolo nella stessa posizione in cui si troverebbe al termine di un giudizio di cognizione, ossia con in mano un titolo da poter eseguire contro il debitore¹⁷⁸.

Lo stesso Garberi Llobregat sembra aver successivamente modificato il proprio pensiero nel senso che il monitorio sarebbe un procedimento “privo di fase dichiarativa”, anzi addirittura non costituirebbe un “processo” in senso tecnico ma una “attività, espediente o procedimento preliminare di natura puramente esecutiva; in definitiva una modalità di richiesta di pagamento di origine giudiziale (*diligencia, expediente o procedimiento preliminar de naturaleza puramente ejecutiva, como una modalidad, en definitiva, de requerimiento de pago de origen judicial*)” col che si spiegherebbe perché il legislatore non parla di parti ma di creditore e debitore. Ancora, questo istituto servirebbe a creare un titolo esecutivo ma non attraverso l'opera di valutazione del giudice bensì come effetto, *ope legis*, dell'inattività dell'ingiunto. Escluso che si tratti di un giudizio di cognizione, il monitorio non sarebbe neppure esattamente un procedimento esecutivo poiché, se il debitore paga, non vi è alcuna attività processuale propria dell'esecuzione forzata, se non paga né si oppone si producono le attività proprie del processo esecutivo ma manca il vaglio della *demanda ejecutiva* finalizzata ad ottenere il *despacho de ejecución*, dunque si passa dall'ingiunzione di pagamento all'esecuzione senza soluzione di continuità.

Secondo l'autore, perciò, il monitorio spagnolo sarebbe una sorta di “attività preliminare” (parrebbe all'esecuzione) che i creditori muniti di certi documenti possono attivare con il convincimento che, se ottengono il pagamento delle somme ingiunte, avranno risparmiato un intero procedimento di cognizione, se invece il debitore si oppone avranno perso soltanto un po' di tempo, prima di ritrovarsi ad affrontare un normale giudizio dichiarativo del loro diritto¹⁷⁹; tuttavia, egli stesso riconosce, sia

¹⁷⁸ Ancora risultano preziose le osservazioni di **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., pp. 24-25.

¹⁷⁹ **Garberi Llobregat et al.**, *El cobro ejecutivo*, cit., pp. 1441-1443.

pur con atteggiamento critico, l'efficacia di giudicato dell'ingiunzione non opposta, parificata a quella di una sentenza di condanna¹⁸⁰.

A nostro avviso, a parte lo scarso rigore dogmatico della ricostruzione (da un lato si parla di non processo mentre dall'altro se ne sostiene – sia pur criticamente – la conclusione con un provvedimento idoneo a produrre effetti di giudicato sostanziale), si tratta di una posizione poco convincente, nella quale non è difficile cogliere tracce tanto della tesi di Satta sull'ingiunzione come “normativa senza giudizio”¹⁸¹ quanto (e anzi, forse soprattutto) di quella del Carnelutti che vedeva nel monitorio un *tertium genus*, intermedio tra cognizione ed esecuzione, teso a provocare la reazione della controparte ed evitare il contraddittorio (e la relativa cognizione sul diritto azionato) in quei casi nei quali non ve n'è bisogno. Si tratta “puramente [di] un comando”, spiegava Carnelutti, perché la decisione del giudice è indipendente dal giudizio: “la ingiunzione obbliga malgrado che il giudice si riservi di giudicare, in certe eventualità, se sia o non conforme alla verità”¹⁸².

La tesi di Garberi Llobregat, così come enunciata, appare dunque criticabile sotto vari profili.

Innanzitutto, non sembra corretto trarre argomenti in ordine alla non riconducibilità dell'istituto monitorio al *genus* dei processi dal fatto che il legislatore non impieghi il termine “parti” per definire i soggetti coinvolti. Come si è avuto modo di spiegare nel capitolo 1, sarebbe scorretto parlare di attore e convenuto nel rito monitorio ma non tanto per la sua natura giuridica quanto per la sua struttura processuale nella quale la domanda è portata previamente all'attenzione del giudice che decide in assenza di contraddittorio e poi notificata alla controparte (che, dunque, non viene tecnicamente convenuta nel processo)¹⁸³.

Rispetto a questo tipo di ipotesi ricostruttive, si deve ricordare anche come la miglior dottrina italiana ci abbia insegnato che, al momento dell'emissione dell'ingiunzione, in un procedimento monitorio che, come quello spagnolo, richieda di allegare un supporto documentale alla domanda, il giudice conosce (come meglio si vedrà, in modo solo parziale e superficiale, dei soli fatti costitutivi del diritto) e condanna, mentre l'accertamento del diritto si ha solo al termine della fase senza contraddittorio, per preclusione delle difese dell'ingiunto debitamente intimato¹⁸⁴. Inoltre, a differenza di quanto ritenuto anche da un illustre Maestro come Chiovenda¹⁸⁵, non può individuarsi nell'azione proposta nelle forme del rito monitorio un qualcosa di diverso dall'ordinaria azione di

¹⁸⁰ **Id.**, *ibid.*, pp. 1479-1480.

¹⁸¹ Cfr. **S. Satta**, *Diritto processuale civile*, Padova, 1987, p. 756 ss.

¹⁸² **Carnelutti**, *Istituzioni*, cit., pp. 41-43, 87 ss.

¹⁸³ **V. supra**, cap. 1, p. 5 ed ivi nota 3.

¹⁸⁴ **V. A. Ronco**, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, p. 574.

¹⁸⁵ **Id.**, *Principii*, cit., in particolare, p. 210 ss.

condanna, finalizzata ad ottenere un titolo esecutivo per la soddisfazione di una pretesa insoddisfatta. Infatti, guardando soprattutto al momento in cui l'ingiunzione diviene definitiva si è sottolineato come *petitum mediato ed immediato* della domanda monitoria non differiscano da quelli propri di una sentenza. Il primo è chiaramente lo stesso bene della vita (ovvero la somma di denaro non pagata dal debitore), il secondo – ovvero il provvedimento che si richiede al giudice – non si può certo ritenere che differisca dalla sentenza solo per la forma (riferita al provvedimento) in cui è emanato¹⁸⁶ ovvero per la diversità di forme (riferite all'attività processuale), dato che quello che conta è il risultato ottenuto¹⁸⁷ che, anche nel monitorio spagnolo, è un titolo che da diritto ad ottenere l'esecuzione “prevista per le sentenze”.

D'altronde, *ante reforma* del 2009 (ma l'affermazione pare valida tuttora, pur con i problemi che ciò comporta e che si avrà cura di sottolineare al termine di questa esposizione), è evidente l'esistenza di una cognizione sulla domanda proposta con la *petición* (tanto se intesa, la cognizione, come giudizio quanto come determinazione del concreto), in quanto l'autorità giudiziaria giudica sicuramente in diritto (rigettando pretese che non rivestano i presupposti richiesti dalla legge – si pensi alle obbligazioni naturali) ma anche in fatto, dovendosi convincere della *buena apariencia jurídica* del diritto di credito alla luce della domanda e dei documenti prodotti (nel caso dei documenti di cui all'art. 812, co. 2, per valutazione tassativa operata dalla legge)¹⁸⁸.

Se anche limitassimo l'analisi alla fase delle pronuncia dell'ingiunzione da parte del giudice spagnolo, è chiaro che, non avendo il provvedimento alcuna efficacia esecutiva ciò basterebbe ad escludere che la sua emanazione costituisca esercizio dell'azione esecutiva¹⁸⁹. Ma a far propendere per la collocazione dell'istituto all'interno della giurisdizione di cognizione vi è anche un altro argomento chiave, a suo tempo impiegato in

¹⁸⁶ Al riguardo, questa dottrina aveva cura di sottolineare come, in Italia, sia pur con un termine estraneo alla normativa codicistica, la giurisprudenza ammetta l'impugnazione di provvedimenti che non rivestono la forma di sentenza ma ne possiedono ugualmente la “sostanza”, in quanto decidono su diritti delle parti.

¹⁸⁷ Così, lucidamente, **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., p. 26 ss. Conforme, **Garbagnati**, *Il procedimento*, cit. pp. 28-29. Sull'uso, da parte del legislatore, nell'art. 2909 c.c., del termine “sentenza” in senso “sostanziale” e non “formale” v. **L. Lanfranchi**, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 127 ss.

¹⁸⁸ La tesi, sostenuta in Italia da **Garbagnati**, *Il procedimento*, cit. pp. 22-23, sembra ripresa, pur con minor profondità concettuale da **R. González López**, *Sobre la debatida naturaleza jurídica del proceso monitorio*, cit., www.derecho.com ed ivi le indicazioni: “Gli autori che difendono l'assenza di carattere dichiarativo nel monitorio travisano il significato dell'art. 815, relativo all'ammissione della richiesta ed all'elaborazione dell'ingiunzione di pagamento. In effetti tale precetto ordina al tribunale di dichiarare se, a suo giudizio, i documenti allegati alla richiesta costituiscano un principio di prova del diritto preteso e detta pronuncia, richiede *sine qua non* una minima opera di cognizione”.

¹⁸⁹ Cfr. **Garbagnati**, *Il procedimento*, cit., p. 19.

Italia specialmente da Garbagnati¹⁹⁰: l'efficacia di giudicato dell'ingiunzione non opposta che, in Spagna, non sembra essere seriamente contestata da nessuno, soprattutto basandosi sulla lettera dell'art. 816 LEC secondo il quale, ottenuto il *despacho de ejecución* a seguito della mancata opposizione dell'ingiunto, l'esecuzione proseguirà “in conformità a quanto stabilito per le sentenze giudiziali” e sarà possibile solo la limitata opposizione all'esecuzione prevista avverso le stesse¹⁹¹.

Vero è, comunque, che dall'assunto dell'efficacia di cosa giudicata dell'ingiunzione non opposta, non sempre vengono tratte le opportune (o, diremmo, necessarie) conseguenze: se infatti si sostiene apertamente che il risultato del procedimento monitorio concluso senza opposizione sia un provvedimento con piena efficacia di giudicato (seppure lo stesso, *ante* riforma del 2009 – caso unico nel diritto spagnolo – avrebbe dovuto rivestire la forma dell'*auto despachando ejecución* anziché di un titolo cartaceo preesistente a questo provvedimento), è necessario attribuire al procedimento che tale atto ha generato natura giurisdizionale di condanna. Non può infatti predicarsi né che un procedimento esecutivo sia avviato *sine titulo* né che un simile procedimento sfoci in un provvedimento con efficacia di giudicato (che semmai deve preesistere all'azione esecutiva).

1.3. La suddivisione del rito monitorio in diverse “fasi” e la duplicità di azioni cumulate nella *petición*.

L'errore concettuale di mettere insieme, nell'analisi della natura e della collocazione sistematica del rito monitorio, anche l'eventuale giudizio di opposizione, al quale si è accennato in precedenza è proprio soprattutto di quella parte della dottrina spagnola che ha proposto tesi ricostruttive “eclettiche” del *juicio monitorio*, suddividendolo in fasi alle quali ha

¹⁹⁰ *Op. cit.*, p. 1 ss.

¹⁹¹ Una conferma importante, in questo senso, si ricava dall'opera di uno degli Autori che maggiormente si è occupato di processo civile, oltre ad aver attivamente partecipato alla redazione della nuova LEC, **A. De La Oliva Santos**. Egli ha dedicato un'opera monografica al giudicato civile ove tra i procedimenti “sommari” non idonei a produrre accertamenti destinati a transire *in rem iudicatam* non è indicato il monitorio mentre l'unica eccezionale ipotesi di provvedimento reso all'esito di un giudizio speciale e sommario destinata a produrre una “cosa giudicata parziale” (qualificata come vera e propria “anomalia” del sistema) è il *juicio cambiario*, nel quale la sentenza produce simili effetti solo per le questioni che “hanno potuto essere sollevate e discusse, le rimanenti potendo essere proposte nel corrispondente giudizio (di merito)”. Cfr **Id.**, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, Milano, 2009, in particolare, p. 149 ss. Lo stesso Autore, in occasione di un colloquio presso l'Universidad Complutense di Madrid, mi ha confermato l'opinione secondo cui, a suo avviso, l'ingiunzione non opposta produce, anche in relazione al giudicato sostanziale sulla pretesa azionata, gli stessi effetti di una sentenza definitiva, poggiando la ricostruzione proprio sul disposto dell'art. 816 LEC per cui l'esecuzione proseguirà “in conformità a quanto stabilito per le sentenze giudiziali” e sarà possibile solo la limitata opposizione all'esecuzione prevista avverso le stesse.

attribuito una propria – e diversa – natura. A proposito di queste ultime proposte ricostruttive, va rilevato, anzitutto, come non vi fosse accordo su quante e quali fossero tali fasi. Per certi autori¹⁹² erano tre: richiesta iniziale, esame ed ammissione giudiziale della richiesta, ingiunzione al debitore; dopodiché la natura dell'istituto cambiava a seconda dell'attitudine del debitore: se non pagava e non si opponeva si aveva la creazione del titolo esecutivo ed un procedimento di esecuzione, altrimenti si apriva l'opposizione e dunque una fase di cognizione; per altri¹⁹³, le fasi erano due solamente: la prima, che arrivava fino alla creazione dell'ingiunzione compresa, in cui si aveva un processo di cognizione, sommario¹⁹⁴ e privo di contraddittorio, anche se, all'interno di esso, si rendeva necessaria una minima opera di cognizione per la preparazione del titolo; la seconda, invece, variabile a seconda del comportamento del debitore: in assenza di opposizione avrebbe avuto natura esecutiva, altrimenti di giudizio di cognizione ordinario.

Al di là delle critiche che si possono muovere all'idea di suddividere in fasi l'istituto per analizzarne la natura giuridica, poiché “dissezionandolo” in parti autonome che non siano, da un lato, quella *inaudita altera parte* che, in realtà, costituisce il vero e proprio procedimento monitorio, e, dall'altro, il giudizio di opposizione, ci pare se ne perda la visione sistematica d'insieme; questi autori (sia pur in assenza di esplicito riferimento), sembrano riproporre una tesi ricostruttiva fatta propria da Segni¹⁹⁵. Si tratta della concezione dell'ingiunzione come condanna, suscettibile di esecuzione forzata, condizionata alla mancata proposizione dell'opposizione che, altrimenti, pone nel nulla l'ingiunzione, facendo terminare il processo speciale ed iniziare quello ordinario; nonché dell'idea che, all'interno dell'atto introduttivo del rito monitorio, coesistano

¹⁹² T. Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal civil*, Madrid, 2002, p. 566 ss.

¹⁹³ González López, *Sobre la debatida naturaleza*, cit., www.derecho.com ed ivi le indicazioni.

¹⁹⁴ Ci riferiamo qui all'accezione spagnola del termine *sumario* che, in Spagna, si contrappone a *plenario*, riferito a quel tipo di procedimento con pienezza di cognizione, almeno potenziale (si pensi all'ipotesi di contumacia del convenuto) nel quale si accerta il diritto fatto valere con un provvedimento suscettibile di produrre la cosa giudicata. Viceversa, i procedimenti *sumarios*, proprio per la limitazione dei mezzi di attacco e difesa concessi alle parti, si concludono con un provvedimento inidoneo a produrre la pienezza della cosa giudicata ma, tutt'al più, ove non impugnati, precluderanno soltanto la riproponibilità di alcune difese ed eccezioni o di certe questioni ma non di rimettere in discussione l'attribuzione del bene della vita ottenuto all'esito degli stessi. Tipico esempio è il *juicio cambiario*, all'esito del quale, stante la limitazione dei mezzi istruttori concessi all'intimato per difendersi, si forma una preclusione solo sulle questioni effettivamente trattabili all'interno di tale struttura processuale e non sulle altre, che potranno essere fatte valer e in un successivo ordinario, magari per ottenere la restituzione di quanto corrisposto in esecuzione del provvedimento conclusivo del processo *cambiario*.

¹⁹⁵ La tesi emerge chiaramente nell'accurata analisi che l'autore svolge ne *L'opposizione del convenuto*, cit., p. 977 ss.

due azioni cumulte e condizionate l'una al mancato esito dell'altra: una speciale, volta ad ottenere l'ingiunzione, l'altra ordinaria, tesa alla condanna dell'affermato debitore. Questa seconda idea sembra emergere soprattutto quando le proposte ricostruttive in parola hanno considerato il collegamento dell'ingiunzione con il giudizio di opposizione da trattare secondo il rito *verbal*, per cui si è affermato che, “se l'ammontare richiesto è inferiore ai 900 Euro, dato che l'art. 818 segnala che, in caso di opposizione, il giudice convocherà immediatamente le parti all'udienza, la richiesta iniziale (*petición*) dovrà contenere, in via mediata, la richiesta di condanna del debitore (...)”¹⁹⁶.

Tuttavia ci sentiamo di contestare la tesi che, con la *petición*, si faccia valere un'azione speciale diversa dall'ordinaria azione di condanna. Qualunque sia la concezione dello scopo ultimo del processo di cognizione – l'attuazione della legge mediante pronuncia sul merito di chiovendiana memoria¹⁹⁷ o è la giusta composizione di una lite mediante la formazione di un comando concreto, complementare o autonomo, nelle parole di Carnelutti¹⁹⁸ – e del suo oggetto immediato, ossia del provvedimento sul merito che si vuole ottenere dal giudice, non si ravvisano differenze con lo scopo perseguito mediante il *juicio monitorio*. Il suo oggetto ultimo è infatti lo stesso (l'attuazione del diritto o la composizione di una lite, secondo i punti di vista) ma anche l'oggetto immediato non differisce da quello proprio del processo di cognizione che è la formazione del provvedimento di merito del giudice, come oggi si ritiene definitivamente acquisito, posto che il bene giuridico che il ricorrente persegue è il riconoscimento (e l'esecutabilità coattiva) di quello stesso diritto di credito che verrebbe altrimenti richiesto al giudice nel giudizio ordinario¹⁹⁹. Inoltre non può ignorarsi come lo stesso Segni giungesse a formulare una simile ricostruzione guardando a quello che egli definiva come l'unico vero procedimento monitorio (indicato invece da Calamandrei come monitorio “puro”) il cui tratto saliente era l'emanazione di un provvedimento *sine causa cognitione*, per cui era logico che la semplice opposizione dell'ingiunto facesse venir meno l'ingiunzione e facesse rientrare il processo nei binari ordinari, rimanendo l'originario ricorso per ingiunzione valido solo come atto introduttivo ai fini della litispendenza. In Spagna, invece, pur con le necessarie precisazioni che vedremo, vi è un'attività di cognizione sulla domanda dell'attore e pertanto l'istituto si differenzia qui dal modello considerato dal Segni per fondare la sua ricostruzione.

Ci sembra opportuno valerci anche delle acute osservazioni di altra dottrina che ha messo in luce come, al fine di stabilire se, nelle forme del

¹⁹⁶ Armenta Deu, *Leciones*, cit., p. 573.

¹⁹⁷ Chiovenda, *Principii*, cit., p. 68.

¹⁹⁸ Carnelutti, *Istituzioni*, cit., p. 4 ss., 17.

¹⁹⁹ In particolare, dopo il saggio di Calamandrei, *Il procedimento*, cit., p. 49 ss.

rito monitorio, si eserciti un'azione sommaria o l'ordinaria azione di condanna si debba guardare all'efficacia del provvedimento al quale si giunge: se essa è provvisoria si avrà azione sommaria; se analoga a quella di una sentenza passata in giudicato, si avrà azione ordinaria; se i due effetti si raggiungono in momenti diversi e sotto diverse condizioni, si avrà concorso delle due azioni.

Questa proposta ricostruttiva parte dall'idea che la definitività dell'accertamento contenuto nel provvedimento giudiziale e l'esecutività di quest'ultimo non sempre vanno di pari passo (p.e. nel caso di condanna con riserva delle eccezioni). Se dunque si considera lo scopo immediato del processo, cioè il comando che promana dal giudice in attuazione della legge, stabile o mutevole ma immediatamente attuabile, si può ravvisare nei casi di accertamento con prevalente funzione esecutiva uno scopo, costituito dalla possibilità di un'attuazione anticipata, che è diverso o, a seconda dei casi, più prossimo rispetto a quello normale del processo ordinario (costituito invece dall'ottenere un accertamento stabile e incontrovertibile). Ad esempio la condanna con domanda di esecuzione provvisoria, che mira all'accertamento stabile del diritto ma anche ad un *quid pluris* costituito dalla possibilità di un'attuazione anticipata rispetto al decorso del termine per le impugnazioni ordinarie. Una figura intermedia è costituita dalla sentenza con riserva che può portare ad una piena decisione sul rapporto, se la parte che ha visto riservate le proprie eccezioni decide di continuare l'attività processuale, ovvero rimanere indefinitamente sospesa. In questi casi si parla di azione sommaria in contrapposizione a quella ordinaria.

Intesa l'azione come diritto ad un provvedimento del giudice non si vede difficoltà a riconoscere nel primo caso (azioni sommarie *pure*) il diritto della parte ad un provvedimento del giudice con efficacia più limitata ma più immediata di una pronuncia emessa nel processo sommario; nel secondo caso (azioni sommarie *concomitanti* con l'ordinaria o *subordinate* ad essa), il diritto della parte non solo ad una ordinaria sentenza ma anche ad una pronuncia anticipata sull'accertamento completo (sentenza con riserva) o ad un'attribuzione anticipata di efficacia alla pronuncia (provvisoria esecuzione) diritto che costituisce "un *plus* rispetto all'azione ordinaria e che può essere fatto valere anche separatamente".

Il processo monitorio non presenta differenze da quello ordinario riguardo allo scopo ultimo del processo. Invece, per quanto attiene allo scopo immediato, occorre prestare maggiore attenzione. Si è notato che lo scopo pratico della preparazione dell'esecuzione predomina su quello della formazione dell'accertamento ma l'osservazione non ha grande rilievo dal punto di vista dogmatico: anche nel processo ordinario di condanna, spesso, il primo scopo prevale sul secondo. La base dell'indagine va invece impostata sulla valutazione se il processo monitorio tenda a fornire all'attore soltanto un accertamento provvisorio e revocabile che può essere sempre

rimesso in discussione nella sua legittimità e nel suo fondamento ovvero un accertamento idoneo ad acquisire, in un dato momento, un'autorità indiscutibile pari a quella di una sentenza di condanna. In questo secondo caso, lo scopo perseguito è identico a quello del normale processo di condanna e soltanto viene raggiunto per questa via più rapida ed economica.

Si è perciò ritenuta criticabile l'opinione che, nel monitorio, si faccia sempre valere un'azione sommaria, (idea sostenuta da Chiovenda e Segni per i quali questi ordini, emanati in base ad una cognizione superficiale “non contengono, come la sentenza di condanna, l'affermazione del diritto alla prestazione; e perciò, nel momento in cui si emanano, hanno condizioni speciali, diverse da quelle della sentenza di condanna. Ciò spiega perché l'azione che ad essi tende appaia come un'azione speciale”). Già Calamandrei, infatti, aveva sottolineato come ciò fosse inesatto: il provvedimento non va considerato al momento della pronuncia, nel quale è un mero progetto di provvedimento, subordinato all'assenza di opposizione dell'intimato, ma in quello nel quale acquista efficacia.

La posizione praticamente migliore del soggetto che possa notificare un'ingiunzione rispetto a quello che notifichi un atto di citazione, impiegata da alcuni come argomento per sostenere la natura speciale dell'azione proposta col ricorso per ingiunzione, è stata invece ritenuta di scarso rilievo pratico. Concepita l'azione come diritto ad un provvedimento di merito su una domanda, si può riconoscere che il creditore di una prestazione che rientri tra quelle indicate dalle norme in tema di procedimento di ingiunzione e possieda una prova scritta del credito ha diritto ad un provvedimento del giudice sul ricorso in condizioni di favore rispetto all'ordinario processo di condanna perché il provvedimento è emanato senza il contraddittorio del convenuto sulla base delle sue sole allegazioni. Questo diritto può considerarsi un'azione speciale, destinata ad ottenere un provvedimento di efficacia condizionata al difetto di opposizione nel termine che si esaurisce con l'emissione del provvedimento ma, dalla notifica dell'ingiunzione, inizia un processo sull'azione ordinaria (ovvero su altra e diversa azione speciale) che si esaurirà, col decorso del termine per l'opposizione, nella piena efficacia del titolo, ovvero, in seguito all'opposizione, sboccherà nel contraddittorio ordinario.

Dunque la superiorità è solo fattuale ma non giuridica e pertanto può sussistere nelle più diverse circostanze e non ha valore per classificare l'azione. Inoltre, contro l'azione sommaria così concepita (idea che sembra alla base delle teorie ricostruttive “eclettiche” attualmente in esame), si può osservare che il concetto di azione viene eccessivamente spezzettato e nulla impedirebbe di individuare un'azione particolare per l'ottenimento di qualsiasi provvedimento del giudice, dato che, come in questo caso, essa si rivolgerebbe ad ottenere un provvedimento privo di valore autonomo.

Concludendo, perciò, al fine di stabilire se, nelle forme del rito monitorio, si eserciti un'azione sommaria o l'ordinaria azione di condanna si deve guardare all'efficacia del provvedimento al quale si giunge: se essa è provvisoria si avrà azione sommaria; se analoga a quella di una sentenza passata in giudicato, si avrà azione ordinaria; se i due effetti si raggiungono in momenti diversi e sotto diverse condizioni, si avrà concorso delle due azioni²⁰⁰. Ecco perché, alla luce di queste considerazioni e del dato normativo della LEC, ci pare incontestabile che, in un procedimento monitorio come quello introdotto in Spagna – ove non vi sono ipotesi di provvisoria esecuzione né immediata né in corso di causa (nel caso di opposizione) e l'ingiunzione, scaduto il termine perentorio per opporsi, acquista efficacia di giudicato sulla pretesa dedotta in giudizio –, lo scopo perseguito sia lo stesso del processo ordinario e dunque ivi si faccia valere l'ordinaria azione di condanna, sebbene attraverso speciali forme processuali che permettano di giungere allo stesso risultato pratico (un provvedimento equivalente ad una sentenza di condanna) in modo più rapido.

1.4. Il *juicio monitorio* come procedimento speciale di cognizione: i caratteri di specialità.

Attualmente, la dottrina spagnola prevalente parla di “proceso plenario rápido o abreviado”²⁰¹. In tal modo si evita il termine “*sumario* (sommario)” (che è invece proprio della nostra cultura giuridica) in quanto, in Spagna, tale aggettivo è tradizionalmente riservato a procedimenti speciali non destinati a concludersi con un provvedimento in grado di produrre piena efficacia di giudicato, mentre l'espressione “plenario rápido” fa riferimento a processi che perseguono la stessa finalità di un processo ordinario (con pienezza di effetti di giudicato, quindi) ma attraverso modalità processuali differenti²⁰². In questo stesso senso, la giurisprudenza suole indicare la natura del rito monitorio come “*declarativa especial*”, nel senso che tale procedimento “tende a conseguire in modo rapido, un titolo esecutivo mediante l'ingiunzione di pagamento realizzata nei confronti del

²⁰⁰ Così **Cristofolini**, *Procedimento*, cit., pp. 110 ss, in particolare 124, 128.

²⁰¹ Espressione coniata da **Correa Delcasso**, *El proceso*, cit., p. 211, proprio per definire il procedimento monitorio spagnolo. Sulla stessa linea, **Marcías Rodríguez**, *El proceso*, cit., www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb, secondo il quale, poiché il monitorio ha per finalità l'ottenimento di un titolo esecutivo con efficacia di giudicato, esso rientra nella cognizione, dato che lo si impiega per ottenere un titolo di cui si è privi.

²⁰² **J. Fairén Guillén**, *Juicio ordenario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo*, in *Temas de derecho procesal*, Madrid, II, p. 825 ss. Il fatto che il termine “sommario” venga normalmente riferito a procedimenti nei quali la tutela giudiziale impartita rimane soggetta ad un eventuale e successivo giudizio a cognizione piena è riportato anche da **De La Oliva Santos**, *Oggetto del processo*, cit., p. 149.

preteso debitore, interpretandone il silenzio (...) come piena prova dell'esistenza del debito"²⁰³.

La specialità dell'istituto poggia su un dato sistematico, ovvero la collocazione del rito monitorio nel Libro IV, relativo ai procedimenti speciali²⁰⁴. Tuttavia si è già visto come questo elemento non sia di per sé chiarificatore per l'inquadramento dell'istituto²⁰⁵.

La specialità è un concetto piuttosto vago, al quale possono essere attribuiti i più diversi significati. Dottrina e giurisprudenza spagnole sembrano farvi riferimento sotto più profili, senza che possa affermarsi la correttezza di una ricostruzione e l'erroneità delle altre ma, anzi, ci pare che tutte siano corrette ed utilizzabili congiuntamente e che, d'altronde, non si dica nulla di nuovo rispetto a quanto già è stato in passato sottolineato dai processualisti italiani che dell'istituto si sono ampiamente occupati.

Il *juicio monitorio* è speciale per materia, poiché è riservato soltanto a certe categorie di diritti e non alla generalità delle pretese deducibili in un giudizio ordinario (crediti pecuniari di importo determinato, scaduti ed esigibili) nonché per i particolari requisiti probatori che assurgono al rango di "presupposto processuale speciale"²⁰⁶ per invocare la tutela monitoria (in assenza di un supporto documentale non ci si può avvalere dell'istituto) e lo è, dal punto di vista processuale, per via della sua struttura ben diversa da quella di un tipico processo di cognizione nel quale il contraddittorio (potenziale, non dimenticando che esistono i processi contumaciali nei quali effettivo contraddittorio non vi è) e dunque la cognizione completa (sui fatti allegati ed eccezioni sollevate da entrambe le parti) e l'accertamento del diritto precedono la condanna mentre qui la seguono²⁰⁷.

Quanto alla specialità di struttura questa si sostanzia nell'eventualità o nell'inversione dell'iniziativa di provocare il contraddittorio, ovvero,

²⁰³ Cfr. quanto riportato da **J. M. Silvosa Tallón**, *La respuesta jurisprudencial antes los problemas turgido en el proceso monitorio*, in *Revista internauta de práctica jurídica*, 2008, 21, p. 45 e la giurisprudenza ivi richiamata in nota 54.

²⁰⁴ Anche se non tutti i procedimenti che possono considerarsi "speciali" sono previsti in tale libro. Cfr. **González López**, *Sobre la debatida naturaleza*, cit., www.derecho.com ed ivi le indicazioni.

²⁰⁵ *Supra*, par. 1.

²⁰⁶ **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., p. 47 ss., in particolare, circa la prova scritta, 64 ss.

²⁰⁷ **M. A. Fernández Ballestreros**, *Comentarios a la LEC*, Barcellona, 2000, p. 3805, che ha sottolineato come il monitorio, oltre che speciale per la particolare struttura nella quale vi è "inversione dell'iniziativa del contraddittorio", lo è anche per la materia, essendo pensato solo per richiedere crediti che non eccedano una certa cifra, liquidi e provati mediante alcuni documenti indicati dalla legge; **Macías Rodríguez** *El proceso*, cit., www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb ed ivi le indicazioni, secondo il quale il monitorio è "un processo speciale per materia, come indica l'art. 812, giacché è previsto per un caso concreto: la richiesta di crediti pecuniari, scaduti ed esigibili, provati mediante certi documenti tra quelli elencati in detto precetto legale e che non superino l'ammontare di 30.000 Euro". Inoltre ne afferma la specialità "perché presente una struttura particolare che si caratterizza per ciò che si denomina inversione del contraddittorio...".

secondo altri, nell'assenza del contraddittorio, a seconda del punto di vista dal quale si osservi il fenomeno²⁰⁸ e si basa sul valore attribuito all'inattività dell'intimato che differisce da quello proprio dell'inattività nel processo contumaciale. In quest'ultimo l'attore è infatti gravato dall'onere di provare i fatti costitutivi della propria pretesa mentre nel monitorio, se non si produce l'opposizione dell'ingiunto, il suo silenzio viene visto come *ficta confessio* dell'esistenza del diritto del ricorrente, ovvero, secondo altra ricostruzione, si viene a generare una preclusione delle sue possibilità difensive e, pertanto, si considera non necessario indagare le altrui eccezioni e dunque provato il diritto di credito azionato²⁰⁹.

È stato autorevolmente sottolineato che il principio dispositivo trova il proprio riflesso in varie norme processuali quali quelle sulle preclusioni e sull'onere della prova, per cui si addossano ad un soggetto le conseguenze delle proprie azioni o omissioni. Il processo di cognizione è dunque quello

²⁰⁸ Partitari della prima tesi sono Autori come **Carnelutti**, *Nota intorno alla natura del procedimento monitorio*, cit., p. 270, ovvero, anche se con l'espressione più generale di "eccezione al principio del contraddittorio", **Cristofolini**, *Processo*, cit., pp. 19-20. La seconda tesi è stata invece sostenuta soprattutto da **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., pp. 6-7. La terza ricostruzione è stata invece proposta da **Garbagnati**, *Il procedimento*, cit., pp. 32-33, con riferimento alla sola fase monitoria in senso stretto, dal deposito del ricorso all'emissione del provvedimento che, secondo l'Autore, si caratterizza non per l'eventualità o l'inversione dell'iniziativa di provocare il contraddittorio dall'attore al convenuto, dato che, anche in questo rito, è il ricorrente a provvedere a notificare alla controparte ricorso e decreto del giudice, ma dall'assenza del contraddittorio stesso, in quanto il giudice conosce della pretesa e condanna la controparte (pronunciando l'ingiunzione) senza averla ascoltata. In Spagna, generalmente, sembra prevalere il riferimento all'inversione dell'iniziativa di provocare il contraddittorio. Cfr. **Gutiérrez de Cabiedes**, *Aspectos históricos*, cit., p. 443; **M. De La Llana Vicente**, *El proceso monitorio. Su regulación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 2000, D-144, p. 1646, il quale ritiene che "la finalità del procedimento monitorio, di conseguire una rapida ed efficace protezione del credito monetario, si concreta nell'immediata creazione di un titolo esecutivo con effetti di cosa giudicata in quei casi che la legge determina. Questa rapidità si consegue utilizzando la tecnica processuale che deve denominarsi 'inversione dell'iniziativa del contraddittorio'". Le tesi che si fondano sulla specialità processuale del rito monitorio si basano in sostanza sull'assunto che il processo ordinario si compone di tre fasi: dell'allegazione, probatoria e decisoria: nel rito monitorio la decisoria è anticipata rispetto a quella probatoria vera e propria, nella quale si dà spazio alle eccezioni e difese del convenuto che qui è invece "condannato" senza essere previamente ascoltato. **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, in *Revista Xurídica Galega, Actualidade Civil*, 2000, p. 272, secondo il quale il processo monitorio è un "processo speciale, a cognizione piena (*plenario*) e rapido che tende, mediante l'inversione dell'iniziativa del contraddittorio, alla rapida creazione di un titolo esecutivo con effetti di cosa giudicata in quei casi che la legge determina".

²⁰⁹ Le due possibili ricostruzioni vengono entrambe riportate da **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2000, p. 42 ss., 47-49. Nel primo senso ci pare esprimersi la giurisprudenza alla quale fa riferimento **Silvosa Tallón**, *supra* nota 157, secondo la quale il silenzio del debitore viene considerato "piena prova dell'esistenza del debito".

che tende (quantomeno²¹⁰) all'accertamento del diritto fatto valere ma a questo il giudice giunge non solo attraverso il proprio libero convincimento circa il materiale probatorio prodotto in giudizio (cognizione in senso proprio) ma anche attraverso prove legali o preclusioni che rendono superfluo indagare la veridicità o meno di certi fatti. In particolare, riflesso del citato principio dispositivo nel processo, è il principio di non contestazione, per cui un fatto allegato da una parte si considera veritiero se quella che ha interesse a negarlo non se ne preoccupa: su di esso non nasce questione e non si rende dunque necessaria un'indagine istruttoria²¹¹.

Dunque, ricollegandoci al rito spagnolo che richiede un supporto documentale per essere attivato, la preclusione della possibilità di indagare le difese dell'ingiunto fa sì che il "buon fondamento della pretesa esposta nel ricorso (oggetto della valutazione svolta dal giudice *inaudita altera parte*), ottiene conferma implicita per il silenzio dell'obbligato, il quale fu messo in mora a manifestare in un termine la volontà di opporsi"²¹².

Un'ultima peculiarità che ci sembra importante sottolineare è che, probabilmente a causa della già evidenziata confusione tra *juicio monitorio* e *juicio ejecutivo*, l'atto che conclude il primo in assenza di opposizione è stato individuato, dal legislatore spagnolo, direttamente nell'*auto despachando ejecución*, atto che, come si è visto, fa già parte del processo esecutivo ed è emanato sulla base di un titolo esecutivo preesistente del quale il creditore è già in possesso. Inoltre, non sono previsti rimedi per il caso di una notifica inesistente o comunque viziata e tale da non offrire garanzie circa l'effettiva conoscenza, da parte dell'ingiunto, del provvedimento emanato nei suoi confronti²¹³.

La riforma del 2009, come si avrà modo di vedere nell'ultima parte del terzo capitolo, ha tentato di chiarire la questione, introducendo formalmente un titolo (cartaceo) a chiusura della fase monitoria senza opposizione, titolo che servirà al creditore per avviare l'azione esecutiva depositando un'apposita richiesta (*solicitud*)²¹⁴.

1.5. Un'ipotesi ricostruttiva originale: il *juicio monitorio* a cavallo tra cognizione ed esecuzione.

²¹⁰ Diciamo "quantomeno" perché, oltre all'accertamento mero del diritto, il processo di cognizione può portare – ed anzi, in moltissimi casi porta – ad un qualcosa in più: la condanna della controparte a porre in essere quanto necessario per dare attuazione a quel diritto che il processo ha consacrato come esistente.

²¹¹ Si veda l'analisi di **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., p. 26 ss. e, in particolare, p. 30

²¹² Riportiamo qui le parole di **L. Mortara**, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1926, *Appendice: La competenza civile deo pretori e dei conciliatori, il procedimento per ingiunzione*, p. 94.

²¹³ V. la chiara esposizione di **Correa Delcasso**. *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit. p. 192 ss., 194.

²¹⁴ Cfr. Cap. III, par. 9.

Prima dell'accennata riforma, a nostro avviso, si sarebbe forse potuto sostenere la natura "ibrida" del monitorio spagnolo nei seguenti termini: introducendo l'istituto il legislatore, come dimostra anche l'*iter* del progetto legislativo, aveva accentuato al massimo la funzione di tutela del credito e dunque di rapida creazione di un titolo esecutivo del rito (ovvero orientandosi al massimo verso la tesi dell' "accertamento con prevalente funzione esecutiva" di chiovendiana memoria²¹⁵), non preoccupandosi tanto degli effetti di giudicato sostanziale dell'ingiunzione definitiva quanto, piuttosto, nell'inerzia del debitore, di consentire al creditore di avviare il più rapidamente possibile l'attività esecutiva. Nel far questo il legislatore aveva, più o meno coscientemente, "saltato un passaggio", ovvero soppresso il titolo cartaceo costituito dall'ingiunzione (che, ad esempio, poteva essere formata dalla *providencia* munita di un visto di esecutorietà) e risparmiato al creditore un'ulteriore attività processuale (peraltro normalmente dispendiosa dato che richiedeva – salvo per importi modesti – l'assistenza obbligatoria di avvocato e procuratore), ovvero il deposito della *demanda ejecutiva* finalizzata ad ottenere dal giudice l'*auto despachando ejecución*, atto che, ordinariamente in Spagna, serve per accedere all'attività esecutiva di un titolo che il creditore già possiede.

In questo senso, nell'*auto despachando ejecución* (che a tenore di legge il giudice avrebbe dovuto emanare d'ufficio, una volta constatata la mancanza di opposizione nel termine di legge anche se vedremo che la prassi delle corti non si è dimostrata così lineare), venivano a confluire due provvedimenti di diversa natura: il titolo esecutivo con efficacia preclusiva sugli antecedenti logici della condanna monitoria ed il primo atto dell'esecuzione, ovvero il provvedimento giurisdizionale di avvio della stessa. Avvalendoci ancora dell'analisi di Calamandrei, si potrebbe dire che il creditore, all'esito del procedimento ingiuntivo spagnolo, veniva a trovarsi, rispetto all'esecuzione, non esattamente nella stessa posizione di un creditore munito di sentenza ma "un passo più avanti", avendo già ottenuto l'*auto despachando ejecución*.

Riprendendo dunque quanto si è detto in precedenza e senza nascondere le difficoltà di una simile impostazione (anche alla luce del fatto che l'atto introduttivo del rito monitorio è configurato come uno scritto di estrema semplicità, tanto da escludere l'obbligo di assistenza tecnica), era forse possibile ritenere cumulate nella *petición* due azioni, la seconda delle quali subordinata al buon esito della prima, ossia l'azione ordinaria di condanna al pagamento della somma richiesta e l'azione esecutiva, per il caso di accoglimento della prima attraverso la preclusione delle difese dell'ingiunto, dato che la legge sembrava affermare che, in tal caso, il

²¹⁵ Chiovenda, *Principii*, cit., pp. 58 e 201, Segni, *L'opposizione del convenuto*, cit., p. 11.

giudice dovesse d'ufficio "autorizzare l'esecuzione", senza che il ricorrente avesse l'onere di presentare ulteriori scritti.

Tutto sommato, in quest'ambito, alla luce del sistema processuale spagnolo, la riforma del 2009, almeno dal punto di vista teorico-sistematico, appare quanto mai opportuna, anche se resta da capire se a livello pratico, comporterà per il creditore una maggiore onerosità (almeno rispetto alla prassi più generosa dei tribunali), dato che per ora non è chiaro se la *solicitud* menzionata nella riforma per ottenere l'emanazione dell'*auto despatchando ejecución* lo obbligherà o meno a valersi dell'assistenza legale.

2. Il modello di monitorio "ibrido" accolto dalla LEC e la natura dell'attività giurisdizionale esercitata in sede di valutazione della *petición*.

Il procedimento monitorio spagnolo va dunque annoverato tra i procedimenti speciali di cognizione, idoneo a generare un provvedimento definitivo di condanna contenente l'accertamento del diritto fatto valere dal ricorrente e perciò idoneo a spiegare efficacia di giudicato sostanziale sul medesimo²¹⁶.

Quanto alla natura dell'attività svolta dal giudice, non senza una certa confusione concettuale con la natura dell'istituto monitorio, si è parlato di volontaria giurisdizione, sottolineando l'ampiezza dei poteri del giudicante nella valutazione della *petición*, ovvero di attività giurisdizionale di cognizione²¹⁷.

In effetti, basandoci sull'analisi proposta nel paragrafo precedente, ossia collocato il procedimento monitorio all'interno dell'attività propriamente giurisdizionale (anche alla luce degli effetti riconosciuti all'ingiunzione non opposta) e sottolineati i caratteri di "specialità" ad esso imputabili, rigore scientifico vorrebbe che si passasse ad analizzare il tipo di cognizione che l'autorità giurisdizionale deve compiere limitatamente alla fase di ammissione della domanda del ricorrente, ovvero se si tratti di una cognizione piena o sommaria, mentre all'esito dell'intero procedimento (conclusosi senza opposizione da parte dell'ingiunto) è chiaro che si deve riconoscere la pienezza della cognizione, nel senso però di accertamento compiuto dal giudice sull'esistenza del diritto azionato (con i limiti all'efficacia di giudicato che potranno essere più o meno ampi a seconda

²¹⁶ Come si è visto, con limiti più o meno ampi a seconda della tesi ricostruttiva che si scelga, tra piena equiparazione con una sentenza contumaciale di condanna o preclusione-presunzione *pro iudicato*.

²¹⁷ Cfr. **Correa Delcasso**, *El procedimiento monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 162 ss.

della concezione che si scelga di sposare, tra equiparazione alla sentenza di condanna o preclusione-presunzione *pro iudicato*).

In Spagna si sono levate voci autorevoli a favore della tesi dell'esercizio da parte del giudice di una cognizione piena ovvero sommaria (come ed in che termini avremo modo di vedere in seguito) ma, a quanto pare, spesso, mettendo insieme la fase di ammissione della *petición* con l'esito decisorio dell'ingiunzione non opposta²¹⁸.

Alcuni autori hanno dunque sostenuto la tesi della sommarietà della cognizione nel rito introdotto dalla LEC basandosi soprattutto sul disposto dell'art. 815 e valorizzando i limiti all'allegazione probatoria nella fase senza contraddittorio (solo prove precostituite per il ricorrente e nessuna attività per la controparte) e la correlativa limitazione all'attività cognitiva del giudice sul fondamento della pretesa azionata²¹⁹.

Al contrario, determinante per chi ha sostenuto la natura piena della cognizione è una certa lettura dell'art. 816 LEC (confortata anche dall'Esposizione dei Motivi della LEC), secondo la quale gli effetti dell'ingiunzione non opposta vengono avvicinati a quelli di una sentenza contumaciale definitiva²²⁰. Tuttavia ridotta in questi termini l'affermazione risulta tautologica: si ha cognizione piena in quanto il provvedimento

²¹⁸ Si consideri che nel giudizio a cognizione piena non vi sono limiti alle allegazioni probatorie delle parti ed alla cognizione del giudice (salvo il giudizio di ammissibilità e rilevanza del giudice) motivo per il quale la sentenza emessa al termine dello stesso ha piena efficacia di giudicato tra le parti. Viceversa, nel modello di procedimento a cognizione sommaria vi sono limiti alle allegazioni probatorie delle parti e la cognizione del giudice si limita solo ad alcuni aspetti della lite, pertanto la decisione è priva dell'efficacia di giudicato materiale e non preclude alle parti di aprire un successivo giudizio a cognizione piena sulla stessa questione. La dottrina spagnola aderisce pienamente a questa configurazione, per tutti v. **González López**, *Sobre la debatida naturaleza*, cit., www.derecho.com ed ivi le indicazioni.

²¹⁹ **González López**, *Sobre la debatida naturaleza*, cit., www.derecho.com ed ivi le indicazioni o anche **De la Llana Vicente**, *El proceso monitorio*, cit., p. 1647.

²²⁰ Della peculiare formulazione del testo dell'art. 816 già si è detto nel paragrafo dedicato alla natura giuridica dell'istituto. La lettura in questione è fatta propria da alcuni autori come **Marcías Rodríguez**, *El proceso*, cit., www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb ed ivi le indicazioni, il quale ha sottolineato come la sommarietà di un processo richieda il verificarsi di tre tratti caratteristici: limitazione dei mezzi di difesa ed attacco delle parti; restrizione della cognizione del giudice ed assenza di effetti di cosa giudicata propri delle sentenze. Mentre i primi due sono soddisfatti dall'istituto introdotto dalla LEC il terzo requisito è contraddetto dal dettato dell'art. 816; **Fernández Ballesteros**, *Comentarios a la LEC*, cit., p. 3805; o ancora **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 1998, 2, D-91, p. 1303;e, soprattutto, **Id.**, *El proceso monitorio en la nueva Ley*, cit., p. 286-287, nel quale l'Autore precisa che il legislatore ha colmato la lacuna relativa al sé l'ingiunzione divenuta esecutiva producesse o meno piena efficacia di giudicato ma con una formulazione così peculiare ed una scadente tecnica legislativa da lasciare adito a dubbi. L'Autore indica, in ogni caso, che l'efficacia dell'ingiunzione non opposta è paragonabile a quella di una sentenza contumaciale, nella quale il convenuto, debitamente citato nel processo, rinuncia a far valere le proprie difese.

conclusivo del procedimento possiede efficacia di giudicato e si considera che l'ingiunzione non opposta produce la cosa giudicata in quanto la procedura che ad essa ha dato origine è espressione di un'attività giurisdizionale di cognizione. Inoltre, come anticipato, si confonde la fase di ammissione della domanda con gli esiti del procedimento in assenza di opposizione, ovvero con il formarsi dell'accertamento che consegue alla preclusione delle difese dell'ingiunto debitamente intimato.

A nostro avviso, è possibile operare una lettura chiarificatrice attraverso gli insegnamenti offerti dalla miglior dottrina italiana²²¹ applicati all'istituto spagnolo, nel quale si richiede una valutazione del supporto probatorio allegato alla *petición*. L'ingiunzione, perciò, non viene emanata *causa non cognita*, sulla base di mere affermazioni, come avviene invece nel tradizionale monitorio "puro". Vi è cognizione del giudice in fase di emissione dell'ingiunzione, intesa come attività di valutazione della domanda in diritto ed in fatto, mentre l'efficacia di accertamento del rapporto sostanziale dedotto in giudizio è posticipata alla constatazione della mancata opposizione, da parte dell'ingiunto, nel termine concessogli: i fatti affermati dal ricorrente si considerano veritieri in quanto "la controparte, che avrebbe interesse a negar[li] ... non si avvale del suo diritto di contraddire".

Infatti, determinante per potersi predicare l'efficacia di accertamento del diritto consacrato nell'ingiunzione non opposta (idea alla quale viene collegata, secondo alcune posizioni ricostruttive spagnole, la tesi della cognizione piena sul diritto azionato), non è tanto che il contraddittorio si svolga effettivamente (esso manca anche nel caso di sentenze contumaciali ma nessuno dubita della natura dell'accertamento ivi contenuto), quanto che la controparte sia stata posta nelle condizioni di valersene e di esercitare così il proprio diritto di difesa (da qui l'importanza centrale della notifica dell'ingiunzione). L'assenza di reazione costituisce, nel rito monitorio, argomento indiretto di certezza del diritto di credito affermato.

Pertanto, la risoluzione che ordina il pagamento si fonda sulla valutazione dell'esistenza dei presupposti e requisiti richiesti dalla legge per accogliere la *petición* e su una certa cognizione del buon fondamento della pretesa mentre l'accertamento del diritto e la dichiarazione di esecutività del titolo consegue all'attitudine passiva del debitore che vede precludersi la possibilità che vengano indagate le sue difese ed eccezioni e dunque offre un'indiretta conferma del diritto azionato dalla controparte²²².

²²¹ In particolare la lezione di Calamandrei, sostanzialmente ripresa da **J. López Sánchez**, *El proceso monitorio*, La Ley, Madrid, 2000, p. 36 ss. e di **Garbagnati**, *Il procedimento*, cit. p. 82 ss.

²²² In questo percorso argomentativo, per la puntualità e per lo spessore concettuale, abbiamo seguito la lezione di **Calamandrei**, *Il procedimento*, cit., pp. 28-29.

Se si vuole discutere, in termini corretti, dell'attività di cognizione svolta dal giudice spagnolo, come anticipato, si deve dunque limitare l'analisi alla fase di ammissione della *petición*. La risoluzione (*providencia*) con la quale il giudice accoglie o meno la richiesta monitoria (ingiungendo, in caso positivo, il pagamento della somma richiesta) consegue alla valutazione della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge. Una certa opera di cognizione è sicuramente presente: la domanda è valutata in diritto (accertando se sussistono i presupposti processuali generali, *in primis* la competenza territoriale, ed i presupposti speciali della tutela monitoria). Inoltre, alla luce della disciplina spagnola, vi è la valutazione del "principio di prova" prodotto dal ricorrente in certi casi affidata all'apprezzamento dell'organo giudicante, in altri tassativamente stabilita dalla legge.

La scelta del legislatore spagnolo è stata per un modello "ibrido", per così dire, "alla francese", nel quale ad una prima fase definibile come "documentale" si raccorda un giudizio di opposizione aperto tipico invece della struttura monitoria pura²²³.

Le analisi più approfondite delle modalità processuali proprie del rito spagnolo non sembrano però descrivere adeguatamente la tecnica scelta dal legislatore. Gli autori hanno giustamente intuito la natura "mista" dell'istituto, simile alla *procédure d'injonction de payer* francese²²⁴ ma il solo dato valorizzato è che il giudice valuta con una certa ampiezza i requisiti probatori richiesti dalla legge tenendo presente solamente il parametro della presumibile incontestabilità della pretesa azionata. Sembra quindi che sia stata accettata interamente, e senza alcun ripensamento, la distinzione tra monitorio puro e documentale proposta da Calamandrei senza interrogarsi sulle scelte di politica legislativa alla base di essa e, dunque, sulla diversa valenza dell'elemento cardine dell'istituto monitorio, ovvero la non contestazione, che si declina in modo profondamente diverso a seconda del modello di tecnica processuale adottata.

Di nuovo ci sembra utile riproporre l'analisi svolta dalla migliore dottrina italiana che, approfondendo la distinzione proposta da Calamandrei, ha chiarito come il legislatore che intenda valersi di un rito monitorio possa idealmente scegliere tra due strade diverse: basarsi su una prognosi *ex ante* circa la non contestabilità di certe pretese, delimitando perciò le condizioni di ammissibilità delle richieste di tutela (schema che, grossomodo,

²²³ La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza riconoscono infatti che l'ingiunto possa legittimamente opporsi senza allegare motivazioni di fondo o un vero e proprio scritto difensivo con tutti gli elementi necessari, anzi, certe pronunce, hanno ritenuto sufficiente che il contenuto dichiarato per iscritto di volersi opporre, riservando l'esposizione dei motivi al giudizio di merito successivo. Sul punto, che necessita di un'analisi più approfondita, si tornerà in seguito, nel corso di questo stesso paragrafo.

²²⁴ Cfr. **L. Gómez Amigo**, *La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español*, in *Actualidad Civil*, 4/1999, p. 1183, la cui opinione è condivisa e fatta propria anche da **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 165-166.

corrisponde al monitorio di tipo documentale), ovvero affidare alla sola verifica *ex post* (ovvero a seguito della mancata opposizione) la constatazione circa l'effettiva contestazione o meno della pretesa azionata, aprendo, almeno potenzialmente, l'accesso all'istituto a qualsiasi tipo di azione di condanna. Un modello interamente rispondente al primo tipo comporta che il ricorrente fornisca piena prova dei fatti costitutivi del diritto e tende a ridurre le opposizioni, con le quali la controparte si vedrà costretta ad addurre fatti modificativi, impeditivi o estintivi del diritto azionato al fine di ottenere la revoca dell'ingiunzione. Il modello ideale del secondo tipo rende invece più probabili le opposizioni (per le quali è sufficiente negare la veridicità dei fatti addotti – ma non provati – dal ricorrente) ma ha il pregio di allargare l'utilizzabilità dell'istituto a tutti i tipi di pretese senza operare distinzioni e dunque, potenzialmente, di diminuire maggiormente il numero dei giudizi ordinari.

I modelli misti, quali quello italiano, rispondono in definitiva alla stessa scelta di politica legislativa dei modelli documentali, ovvero quella di delimitare in via preventiva le fattispecie alle quali dare accesso a questa peculiare forma di tutela sulla base di una presunzione di incontestabilità della pretesa azionata che, in Italia, talvolta è fondata su particolari elementi probatori, talaltra sulla “credibilità” di certi ricorrenti (es. notai) fondata però non su un “odioso privilegio” ma su elementi statistici che dimostrano l'usuale fondatezza di certe pretese²²⁵.

L'assunto ci sembra valga pienamente anche per il monitorio spagnolo nel quale il legislatore, anche per ragioni prudenziali legate alla novità dell'istituto nel diritto processuale nazionale, ha inizialmente scelto di limitarne l'ambito applicativo solo a certe pretese, costituite da diritti di credito pecuniari di ammontare determinato, liquido ed esigibile, ed entro il limite di valore di 30.000 Euro²²⁶. Parametro fondamentale di selezione delle fattispecie azionabili in via monitoria è la loro tendenziale incontrovertibilità: la stessa Esposizione dei Motivi, i contributi e le statistiche già più volte citate hanno messo in luce che i crediti di ammontare medio-piccolo, spesso non raccolti in un titolo esecutivo stragiudiziale, sono stati posti al centro della tutela monitoria in quanto solitamente essi esistono e non vengono contestati dalla controparte ma, prima della riforma del 2000, obbligavano i creditori a lunghi e dispendiosi processi, spesso contumaciali, per ottenere un recupero, magari parziale. A cavallo tra il fondamento della generale fondatezza e la particolare “credibilità” dei soggetti e del tipo di diritto di credito, oltre che da un interesse anche socialmente molto sentito, sta invece la regola che prevede la necessaria emissione dell'ingiunzione per le certificazioni di mancato pagamento delle spese condominiali. La previsione realizza in effetti una

²²⁵ Cfr. **Ronco Struttura**, cit. pp. 41-43.

²²⁶ Oggi esteso a 250.000,00 e, pare, destinato a scomparire del tutto nel prossimo futuro.

storica pretesa degli amministratori condominiali che, da tempo, chiedevano che le certificazioni delle spese condominiali approvate dall'assemblea con la sottoscrizione del Segretario ed il visto di approvazione del Presidente, venissero inserite tra i titoli esecutivi²²⁷. Il Legislatore del 1999, combinando procedimento monitorio e *juicio ejecutivo* (probabilmente a causa della poca chiarezza concettuale sui due istituti) fece qualcosa di più: permise che tali documenti potessero dare accesso ad un procedimento destinato a concludersi con un provvedimento avente attitudine al giudicato²²⁸, previsione poi passata nell'istituto monitorio di applicazione generalizzata della LEC. Ciò potrebbe suonare come un "odioso privilegio" per gli amministratori condominiali, se non fosse che la stessa è sostenuta da solidi dati statistici in base ai quali erano moltissimi i condomini morosi vigente il vecchio codice di rito civile e perciò molti condomini si trovavano nell'impossibilità di provvedere alla manutenzione e all'ordinaria gestione degli immobili²²⁹.

La Spagna ha dunque scelto uno schema procedimentale ibrido, con una selezione delle pretese in entrata attraverso vari requisiti speciali di ammissibilità della domanda, *in primis*, l'onere di provare documentalmente il proprio diritto di credito, ma con un'opposizione di tipo aperto, finalizzata non ad impugnare l'ingiunzione allegando fatti modificativi, impeditivi o estintivi del diritto in essa consacrato ma destinata a chiudere la fase senza contraddittorio e dar luogo ad un autonomo²³⁰ giudizio ordinario di cognizione sulla pretesa azionata.

Il procedimento è perciò da annoverare tra quelli speciali di condanna con attitudine al giudicato, caratterizzati, nella fase iniziale, da una cognizione sommaria sul diritto del ricorrente e destinati a concludersi con un provvedimento che, a seguito della preclusione dell'attività difensiva dell'intimato, contiene, oltre alla condanna (all'ordine di adempiere), l'accertamento del diritto fatto valere dal ricorrente ed è idoneo a produrre la cosa giudicata sostanziale (nella definizione della dottrina spagnola: *proceso especial, plenario, rápido (...) que tiende a la creación de un título con plenos efectos de cosa juzgada*).

Focalizzando l'attenzione sull'esame della richiesta svolta dal giudice, non ci sembra di poter aderire all'idea espressa da alcuni autori

²²⁷ V. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 136-137 ed ivi anche nota 245.

²²⁸ **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Propiedad Horizontal: indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial*, in *La Ley*, 1999, III, D-111, p. 2005 ss. e, in particolare, p. 2009 ed anche **Id.**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 137-138.

²²⁹ Cfr. l'Esposizione dei Motivi della LPH.

²³⁰ Vedremo in che senso nel proseguo del Capitolo, quando tratteremo dei rapporti tra il procedimento monitorio in senso stretto ed il giudizio di opposizione.

spagnoli, che, al pari di certa dottrina francese²³¹, escludono che egli operi una qualche attività di cognizione sulla pretesa azionata²³² ma si limiti a verificare la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge e che perciò vedono nell'ingiunzione soltanto un atto processuale, con valore di messa in mora giudiziale e solenne, che farà proseguire diversamente il procedimento a seconda del comportamento del debitore²³³. Si tratta di una posizione in qualche misura sostenibile rispetto al modello puro ma che non sembra altrettanto calzante per un rito nel quale è richiesta una certa valutazione del materiale probatorio.

Altri autori, e parte della giurisprudenza di merito, hanno invece sostenuto che il giudice esercita un controllo sulla richiesta monitoria, valutando la sussistenza dei "presupposti processuali", dei requisiti del "titolo documentale allegato" o delle "condizioni del credito richiesto", ovvero "sul contenuto della stessa richiesta", senza però spingersi ad una verifica del merito della pretesa o sulla legittimazione delle parti, intesa però nel senso di effettiva titolarità del diritto e del corrispondente obbligo²³⁴. Tralasciando la dubbia correttezza di quest'ultima affermazione, dato che la verifica della legittimazione intesa come titolarità del diritto è un esito decisorio del processo (al termine del quale colui che si afferma creditore o colui che viene indicato come debitore non risultano tali) e non una valutazione pregiudiziale, l'idea espressa da questa corrente di pensiero sembrerebbe richiamare non l'esercizio di una vera e propria cognizione del giudice ma soltanto una valutazione dei presupposti formali richiesti dalla legge per l'accesso all'istituto²³⁵.

A nostro avviso non può invece negarsi una certa opera di cognizione del giudicante non solo in punto di diritto, sui presupposti dell'azione, ma anche in fatto, sul merito della pretesa. Per utilizzare aggettivi noti alla dottrina processualcivilistica italiana, si tratta di

²³¹ **R. Perrot**, *Il procedimento per ingiunzione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1986, p. 727, il quale, sulla base del ruolo e della funzione svolti dal supporto documentale nella procedura di *injoinction de payer*, assimila l'istituto francese ad una "costituzione in mora effettuata in maniera più solenne con il sigillo dell'autorità giudiziaria".

²³² *Ex multis*, **De La Llana Vicente**, *El proceso monitorio*, cit., p. 17 che, facendo riferimento anche alla diversa terminologia impiegata dal legislatore per definire l'atto introduttivo del rito monitorio (*petición*) rispetto al giudizio verbale (*demanda sucinta*), sebbene in certi casi (pretese di valore inferiore a 150.000 pesetas) entrambe estensibili su formulari prestampati, ha sostenuto che nel giudizio ordinario (anche se di tipo orale) si ha una fase di cognizione che manca invece nel monitorio.

²³³ **López Sánchez**, *El proceso monitorio*, cit., pp. 42-43.

²³⁴ **V. Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1472 e la giurisprudenza ivi richiamata.

²³⁵ Sembra esprimersi esattamente in questi termini **J. Moxica Román**, *El proceso monitorio de la Ley 1/2000 (RCL 2000, 34 y 962)*, in *Repertorio de jurisprudencia*, 25/2000, pp. 8-9, nell'affermare che "il documento non rileva come prova bensì come presupposto processuale di ammissione della domanda".

cognizione sommaria in quanto parziale²³⁶, poiché, proprio come in Italia, verte sui soli fatti affermati e sugli elementi probatori allegati da una sola parte (chi si afferma creditrice), ed è altresì superficiale²³⁷, poiché limitata, quanto al supporto probatorio, alle sole prove precostituite (documentali in senso stretto o su altro supporto tecnologico), sia pur intese in un senso più ampio rispetto a quanto avviene nel giudizio ordinario di cognizione. Inoltre, è una cognizione superficiale anche in relazione alla profondità del suo esercizio, in quanto il giudice non deve ritenere pienamente provati i fatti costitutivi del diritto al pari di quanto avviene in un ordinario processo ma, sulla base delle peculiari regole di questo istituto che tendono ad alleggerire l'onere della prova, deve soltanto convincersi della “verosimiglianza” del diritto di credito azionato dal ricorrente. Il monitorio spagnolo presenta dunque caratteristiche che, in Italia, hanno fatto parlare di documentalità attenuata²³⁸ – non tutti i supporti probatori ammessi costituiscono infatti “prove” in un giudizio ordinario – e richiede una cognizione sul merito della pretesa del tipo di quella esercitata nei procedimenti cautelari o nel modello francese. Nell’idea del legislatore spagnolo – che l’Esposizione dei Motivi esplicita parlando di *buena apariencia jurídica* del diritto di credito azionato²³⁹ – il giudice dovrebbe limitarsi a valutare l’apparente verosimiglianza del diritto di credito del ricorrente, senza dover pretendere una prova incontestabile del medesimo, al pari, dunque, di quanto avviene nella legislazione francese²⁴⁰. La valutazione del *fumus* avverrà alla luce della domanda e del materiale probatorio offerto mediante l’applicazione delle consuete regole in materia di prova: nell’ipotesi di cui all’art. 812, 2° co. LEC si avrà una valutazione tassativa che consente di ritenere raggiunto *ex lege* il grado di verosimiglianza del diritto di credito necessario per l’emissione

²³⁶ Idea espressa da **Garbagnati**, *Il procedimento*, cit., p. 86.

²³⁷ Tesi propugnata da **C. Mandrioli**, *Corso di diritto processuale civile – editio minor*, Torino, 2006, III, pp.146, 149 ss.

²³⁸ In relazione al monitorio italiano, ha parlato di “procedimento documentale attenuato” **A. Proto Pisani**, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 551 ss, in particolare 554.

²³⁹ Come ho avuto occasione di apprendere in occasione di un colloquio presso il Dipartimento di diritto processuale dell’Universidad Complutense di Madrid, la formula è stata coniata dal Professor **De La Oliva Santos**, il quale, con espressione colloquiale, mi spiegò che con essa voleva esprimere il fatto che il giudice, “a naso”, fosse convinto della bontà della pretesa azionata proprio come dall’aroma nell’aria si presume la bontà di una tazza di caffè, in sostanza, con parole sue, dalla *petición* e dai documenti prodotti deve venir fuori un “aroma di buon diritto”.

²⁴⁰ **V. C. Silvestri**, *Il référé nell’esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, pp. 264-265, che riporta le opinioni di **Perrot** – per il quale “il ruolo del giudice deve limitarsi a valutare le apparenze, senza esigere una prova incontestabile” – ed **Estoup** – “le rôle des documents accompagnant la requête est d’établir l’apparence d’une créance fondée dans son principe et dans son montant, et non pas de prouver à proprement parler cette créance de manière irrefutable”.

dell'ingiunzione, in tutti gli altri casi il giudice dovrà far uso della libera valutazione del materiale probatorio e del proprio prudente apprezzamento compiendo una valutazione simile a quella necessaria per l'emissione di un provvedimento cautelare²⁴¹.

È chiaro che il maggior o minore grado di selettività del giudice nel valutare il materiale probatorio può ampliare o ridurre l'accesso all'istituto ma anche comportarne un maggior o minor successo pratico, aumentando il rischio di opposizioni. Se facciamo riferimento alla ricostruzione proposta poc' anzi, il giudice spagnolo dovrà, in generale, effettuare un giudizio prognostico circa la presumibile incontestabilità del credito, mentre per i casi indicati dall'art. 812, 2° comma LEC, lo stesso giudizio è già stato compiuto preventivamente dal legislatore (anche se rimane il problema, quanto all'ipotesi della "precedente relazione commerciale duratura", di come valutarne la sussistenza). Non ci sentiamo di aderire ad una concezione prettamente teleologica della cognizione operata dal giudice sul materiale probatorio, proposta da certa dottrina, secondo la quale il parametro della presumibile incontestabilità è il cardine della valutazione che il giudicante deve operare²⁴². È corretto ritenere che i giudici debbano dar corso solo a pretese che ritengono fondate ma questo costituisce più che altro un limite, sia pur debole, alla discrezionalità in fase di valutazione del *fumus boni iuris* che la legge demanda loro. Peraltro, tenuto conto dell'ampiezza con cui viene riconosciuta all'ingiunto la possibilità di potersi opporre, non sembra che questo parametro debba essere inteso troppo rigidamente (se all'ingiunto basta negare succintamente l'esistenza del debito, controverso o meno il fondamento del diritto azionato, è chiaro che questi si opporrà anche solo per guadagnare tempo). Torna, in un certo senso, in mente la categoria dei "titoli ingiuntivi" proposta da Cernelutti per definire quei supporti documentali utilizzabili per ottenere l'emissione di un'ingiunzione, una sorta di *tertium genus* tra la prova ed il titolo esecutivo, che divengono "titolo quando la legge vi attribuisce (...) una efficacia ultraprobatoria, cioè quando autorizza il giudice (...) a prendere un provvedimento a tutela del diritto senza aver pienamente accertato l'esistenza del medesimo"²⁴³.

²⁴¹ In senso conforme a questa ricostruzione dell'attività cognitiva del giudice nella valutazione del *fumus boni iuris* tra prove legali e prudente apprezzamento, si è espresso **J. Perarnau Moya**, *La base documental del proceso monitorio: necesidad de documentos originales o admisibilidad de las copias* in *La Ley*, 5, 2007, D-277, p. 1308 ss., citando anche giurisprudenza sul punto. Sulla diversità di valutazione a seconda delle categorie di documenti prodotti a sostegno della domanda si tornerà in seguito, *sub* Cap. 3, prf. 3.5.

²⁴² Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 128-130 secondo il quale il "carattere apparentemente incontrovertibile" del diritto di credito è il cardine di valutazione circa l'ammissibilità della *petición*, per evitare di dar corso a domande che suscitino giudizi di opposizione frustrando così la finalità stessa dell'istituto.

²⁴³ **Cernelutti**, *In difesa del titolo ingiuntivo*, cit., p. 189 ss. e, in particolare, p. 196.

Soprattutto alle ipotesi delle *CIGCCP*²⁴⁴ sembra attagliarsi perfettamente la qualificazione di “titolo ingiuntivo” coniata da Carnelutti, trattandosi di documenti che impongono al giudice di emanare l’ingiunzione richiesta in quanto ritenuti *ex lege* sufficienti a provare la bontà della domanda del ricorrente. Tuttavia le critiche mosse a questa tesi dalla dottrina italiana, circa l’eccessiva svalutazione dell’opera cognitiva del giudice e della scarsa utilità della distinzione, comunque inidonea a creare una categoria del tutto autonoma, e che ne hanno segnato l’abbandono²⁴⁵, sono riproponibili anche in Spagna e dunque riterremmo preferibile valorizzare un’opera di cognizione del giudice che è sì “mutevole”²⁴⁶ a seconda che il supporto probatorio rientri tra quelli elencati al primo o al secondo comma dell’art. 812 LEC, ma è innegabile ed assimilabile a quella prevista per la concessione di una misura cautelare, contentandosi il legislatore che il diritto sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente appaia verosimile e non puntualmente accertato nei suoi elementi costitutivi. A ciò si aggiunga che la qualificazione del documento non come strumento probatorio ma come presupposto formale comporterebbe l’impossibilità di estensione analogica del novero di quelli indicati, il che, pacificamente, non avviene in Spagna, dove l’elenco è ritenuto aperto.

²⁴⁴ *Certificaciones de impago de gastos comunes de comunidades de propietarios* (certificazioni di insoluto di spese condominiali comuni). La peculiarità è un’eredità del precedente rito monitorio della *Ley de Propiedad Horizontal* secondo la quale, la certificazione di una spesa condominiale, effettuata secondo certe modalità, consentiva senz’altro di accedere all’istituto. Sul punto si tornerà in seguito, *sub par.* 3.5.

²⁴⁵ Si vedano, soprattutto, **Garbagnati**, *Il procedimento*, cit., p. 79 ss., **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 121 ss.

²⁴⁶ Espressione impiegata da **V. Verde**, *La prova nel procedimento ingiuntivo*, in **Capponi (a cura di)**, *Il procedimento d’ingiunzione*, cit., p. 77.

CAPITOLO 3

JUICIO MONITORIO: SCELTE NORMATIVE ED ESPERIENZA APPLICATIVA A CONFRONTO

Dedicato il precedente capitolo alle questioni di natura tecnico-dogmatica più importanti e di più ampio respiro in relazione all'istituto monitorio spagnolo, si cercherà adesso di offrire un'analisi della sua regolamentazione normativa e del suo funzionamento concreto, attraverso la ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali che si sono venute affermando in Spagna. Il tutto, con uno sguardo all'esperienza e all'elaborazione dottrinale che, sul rito monitorio, si sono avute in Italia. Veranno così evidenziate le numerose questioni interpretative emerse in sede di applicazione dell'istituto ed analizzate le soluzioni via via proposte, senza rinunciare all'indicazione di soluzioni o ricostruzioni alternative a quelle prospettate.

1. Il monitorio come cardine della tutela del credito nella nuova LEC.

Il procedimento monitorio²⁴⁷ è stato considerato da più parti come la novità principale della riforma processuale²⁴⁸ inizialmente salutata, non senza una certa esagerazione, come il rimedio alla lentezza della giustizia spagnola in un ambito che richiede invece estrema rapidità nella risoluzione delle controversie e come un mezzo per ridurre sensibilmente il sovraccarico dei tribunali²⁴⁹. Come insegnava già Calamandrei²⁵⁰, l'istituto

²⁴⁷ Si è già detto che questo lavoro rimarrà circoscritto all'analisi dell'istituto generale, introdotto dagli articoli da 812 a 818 LEC, con esclusione, salvo qualche accenno, dell'altro procedimento di tipo ingiunzionale (ancorché diverso per vari aspetti che lo assimilano, se del caso, al procedimento documentale-cambiario tedesco), ovvero il *juicio cambiario*.

²⁴⁸ A riguardo di questo istituto, in Spagna, è stato da più parti sostenuto che si tratti del "... 'processo stella' in tutti gli ordinamenti processuali dei paesi vicini". Cfr. i dati pubblicati dal Ministero della giustizia spagnolo in www.mju.es/Monitorio.htm#cuadro. Nello stesso entusiastico senso v. **A. De la Oliva Santos, I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres**, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2000, pag. 480: "L'importanza pratica di questa figura è immensa. Si tratta di uno strumento capitale per la tutela giurisdizionale del credito. Dev'essere, senza dubbio un fattore fondamentale per l'accesso alla giustizia"; o, ancora, **A. De la Oliva Santos, I. Díez-Picazo Giménez, J. Végas Torres, J. Banacloche Palao**, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 1353: "Il processo monitorio deve convertirsi nel più utilizzato di tutti quelli regolati dalla LEC". Anche l'autore che più di ogni altro si è occupato di procedimento monitorio, **J. P. Correa Delcasso**, lo ha definito la "grande stella" della riforma portata a termine con la LEC del 2000. Cfr. **Id.**, *El proceso monitorio en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, in *Revista Jurídica Galega, Actualidade Civil*, 2000, p. 271.

²⁴⁹ Cfr. **I. Díez-Picazo Giménez**, *La Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000, p. 18. Nello stesso senso **M. Della Llana Vicente**, *El proceso monitorio. Su regulación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 2000, D-144, p. 1645,

risulta particolarmente utile per ovviare alle conseguenze dell'attitudine passiva dei debitori che non hanno serie ragioni da addurre per non adempiere alle proprie obbligazioni. Vigente la LEC del 1881, questo atteggiamento obbligava in ogni caso i creditori a coltivare lunghi e dispendiosi processi contumaciali per ottenere un titolo esecutivo giudiziale, ragion per cui la Spagna era considerata un paradiso per i debitori insolventi che potevano evitare o ritardare di anni i pagamenti.

Proprio questa è una delle principali ragioni dell'introduzione dell'istituto in Spagna: si era visto infatti come il 38,6% dei processi di cognizione si svolgeva in contumacia del convenuto e, addirittura, nell'ambito del *juicio ejecutivo* (ora abrogato ma relativo alla rapida esecuzione di titoli stragiudiziali, nella maggior parte dei casi riferiti a prestazioni pecuniarie), ben il 70% dei procedimenti procedeva senza alcuna opposizione²⁵¹. Inoltre, nel 70% dei casi le domande dei creditori erano totalmente accolte, in un altro 10% lo erano parzialmente e, tra quelle respinte, solo un 11% lo era per motivi di merito. Questi dati statistici dimostravano chiaramente l'utilità di inserire nell'ordinamento un "meccanismo giuridico che, con le dovute garanzie, permett[esse] di passare direttamente all'esecuzione in quei casi nei quali non esist[esse] un'opposizione da parte dell'obbligato"²⁵².

Si deve riconoscere che l'esperienza applicativa di questi anni pare aver dato ragione agli ottimisti. Secondo i dati di una statistica del Consiglio Generale del Potere Giudiziario, all'interno del contenzioso civile i procedimenti monitori sono passati da un 29,5% del totale nell'anno 2002, al 45,61% nel 2006 e le opposizioni (nelle forme del giudizio orale o ordinario) sono passate da un 12,5% circa a meno dell'8%²⁵³.

secondo il quale la finalità dell'inserimento di questo istituto nell'ordinamento spagnolo "è diretta a procurare una maggiore efficacia e rapidità nella protezione del credito monetario, senza dimenticare che può contribuire ad alleggerire in parte la caotica situazione nella quale si trovano i nostri tribunali dell'ordine giurisdizionale civile". Su posizioni più caute, invece, **F. Ramos Méndez**, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcellona, 2000, p. 717, il quale ha sostenuto che il processo monitorio sia stato "pubblicizzato e venduto quasi fosse la panacea universale per la tutela del credito", mentre egli, pur ritenendolo un istituto di indubbia validità ed utilità, propende per evitare trionfalismi eccessivi ed aspettare il responso del foro.

²⁵⁰ **P. Calamandrei**, *Il procedimento di ingiunzione nella legislazione italiana*, Milano, 1926, p. 103 ss.

²⁵¹ Cfr, p.e. **A. De La Oliva Santos**, *El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998*, p. 1644.

²⁵² **M. Serra Domínguez**, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2001, p. 57 e ss.

²⁵³ I dati completi si rinviengono nelle due statistiche del **Consejo general del poder judicial** dal titolo *Evolución de proceso monitorio*, la prima del maggio 2005 e la seconda del maggio 2007, confrontabili su www.poderjudicial.es, datos de justicia. Gli stessi vengono anche riportati da **J. Perarnau Moya**, *La base documental del proceso monitorio: necesidad de documentos originales o admisibilidad de las copias* in *La Ley*, 5, 2007, D-

Dal punto di vista del giurista italiano, colpisce la scarsa regolamentazione che l'istituto riceve: sette soli articoli – da 812 a 818 – contro i ben ventiquattro del nostro Codice di Procedura Civile. Una regolamentazione che si pretendeva essere snella e chiara ma che, inevitabilmente, ha finito per lasciare aperta la porta ad alcuni interrogativi che si cercheranno di mettere in luce nel presente lavoro, nel quale si proporrà al lettore un'analisi suddivisa tra presupposti generali e speciali dell'azione, attività del giudice, notificazione ed efficacia del provvedimento ingiuntivo, con un cenno al coordinamento tra fase senza contraddittorio e giudizio di opposizione.

2. I presupposti generali dell'azione nel rito monitorio.

Si è già detto che, nelle forme del rito monitorio, il ricorrente esercita la stessa azione di condanna (al pagamento di una somma) che avrebbe potuto far valere in via ordinaria; pertanto anche questa azione non sfugge ad una prima valutazione, da parte del giudice, della sussistenza di tutti quelli che vengono correntemente definiti come i presupposti processuali generali dell'azione: l'affermata titolarità del diritto in capo a chi chiede ed a colui verso il quale si chiede tutela; la sussistenza di un interesse attuale alla tutela richiesta da parte del ricorrente e la competenza dell'autorità giurisdizionale a pronunciarsi su quella richiesta di tutela. Vedremo in quale modo si declinano queste categorie rispetto al rito monitorio spagnolo.

2.1. La legittimazione delle parti²⁵⁴ ed il problema del litisconsorzio volontario.

Come per qualsiasi altro procedimento, anche nel monitorio vi è un soggetto che si afferma titolare di un diritto (di credito) nei confronti di uno o più soggetti. La legittimazione della quale si discute non va dunque confusa con la titolarità del diritto che sarà accertata dal provvedimento conclusivo dell'*iter* processuale²⁵⁵. A riguardo non è prevista alcuna norma speciale per il rito monitorio, per cui la definizione è offerta dall'art. 10

277, p. 1306 ss., il quale concorda sulla definizione del monitorio come procedimento "stella" dei tribunali spagnoli. Un altro studio, con risultati ancor più positivi, è stato commissionato dal DSO sull'attività di un'importante compagnia di assicurazione e recupero crediti. Cfr. <http://m.dso-es.info/index.php?a=2>.

²⁵⁴ Utilizziamo per semplicità questo termine anche se si è già detto della scarsa correttezza del medesimo rispetto alla fase senza contraddittorio del rito monitorio, nel quale non vi sono, tecnicamente, un attore ed un convenuto. Cfr. *supra*, Cap. I, par. 2.

²⁵⁵ Per una concisa ma puntuale analisi della distinzione, v. **A. A. Pérez Ureña**, *El proceso monitorio para la reclamación dineraria por las comunidades de propietarios*, in *www.westlaw.es*, 2002/1119, p. 12.

LEC secondo il quale “saranno considerate parti legittime coloro che compaiano e agiscano in giudizio come titolari della relazione o oggetto litigioso, fatta eccezione per i casi nei quali, per legge, si attribuisca la legittimazione ad una persona diversa dal titolare”.

Pertanto sarà legittimato attivamente chi si affermi titolare del diritto di credito azionato e, passivamente, colui nei cui confronti è richiesta l’emissione dell’ingiunzione.

Riguardo alle persone giuridiche si è discusso se possano proporre domanda monitoria soltanto i legali rappresentanti indicati nell’atto costitutivo o statuto, ovvero anche un procuratore generale delle stesse o, ancora, un procuratore speciale nominato *ad hoc* dagli organi competenti.

La soluzione che oggi appare dominante parte dall’analisi dei poteri di rappresentanza sostanziale e processuale, per cui è possibile conferire poteri di rappresentanza sostanziale ad un qualsiasi soggetto (non necessariamente un *Procurador*) mentre, ex art. 438 LOPJ²⁵⁶, spetta in via esclusiva al procuratore la rappresentanza delle parti in giudizio, salvo quando la legge stabilisca altrimenti. Coordinando queste previsioni con le norme in tema di *juicio monitorio*, si è sostenuto che nella presentazione della domanda monitoria non vi sono “parti processuali” in senso tecnico e che, tale attività, ricade proprio tra le ipotesi di esclusione *ex lege* della necessità di rappresentanza mediante procuratore. Pertanto è ammissibile che la *petición* sia presentata da un procuratore generale della persona giuridica e, poiché la validità della nomina attiene al diritto sostanziale, sarà condizione necessaria e sufficiente per presumerne la legittimazione il fatto che si alleggi alla *petición* il documento dimostrativo del conferimento di tale rappresentanza. Non si potrà invece nominare un procuratore speciale *ad hoc* per la sola presentazione di una o più domande monitorie, attività che costituirebbe un *fraude de ley*²⁵⁷.

²⁵⁶ *Ley Organica del Poder Judicial* ossia Legge organica sul potere giudiziario, regola l’esercizio della giurisdizione e l’organizzazione delle corti sotto vari profili, non soltanto pratico-organizzativi ma anche teorico-giuridici.

²⁵⁷ Cfr. la ricostruzione l’interessante ricostruzione, corredata da riferimenti giurisprudenziali, di **V. Magro Servet**, *¿Intervención de procurador o apoderado en el proceso monitorio?*, in *www.laleydigital.es*, 40955/2008, p. 1 ss. e, soprattutto, **V. Magro Servet**, *Algunas modificaciones introducidas en el monitorio de la LEC y situación actual del proceso monitorio*, in *www.laleydigital.es*, 10940/2009, pp.6-8. *Contra* sembrano però esprimersi l’assemblea (*junta*) dei giudici di Valencia, secondo la quale “la richiesta iniziale dovrà essere firmata dall’amministratore societario o dal procuratore nominato ma mai da un avvocato mandatario dell’entità ricorrente”. V. *Unificación de criterios de la Junta de jueces de Valencia*, in *www.laleydigital.es*, 41380/2008, (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 56/2009); e la corte d’appello di Madrid (criterio indicato però nel 2006), in *Acuerdos de unificación del orden civil de la Audiencia provincial de Madrid*, in *www.laleydigital.es*, 1124/2009 (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 58/2009), p. 7. Questi “accordi di unificazione” rappresentano un’interessante iniziativa dei magistrati appartenenti alla circoscrizione di un distretto di corte d’appello, i quali hanno deciso di

Tenuto conto della distinzione proposta tra capacità processuale (che attiene alla facoltà di realizzare atti processuali validi e spetta ad un soggetto per il solo fatto di affermarsi titolare della posizione soggettiva dedotta in giudizio) e legittimazione (intesa in senso sostanziale, come concreta titolarità della situazione giuridica azionata e che verrà perciò accertata e dichiarata dal provvedimento conclusivo del procedimento)²⁵⁸, sembra corretto ritenere che, come in qualsiasi procedimento ordinario, il giudice non effettui alcuna valutazione, *in limine litis*, circa la sussistenza della stessa. In altre parole, comprovata la capacità processuale del ricorrente e dell'ingiungendo, il giudice non potrà valutare se questi siano effettivamente il titolare del diritto di credito e il relativo obbligato, questione attinente al merito della pretesa azionata e che potrà essere fatta valere solo dall'ingiunto mediante l'opposizione²⁵⁹.

La possibilità di richiedere un'ingiunzione nei confronti di più soggetti è stata oggetto di un vivace dibattito dottrinale (non ancora del tutto sopito) e giurisprudenziale, con pronunce che hanno prospettato tre soluzioni differenti. La prima, radicalmente contraria a questa possibilità, basata principalmente sull'impiego del singolare nella redazione dell'art. 812 LEC (debitore e non debitori), o sui problemi derivanti dall'adozione di posture diverse da parte dei singoli ingiunti, ovvero sull'esistenza di una previsione espressa di cumulo di azioni verso più soggetti per le sole spese condominiali (dalla quale si inferiva la non ammissibilità del cumulo ove non previsto)²⁶⁰. La seconda, per così dire, intermedia, che, tenuto conto delle regole di competenza esclusiva stabilite per il rito monitorio, riteneva ammissibile il litisconsorzio passivo volontario a condizione che tutti i soggetti avessero il proprio domicilio o residenza nella circoscrizione dello stesso giudice. La terza e maggioritaria posizione, oggi accolta anche dal *Tribunal Supremo*, è invece favorevole alla possibilità di ottenere un'ingiunzione nei confronti di più soggetti, vuoi perché litisconsorti

riunirsi (in varie sedute) al fine di individuare alcuni criteri interpretativi comuni su varie norme della LEC che hanno generato dubbi e differenti prassi applicative nelle corti.

²⁵⁸ Come si è visto, la distinzione è stata fatta propria dalla LEC del 2000 ed è stata, soprattutto in precedenza, oggetto di attenta analisi da parte della dottrina. V. *ex plurimis*, **M. Serra Domínguez**, *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación*, in *Justicia*, 1987, p. 309.

²⁵⁹ Così, chiaramente, **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2000, pp. 89-90.

²⁶⁰ In molti hanno negato la possibilità di cumulo soggettivo soprattutto per questa seconda ragione, sostenendo che alcuni ingiunti avrebbero potuto opporsi ed altri no, alcuni aver pagato spontaneamente ed altri aver costretto il debitore a procedere con l'esecuzione forzata generando incertezza e possibili decisioni confliggenti sulla stessa pretesa. Cfr. **F. J. Pérez-Olleros Sánchez-Bordona**, *¿Cabe la acumulación subjetiva de acciones o el litisconsorzio pasivo en el procedimiento monitorio ordinario?*, in *La Ley*, 2003, D-108, p. 1382 ss.; o anche, **J. M. Silvosa Tallón**, *La respuesta jurisprudencial antes los problemas turbido en el proceso monitorio*, in *Revista internauta de práctica jurídica*, 2008, p. 61 ss.

necessari, vuoi per la conformità ad esigenze di economia processuale di cumulare domande nei confronti di soggetti diversi in un unico procedimento (litisconsorzio volontario) a prescindere dal domicilio in circoscrizioni giurisdizionali diverse, quando ciò sia possibile nel rispetto dell'art. 72 LEC²⁶¹. La stessa Corte, tuttavia, ha anche “sconsigliato (*desaconsejado*)” di presentare una richiesta monitoria rispetto a tutti i legittimati passivi nel caso di inadempimento di un'obbligazione solidale ma di scegliere quello contro il quale si intende procedere. Si evita così che il procedimento possa bloccarsi per il fatto che non si riesca ad individuare uno dei coobbligati ovvero i problemi dovuti all'adozione, rispetto all'obbligazione dedotta in giudizio, di posture differenti da parte dei singoli ingiunti²⁶².

Preme sottolineare come, anche in caso di cumulo di più crediti in una sola richiesta monitoria, non si potrà superare il limite massimo dei trentamila Euro²⁶³.

²⁶¹ Che prevede, appunto, la possibilità di cumulare “esercitandole simultaneamente, le azioni che un soggetto vanta contro vari soggetti o vari contro uno, sempre che tra di esse sussista un nesso in ragione del titolo o *causa petendi*”. “Si intenderà che il titolo o *causa petendi* è lo stesso o connesso quando le azioni siano fondate sugli stessi fatti”. La giurisprudenza sembra ammettere con una certa ampiezza di criteri il cumulo di azioni, allargando il concetto di connessione tra di esse (p.e. quando abbiano *causae petendi* distinte ma derivino dallo stesso fatto storico). Cfr. la giurisprudenza riportata da **F. Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor (Navarra), 2002, p.277 ss. *Contra* pare essersi espresso **J. López Sánchez**, *El proceso monitorio*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 188-189, secondo il quale il cumulo sarebbe possibile solo se i debiti derivano da uno stesso titolo (es. più scadenze di una stessa obbligazione). Qualora si tratti di debiti nascenti da titoli diversi ciò urterebbe con la natura di procedimento speciale volto al rapido ottenimento di un titolo esecutivo, che è propria del procedimento monitorio. Per questo egli ritiene opportuno azionare ciascun credito nascente da un diverso titolo obbligatorio in un distinto procedimento monitorio, senza pregiudizio di poter poi cumulare le successive esecuzioni in un unico giudizio esecutivo. Per un'analisi dettagliata della questione v. *AAP Alicante*, 26.1.2005, in *Repertorio de Jurisprudencia menor de Aranzadi*, 2005, 81771. Per una puntuale analisi delle varie posizioni sostenute e degli argomenti sostenuti dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo* v. **J. Perarnau Moya**, *Monitorio: problemas procesales relativos a la pluralidad de demandados y sus distintas posturas defensivas*, in *La Ley*, 2008, D-349, p. 1 ss.

Che, nonostante le pronunce del *Supremo*, il dibattito sia ancora aperto, lo dimostra il fatto che, anche molto recentemente, vi è chi ha sostenuto che la natura stessa del procedimento monitorio dovrebbe portare ad escludere la cumulabilità di domande verso più soggetti. Così, **A. Salas Carceller**, *Problemas prácticos del proceso monitorio*, in *www.westlaw.es*, 2009/190, p. 1 ss.

²⁶² **Magro Servet**, *Algunas modificaciones*, cit., p. 4

²⁶³ In giurisprudenza, v., a titolo di esempio, *AAP Baleari*, 28.11.2003, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2002, 29890 o *AAP Valladolid*, 10.9.2002, in *Repertorio El Derecho Jurisprudencial*, 2002, 60947. Un'analisi dettagliata della questione è offerta dall'*AAP Alicante*, 26.1.2005, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2005, 81771.

2.1.1. La legittimazione attiva e passiva nell'ipotesi di richiesta di pagamento di spese condominiali. In particolare: l'estensione del novero dei legittimati passivi.

Si è anticipato che la LEC prevede una disciplina particolare per l'ipotesi del pagamento di spese condominiali comuni e fondi di riserva legata all'assorbimento, nel nuovo istituto di applicazione generale, del precedente rito monitorio introdotto dalla LPH del 1999. Occorre adesso effettuare qualche precisazione.

Il condominio (*comunidad de propietarios*) non possiede una sua autonoma soggettività giuridica, è un c.d. "ente privo di personalità giuridica" autonoma. Si è pertanto discusso se, legittimato attivamente ad esercitare azioni in favore della collettività sia solo il presidente o anche l'amministratore autorizzato dall'assemblea o il singolo condomino.

La legittimazione attiva per richiedere il pagamento delle quote di spese condominiali spetta al presidente del condominio o a colui che ne faccia le veci (ad esempio il vice che potrà intervenire quando il condomino moroso sia proprio il presidente) ed all'amministratore appositamente autorizzato. È controverso se solo l'amministratore debba ricevere la preventiva autorizzazione dell'assemblea o anche il presidente che, per disposizione di legge (art. 13 LPH), la rappresenta nei rapporti con i terzi. Basandosi sul disposto del novellato art. 20 LPH, un'attenta dottrina ritiene che entrambi questi soggetti necessitino dell'apposita autorizzazione dell'assemblea dei condomini all'esercizio dell'azione in via monitoria²⁶⁴. Più controversa è invece la legittimazione del singolo condomino ad agire nell'interesse della comunità. Spesso riconosciuta per l'azione nel giudizio ordinario, la sua legittimazione viene invece esclusa per il rito monitorio, considerando speciali (e dunque di stretta interpretazione) le relative norme che, in quest'ambito (art. 21 LPH) fanno riferimento unicamente al presidente o amministratore²⁶⁵.

Chiariti i profili problematici della legittimazione attiva, si rende necessaria una breve analisi della legittimazione passiva.

Tale legittimazione spetta, in linea di principio, al solo proprietario debitore. Ed infatti, l'art. 21 LPH, prevede che spetti al proprietario dell'appartamento o del locale che deve adempiere alle obbligazioni di cui alle lettere e) ed f) dell'art. 9 LPH (spese comuni e fondi di riserva, appunto), nei tempi e modi stabiliti dall'assemblea. La norma non lascia adito a dubbi circa il fatto che solo il proprietario (e non anche

²⁶⁴ Attribuisce la legittimazione al presidente, **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 84. Una rassegna del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in **Pérez Ureña**, *El proceso*, cit., pp. 13-14, che sostiene la necessità della previa autorizzazione anche per il presidente.

²⁶⁵ **Pérez Ureña**, *El proceso*, cit., p. 15

l'usufruttuario o il conduttore) sia tenuto a versare queste somme ma nella prassi si possono incontrare almeno due casi degni di precisazione.

In caso di comproprietà dell'immobile, dottrina e giurisprudenza sono fortemente divise circa il fatto se l'obbligazione a carico dei comproprietari sia comune – e dunque il pagamento debba essere ingiunto ad entrambi, trattandosi di litisconsorti necessari – ovvero solidale, con possibilità di richiedere l'intero ad uno solo dei due²⁶⁶.

Nel caso invece di cessione dell'immobile a terzi la LPH, nell'intento di combattere la morosità nel pagamento di queste spese, ha allargato il novero dei legittimati passivi, venendo a configurare quella che, sembra si possa definire un'obbligazione *propter rem*. Il combinato disposto degli artt. 21 e 9, co. 1 LPH fanno ritenere che il pagamento può essere chiesto, oltre che al proprietario, al titolare precedente quando non sia stata adempiuta l'obbligazione di comunicare al segretario il cambiamento nella titolarità dell'appartamento o locale, a meno che “uno qualunque degli organi di governo previsti dall'art. 13 abbia avuto conoscenza del cambiamento (...) attraverso qualsiasi altro mezzo o attraverso atti concludenti del nuovo proprietario oppure quando tale trasmissione risulti notoria”. Il pagamento può anche essere chiesto (art. 21, co. 4), al “titolare risultante dai registri (*titular registral*)” e la domanda potrà essere proposta “contro ciascuno degli obbligati o contro tutti congiuntamente”²⁶⁷.

Infine, parte della giurisprudenza si è anche orientata nel senso di escludere la cumulabilità in un solo procedimento monitorio di richieste dirette contro proprietari di immobili diversi facenti parte dello stesso condominio²⁶⁸.

2.2. L'interesse ad agire.

Per poter richiedere validamente un certo tipo di tutela un soggetto deve avere un concreto interesse nella stessa: nel caso del rito monitorio questo, normalmente, si sostanzia nell'obiettivo ad ottenere rapidamente un titolo esecutivo per un credito pecuniario. Nel rito spagnolo, ci pare che questo presupposto dell'azione meriti una qualche attenzione particolare solo nell'ipotesi in cui il ricorrente possieda già un titolo esecutivo stragiudiziale per lo stesso credito azionato in via monitoria. In queste ipotesi si potrebbe pensare che egli non abbia, in effetti, alcun interesse ad agire e che, anzi, si produrrebbe una duplicazione di titoli ai limiti

²⁶⁶ Una sintesi del dibattito ed utili riferimenti di dottrina e giurisprudenza si rinvengono in **Pérez Ureña**, *El proceso*, cit., p. 18.

²⁶⁷ Cfr. la lucida analisi di **Correa Delcasso** *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 82 ss.; nonché i rilievi di **Pérez Ureña**, *El proceso*, cit., pp. 16-18.

²⁶⁸ *Unificación de criterios de la Junta de jueces de Valencia*, cit., p. 1

dell'abuso del diritto (il creditore potrebbe cioè far lievitare l'importo dovutogli gravando la controparte anche delle spese di lite).

Dottrina e giurisprudenza italiane (che hanno dovuto confrontarsi con l'ipotesi, legalmente prevista, di richiesta di un decreto ingiuntivo – immediatamente esecutivo – sulla base di un titolo stragiudiziale) ci hanno però insegnato che all'ordinamento non ripugna che possano coesistere due titoli per lo stesso diritto di credito, uno di natura stragiudiziale e l'altro di natura giudiziale, in virtù della maggior ampiezza di tutela che quest'ultimo offre rispetto al primo. L'interesse ad agire per chi sia già in possesso di un titolo stragiudiziale si rinviene pertanto nella possibilità di iscrivere ipoteca sui beni del debitore ma questo è solo un effetto secondario rispetto al primo e principale *quid pluris* del titolo giudiziale rispetto alla fattispecie stragiudiziale: l'efficacia preclusiva dell'accertamento in esso contenuto rispetto a future contestazioni sul merito della pretesa ivi racchiusa²⁶⁹.

Dottrina e giurisprudenza spagnole sembrano per lo più propense ad ammettere che il titolare di un titolo stragiudiziale suscettibile di per sé di dar corso all'esecuzione forzata (es. una ricevuta contrattuale autenticata da un soggetto munito di pubblica fede) ovvero per il quale esista un procedimento speciale *ad hoc* (es. il *juicio cambiario* per una cambiale), sia del tutto libero di valersi direttamente dell'esecuzione, del procedimento *ad hoc*, ovvero del rito monitorio. Si è osservato, anzitutto, che non è dato rinvenire alcun sostegno normativo sul quale fondare la soluzione negativa, dato che né l'art. 819 (sul *juicio cambiario*), né l'art. 517 co. 2 LEC (in tema di esecuzione di titoli stragiudiziali) affermano che si tratti dell'unico tipo di procedimento atto a tutelare giudizialmente i diritti incorporati nel titolo. Inoltre è stata riconosciuta l'utilità pratica del titolo ottenuto al termine del monitorio che ha effetti preclusivi di ogni futura contestazione sul fondamento della pretesa che risulta accertata con efficacia di giudicato, a differenza del *auto* che autorizza l'esecuzione del titolo stragiudiziale (privo di qualsiasi efficacia di accertamento del diritto) e del provvedimento conclusivo del *juicio cambiario* che, a causa della limitazione dei motivi di opposizione e dei mezzi istruttori ammessi, possiede un'efficacia di giudicato limitata alle ragioni di fatto e di diritto allegabili in tale procedimento²⁷⁰.

²⁶⁹ **A. Ronco**, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, pp. 224-225.

²⁷⁰ Così, p.e. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 143 ss.; **J. Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo de las deudas en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2006, II, pp. 1459-1460 con riferimenti giurisprudenziali e l'interessante *auto* della Audiencia Provincial di Toledo del 17.12.2001, in **F. Cerdón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit. pp. 1029-1030, ove si elencano quattro motivazioni. Oltre a quanto si è già visto, indica il principio per cui "chi può di più può di meno", per cui se i documenti comprovanti il credito sono compresi tanto nelle fattispecie elencate dall'art. 812 quanto in quelle dell'art. 819 LEC, è chiaro che il creditore può scegliere di valersi dell'uno o dell'altro. Come ultimo caso, sottolinea la possibilità che la cambiale difetti di qualche

La soluzione è convincente ma non sembra sia stato adeguatamente studiato come debba comportarsi il giudice davanti ad una richiesta monitoria fondata su un titolo stragiudiziale. A rigor di logica, ci pare corretta la soluzione prospettata dalla miglior dottrina italiana, secondo la quale egli dovrebbe valutare se il ricorrente abbia offerto argomenti convincenti per sostenere il proprio interesse ad agire nel caso specifico (es. la contestazione del credito da parte del debitore o l'esistenza di beni ipotecabili a cautela del credito)²⁷¹ ed emanare l'ingiunzione solo nel caso di esito positivo della valutazione, dovendo altrimenti rigettarla per difetto di una condizione dell'azione.

2.3. le regole di competenza esclusiva stabilite dall'art. 813 LEC.

A norma dell'art. 813 LEC, “per il processo monitorio sarà competente in via esclusiva il Giudice di prima istanza del domicilio o residenza del debitore o, se sconosciuti, quello del luogo nel quale il debitore possa essere rintracciato agli effetti dell'ingiunzione di pagamento da parte del tribunale”. La previsione è rafforzata con la chiara esclusione (nel secondo comma) dell'applicabilità delle norme sull'accettazione espressa o tacita della competenza giudiziale, col che si stabilisce un foro esclusivo con competenza funzionale ed inderogabile per il procedimento monitorio. Accanto a questo foro, chiaro residuo del monitorio settoriale disciplinato dalla LPH oggi assorbito nel nuovo istituto, è previsto un foro alternativo concorrente per il caso in cui si richieda il pagamento di spese condominiali. L'art. 813, per i crediti “ai quali fa riferimento il numero 2 del comma secondo dell'art. 812”, prevede infatti che “sarà competente anche il tribunale del luogo nel quale si trovi l'immobile, a scelta del ricorrente”.

Si tratta di una competenza definita speciale per materia, in quanto deroga all'ordinaria ripartizione delle cause per valore (che, fino a 90,00 Euro, spettano all'ufficio del Giudice di pace)²⁷² nonché territorialmente inderogabile, circostanza che, anche secondo il *Tribunal Supremo*, la avvicina alla competenza “oggettiva”²⁷³.

L'opzione legislativa è stata ritenuta da più parti soddisfacente, sia dal punto di vista del rispetto del diritto di difesa dell'ingiunto, al quale si cerca così di rendere più agevole l'esercizio della facoltà di opporsi (dato che il tribunale che ha emesso l'ingiunzione si troverà tendenzialmente in un

requisito formale o sia prescritta l'azione cartolare e pertanto la stessa possa valere soltanto come prova documentale nel procedimento ordinario e, dunque, anche in quello monitorio. Più di recente, si è espressa in senso favorevole l'assemblea dei giudici di Valencia. V. *Unificación de criterios de la Junta de jueces de Valencia*, cit., p. 1

²⁷¹ Cfr. **Ronco**, *Struttura*, cit. p. 225 ss.

²⁷² V. **J. Bonet Navarro**, *Derecho Procesal Civil*, 7a ed., **M. Ortelles Ramos** (coord.), Cizur Menor (Navarra) 2007, p. 982.

²⁷³ *ATS 14 aprile 2005*, in *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 2006, 2097.

luogo col quale egli ha una relazione piuttosto stabile), sia dal punto di vista del ricorrente che dispone di più opzioni – nel senso di luoghi nei quali può rintracciare il debitore – per proporre la propria domanda.

Si ritiene che la norma imponga una gerarchia tra i fori indicati, nel senso che domicilio e residenza debbano necessariamente essere preferiti all'ipotesi, solamente residuale, del luogo in cui il debitore possa essere rinvenuto dalla corte per effettuare l'ingiunzione²⁷⁴.

La previsione richiede dunque, in primo luogo, una rapida analisi dei concetti di "domicilio" e "residenza".

Il concetto di domicilio è stato oggetto di elaborazione giurisprudenziale anche da parte del *Tribunal Constitucional* che ha avuto modo di precisare che "il domicilio è sempre, esattamente, il luogo nel quale si risiede, sebbene (...) [con] certe caratteristiche. Quali siano dipenderà dalla considerazione concreta del domicilio in ciascun caso, potendo fare riferimento, per esempio, all'abitudine, come è proprio della definizione di domicilio del Código Civil (art. 40), al luogo nel quale si stabilisce la sede giuridica della persona o, infine, quello dove si svolge la vita privata della persona fisica, come è tipico del concetto di domicilio la cui inviolabilità è protetta dall'art. 18 Cost."²⁷⁵.

Circa il significato rilevante agli effetti processuali, si ritiene che si debba fare riferimento all'art. 41 del Código Civil, che, "per l'esercizio dei diritti e l'adempimento delle obbligazioni civili", definisce il domicilio delle persone fisiche come "il luogo di loro residenza abituale e, se del caso, quello determinato dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil*". Attenta dottrina ha sottolineato come "residenza" sia un concetto solamente fattuale (luogo in cui si risiede, si abita), che, nella definizione legale di domicilio viene connotato dall' "abitudine". Pertanto, agli effetti processuali, per residenza si intenderà un luogo ove le persone permangano ma senza il requisito dell'abitudine²⁷⁶.

Quanto alle persone giuridiche, non essendo utilizzabile rispetto ad esse il concetto di residenza, il solo foro individuabile sarà quello del domicilio che si ritiene coincida con la sede statutaria, mentre per gli enti privi di personalità giuridica, si ritiene che il combinato disposto degli artt. 51 (che indica due fori alternativi) e 813 LEC, imponga una relazione gerarchica tra i due fori possibili: quello del luogo in cui l'ente svolga la

²⁷⁴ In questo senso si è pronunciato anche il *Tribunal Supremo*, in relazione all'ingiunzione richiesta nei confronti di un carcerato, ritenendo competente il giudice di Madrid, ove questi aveva da sempre il proprio domicilio, e non quello del luogo in cui si trovava il carcere ove il soggetto era recluso. Cfr. *ATS 25.6.2008*, in **Magro Servet**, *Algunas modificaciones*, cit., pp. 4-5.

²⁷⁵ Sent. TC 8.3.1999, in *Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Aranzadi*, 1999, 28.

²⁷⁶ Così **C. Gómez Martínez**, in **AA. VV.**, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2001, III, p. 3821.

propria attività varrà come domicilio, mentre, in subordine, si potrà far riferimento al domicilio dei gestori²⁷⁷.

Più problematico è stabilire cosa si intenda per “luogo nel quale il debitore possa essere rinvenuto agli effetti dell’ingiunzione” che, in un certo senso, pare richiamare la *long arm jurisdiction* propria dell’ordinamento statunitense nel quale è possibile effettuare una notifica valida ed instaurare un giudizio nel luogo (compreso nel territorio della federazione) in cui la parte convenuta venga a trovarsi, anche occasionalmente. In realtà la ricostruzione accolta sembra nel senso di richiedere comunque un certo legame tra l’ingiunto ed il luogo nel quale egli venga raggiunto dalla notifica. Così per le persone fisiche si ritiene valido il foro del domicilio del debitore risultante dall’anagrafe o in un registro ufficiale o presso un ordine professionale, ovvero il luogo di lavoro non occasionale²⁷⁸, mentre per le persone giuridiche si fa riferimento al luogo in cui l’obbligazione è sorta o doveva essere eseguita²⁷⁹, sempre che ivi abbiano uno stabilimento aperto. Maggiori difficoltà sorgono per le imprese inattive ma non cancellate a termini di legge, nel qual caso alcuni autori avevano sostenuto la possibilità di ricorrere al luogo del domicilio del legale rappresentante, ma il *Tribunal Supremo* sembra essersi attestato su tutt’altra posizione, ritenendo che, in tali ipotesi, rimane in vigore il foro stabilito attraverso il domicilio sociale mentre l’ingiunzione potrà essere notificata presso il legale rappresentante²⁸⁰.

Il fatto che si preveda questa competenza oggettiva e territorialmente inderogabile comporta per il giudice la necessità di valutarne d’ufficio la sussistenza in applicazione analogica dell’art. 58 LEC, a norma del quale, “quando la competenza territoriale è fissata da regole imperative, il tribunale esaminerà d’ufficio la propria competenza immediatamente dopo che sia stata presentata la domanda, previa udienza del Pubblico Ministero e delle parti costituite. Se ritiene di non avere competenza (...) lo dichiarerà con ordinanza (*auto*), rimettendo gli atti al tribunale che ritenga competente. Se fossero applicabili fori elettivi, il tribunale si atterrà alle indicazioni fornite dall’attore a seguito della richiesta che, a riguardo, gli sia stata inviata”.

Adattando la previsione al rito monitorio, si è ritenuto che:

²⁷⁷ Cfr. l’analisi di **J.M. Bermúdez Requema**, *Los fueros legales del proceso monitorio (art. 813 LEC): problemas y soluciones en la práctica jurisprudencial*, in www.westlaw.es, 2008/1713, pp.10-11.

²⁷⁸ Cfr. **Bermúdez Requema**, *Los fueros legales*, cit., pp. 12-13.

²⁷⁹ Sull’esempio del “nostro” art. 1182 C.C., spesso impiegato nella prassi per radicare la competenza ai fini dell’emissione di un decreto ingiuntivo.

²⁸⁰ Ancora **Bermúdez Requema**, *Los fueros legales*, cit., pp. 12-13. In generale, al fine di stabilire la competenza territoriale del giudice, il *Tribunal Supremo*, sembra riconoscere prevalenza al domicilio della società, reale debitrice del credito azionato, ammettendo che la notifica dell’ingiunzione possa avvenire presso gli amministratori tramite *auxilio judicial*. Cfr. **Magro Servet**, *Algunas modificaciones*, cit., pp. 3-4.

- a) se dagli atti non emerge quale possa essere il giudice competente, il giudice adito potrà invitare il ricorrente ad indicare il domicilio o residenza o luogo dove possa essere rintracciato l'ingiungendo, ovvero dichiararsi semplicemente incompetente rigettando la *petición* per mancanza di un presupposto processuale, libero il ricorrente di riproporre la propria domanda;
- b) in presenza di un solo ingiungendo, poiché questi non è parte costituita nel procedimento, il tribunale che si ritenga incompetente dovrà dare udienza al ricorrente ed al Pubblico Ministero prima di pronunciarsi con *auto* e rimettere gli atti al giudice ritenuto territorialmente competente che, a sua volta, potrà però dichiararsi d'ufficio incompetente. In tal caso, il conflitto negativo di competenza verrà risolto dall'organo giudiziario gerarchicamente sovraordinato che decide con *auto* non impugnabile quale corte sia competente (art. 60 LEC);
- c) se vi sono più ingiungendi che abbiano domicili in circoscrizioni territoriali distinte, il giudice non può sostituire la propria volontà a quella del ricorrente e deve chiedergli di scegliere a quale corte rimettere gli atti prima di pronunciarsi²⁸¹.

2.3.1. Un'eccezione nell'eccezione: la competenza per la richiesta di pagamento di spese condominiali.

La previsione, in posizione concorrente con i fori esclusivi analizzati in precedenza, del *forum rei sitae* nel caso la domanda proposta riguardi il pagamento di spese condominiali certificate da una *CIGCCP*, esprime un contemperamento tra quanto affermato sopra e la volontà di fornire tutela al condominio, il cui funzionamento potrebbe venire compromesso dall'assenza dei fondi necessari, con danni per tutti i condomini. Inoltre, un secondo argomento a sostegno della bontà di questa scelta è individuato nel fatto che la certificazione delle spese avviene in assemblea, riunione alla quale il debitore deve essere stato convocato al pari degli altri condomini, ed il verbale che approva il rendiconto viene notificato al condomino moroso, offrendo perciò maggiori garanzie di fondatezza e conoscenza della pretesa da parte sua. La norma si collega all'altra previsione per cui un condomino è tenuto ad indicare un luogo, in Spagna, presso il quale intende ricevere le comunicazioni inerenti all'appartamento o locale condominiale, pena il rischio di vedere effettuata la notifica degli atti inerenti a tale sua proprietà in forma di proclami sul tabellone degli annunci del condominio.

²⁸¹ Così, **J. Moxica Román**, *El proceso monitorio de la Ley 1/2000 (RCL 2000, 34 y 962)*, in *www.westlaw.es*, 2000/1316, pp. 14-15.

La norma²⁸², nella maggioranza dei casi, non suscita problemi, dato che il luogo in cui si trova l'immobile coincide col domicilio del debitore. Tuttavia non sono trascurabili le ipotesi in cui il debitore risieda e lavori abitualmente in un luogo diverso da quello in cui si trova l'immobile (le ipotesi tipiche sono le seconde case e, soprattutto, gli appartamenti dei vacanzieri stranieri²⁸³) nel qual caso, tenuto conto della brevità del termine per opporsi (venti giorni), si impone un onere piuttosto gravoso all'ingiunto che intenda opporsi²⁸⁴. A mitigare le conseguenze di questa previsione contribuisce l'art. 32, co. 5 LEC, secondo il quale, la condanna al rimborso delle spese di lite è esclusa quando l'intervento di un avvocato e di un procuratore non è obbligatorio per legge salvo "che la corte ritenga temeraria la condotta del condannato alle spese o che il domicilio della parte rappresentata e difesa si trovi in un luogo diverso da quello nel quale si è svolto il giudizio". Pertanto, quando un soggetto sia costretto a difendersi presso il tribunale di un luogo diverso dal suo domicilio o residenza, potrà ripetere dalla controparte le spese legali sostenute²⁸⁵.

2.3.2. Il concorso con altre norme speciali di competenza esclusiva.

Alcune perplessità sono sorte quando la norma speciale di competenza prevista per il rito monitorio dal codice di rito si scontra con altre norme speciali previste da leggi diverse.

Nel caso in cui la domanda di ingiunzione sia rivolta contro lo Stato o un organismo pubblico, la giurisprudenza sembra essersi orientata nel senso che la specialità della norma di competenza prevista dall'art. 15 della Legge sull'assistenza giuridica dello Stato e delle Istituzioni Pubbliche, prevale su quella dell'art. 813 LEC pensato per la generalità dei crediti pecuniari, per cui saranno comunque competenti i tribunali del capoluogo di provincia²⁸⁶.

²⁸² Che riprende la previsione dell'art. 21 LPH, rendendo però il foro alternativo agli altri e non più esclusivo come nella legge del 1999.

²⁸³ È noto il fenomeno di vera e propria "colonizzazione" di certe zone della Costa del Sol o delle Isole Baleari da parte di vacanzieri tedeschi ed inglesi che amano trascorrere l'estate sul caldo litorale spagnolo.

²⁸⁴ Si vedano i rilievi critici a suo tempo formulati da **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Propiedad Horizontal: indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial*, in *La Ley*, 1999, III, D-111, p. 2005 ss.

²⁸⁵ Cfr. l'analisi di **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 109-111.

²⁸⁶ Cfr. *AP Castellón*, 19.2.2002, riportata da **M. García Sánchez**, *El proceso monitorio*, in *Revista internauta de práctica jurídica*, 2004, 13, p. 117 e, più di recente, **Silvosa Tallón**, *La respuesta*, cit., p. 39.

La stessa soluzione, nel caso di richieste di pagamento formulate dall'assicurato nei confronti della compagnia assicuratrice, è stata offerta anche al conflitto tra il foro del domicilio del debitore e quello, speciale, del domicilio dell'assicurato (art. 24 *Ley de Seguro Privado*) che si ritiene debba prevalere.²⁸⁷

Una questione simile si è posta per le domande nei confronti di soggetti sottoposti a procedure concorsuali, materia che l'art. 86 *ter* LOPJ riserva alla cognizione esclusiva dei *Juzgados de lo mercantil*²⁸⁸. Dopo varie oscillazioni, la soluzione accolta nella prassi è nel senso che, in questi casi, il foro fallimentare attragga a sé anche la competenza per l'emissione di un'ingiunzione di pagamento che finisce così per essere emanata dal giudice della giurisdizione commerciale²⁸⁹.

Si sono impiegati fondamentalmente due argomenti per sostenere questa ricostruzione: il carattere di norma successiva – e quindi prevalente – dell'art. 86 *ter* LOPJ rispetto all'art. 813 LEC; ed il fatto che una diversa interpretazione, che attribuisse ai giudici ordinari di primo grado la competenza esclusiva ad emanare ingiunzioni, avrebbe comportato, sulla base dell'attribuzione della competenza funzionale a conoscere del giudizio di opposizione allo stesso giudice che ha emanato l'ingiunzione, che controversie rientranti, per materia, nella giurisdizione esclusiva del tribunale commerciale, sarebbero state trattate dai giudici ordinari aggirando la volontà della legge²⁹⁰.

In questo senso poteva ritenersi d'aiuto la lettera dell'art. 813 LEC che non discorreva di *Juzgado* di prima istanza ma di *Juéz* (di prime cure), col che si poteva ritenere che, appunto, giudice di primo grado per questo tipo di controversie fosse il tribunale commerciale o altra corte. Sul punto sembra aver inciso, negativamente, la riforma del 2009, in virtù della quale si parla ora di competenza esclusiva del *Juzgado de primera instancia*, il che potrebbe offrire nuova linfa ai critici della tesi maggioritaria sopra esposta. Ci pare però che la soluzione, in fin dei conti, non debba variare per questo cambiamento terminologico. Il nocciolo della questione sta infatti nella considerazione dell'esclusività della competenza come riferita al parametro territoriale, ovvero intesa in senso oggettivo. Nel primo caso

²⁸⁷ **Bermúdez Requema**, *Los fueros legales*, cit., p. 13.

²⁸⁸ Si tratta dei tribunali commerciali che hanno una giurisdizione esclusiva *ratione materiae* che riguarda soprattutto la materia concorsuale. Per chiarimenti, v. **M. García-Villarrubia Bernabé**, *La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil*, in *Homenaje al Profesor Don Rodrigo Urí González en el centenario de su nacimiento*, numero extraordinario, 2006, in http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n15-E/art04.pdf.

²⁸⁹ Cfr. **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1462.

²⁹⁰ Cfr. **J. López Sánchez**, *Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social*, in *La Ley digital*, 58/2008, www.laleydigital.es.

(scelta che sembra essere stata operata dalla giurisprudenza prevalente), non vi sono ostacoli per ritenere che, individuata la competenza, *ratione materiae*, nel *Juzgado de lo mercantil*, questo possa emanare l'ingiunzione contro un debitore residente nella sua circoscrizione territoriale. Nel secondo, invece, il solo giudice "oggettivamente" autorizzato ad emanare le ingiunzioni sarebbe il *Juzgado de primera instancia* del luogo di residenza o domicilio del debitore, o del luogo ove questi possa essere rintracciato, trattandosi di un'attribuzione effettuata in modo inderogabile ed esclusivo a quest'organo giudiziario.

2.3.3. La competenza in caso di cumulo di domande verso soggetti diversi.

Si è detto della soluzione ormai largamente prevalente in tema di cumulo di azioni contro più soggetti diversi. In relazione alla competenza, la questione viene in rilievo nel caso in cui i domicili dei vari ingiunti ricadano sotto circoscrizioni territoriali di competenza di giudici diversi. In questi casi si ritiene applicabile la previsione generale dell'art. 53, co. 2 LEC, dedicato alla "competenza territoriale in caso di cumulo di azioni ed in caso di pluralità di convenuti", secondo il quale "quando vi siano più convenuti e (...) possa spettare la competenza territoriale a giudici di più di un luogo, la domanda potrà essere presentata davanti a ciascuno di essi a scelta dell'attore". Pertanto, nel rispetto delle regole di competenza fissate dall'art. 813 LEC (onde evitare un *fraude de ley*²⁹¹), nel caso gli ingiunti abbiano residenza o domicilio in circoscrizioni diverse, il ricorrente potrà scegliere davanti a quale giudice presentare la *petición*²⁹².

2.3.4. Il problema dell'incompetenza sopravvenuta.

Un'ulteriore questione che viene in rilievo rispetto alla competenza, riguarda il caso in cui, accolta la richiesta monitoria ed emessa l'ingiunzione, non si riesca a notificarla al domicilio dell'ingiunto ivi indicato e, da successive verifiche²⁹³, emerga che questi è domiciliato in un luogo appartenente alla circoscrizione territoriale di un giudice diverso.

²⁹¹ Si tratta di aggirare una norma attraverso l'impiego di un'altra c.d. "di copertura". Sul concetto si tornerà più avanti, nell'analisi del limite di valore per l'accesso all'istituto. Cap. II, par.3.4.

²⁹² Così, **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 111-112; **García Sánchez**, *El proceso monitorio*, cit., p. 116; e, più di recente, **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1462 e **Bonet Navarro**, *Derecho procesal*, cit., p. 984. La soluzione è stata altresì accolta dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, come riporta **Perarnau Moya**, *Monitorio: problemas procesales*, cit. p. 3.

²⁹³ Che in Spagna vengono effettuate a cura dell'organo giudiziario.

Poiché le norme di competenza stabilite per il rito monitorio hanno carattere imperativo ed inderogabile, alcuni autori (anche molto recentemente) e certe sentenze di merito hanno sostenuto, *tout court*, che il giudice adito deve dichiarare d'ufficio, con *auto*, la propria incompetenza e, pare, l'inefficacia degli atti posti in essere, inclusa l'ingiunzione²⁹⁴.

Una posizione diametralmente opposta è stata sostenuta da chi, non vedendo in questi casi alcun rischio di violazione del diritto di difesa dell'ingiunto, afferma che spetti a questi soltanto far valere l'incompetenza territoriale del giudice presentando opposizione: il controllo del giudice sulla competenza è infatti una verifica preliminare dei presupposti dell'azione che viene compiuta *in limine litis*, alla luce delle risultanze degli atti, senza che questi possa poi autonomamente tornare sul punto. Se è possibile notificare validamente l'ingiunzione sarà dunque l'interessato a dover eccepire l'incompetenza territoriale del giudice adito mediante l'apposita "declinatoria di competenza" prevista dall'art. 49 LEC, da proporsi nei primi dieci giorni del termine per opporsi all'ingiunzione o nei cinque giorni seguenti alla citazione ad udienza quando abbia proposto tempestivamente opposizione ed il giudizio debba seguire il rito *verbal* (art. 64, co. 1 LEC)²⁹⁵.

Il problema della conoscenza sopravvenuta all'emissione dell'ingiunzione del vero domicilio del debitore si è posto spesso nella pratica ed è stato risolto dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, nel senso che il trattamento vada equiparato all'incompetenza oggettiva e di conseguenza, nonostante la domanda sia stata ammessa, il giudice che risulti essere stato erroneamente adito dovrà dichiarare d'ufficio la propria incompetenza²⁹⁶.

La soluzione va precisata in relazione agli effetti riconosciuti alla *petición* ed alla peculiarità del rito monitorio, per cui il momento processualmente determinante per stabilire la competenza territoriale non è quello del deposito della domanda ma quello della notifica

²⁹⁴ Così, ad esempio, si è espresso **P. E. Montserrat Molina**, *El proceso monitorio. Cuestiones procesales desde el punto de vista práctico*, in www.laleydigital.es, 2022/2003, p. 25. Più di recente, **Salas Carceller**, *Problémas prácticos*, cit., p. 2, per il quale "davanti all'impossibilità di localizzare il debitore nel luogo segnalato dal creditore, sarebbe preferibile che "si archivi" (*se archivar*) il processo monitorio iniziato con restituzione al ricorrente della documentazione presentata".

²⁹⁵ È la posizione sostenuta, p.e., da **A. Tellez Lapeira**, *Problemas prácticos en la atribución de la competencia territorial en el proceso monitorio*, in www.laleydigital.es, 1700/2002, p. 1 ss., lavoro che trae spunto dal commento ad una sentenza che aveva invece accolto la soluzione opposta, emanando un'*auto* conclusivo del procedimento per incompetenza. V. anche, per quanto riguarda la posizione di **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 113-114.

²⁹⁶ Cfr. *ATS 10.6.2004* in *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2004, 183162 o *ATS 22.4.2004* in *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004 p. 3454.

dell'ingiunzione²⁹⁷. Se, come prospettato in precedenza, alla *petición* si riconosce l'effetto di generare litispendenza e, di conseguenza, *perpetuatio jurisdictionis*, si deve distinguere dall'ipotesi in cui il cambio di domicilio o residenza sia avvenuto prima o dopo il deposito della richiesta monitoria, poiché solo nel primo caso sarà stato adito un giudice territorialmente incompetente, risultando impossibile la *perpetuatio*. In tal caso, attenendosi alla dottrina del *Tribunal Supremo*, il tribunale dovrà fare applicazione analogica dell'art. 48 LEC, e dunque dichiarare d'ufficio la propria incompetenza dopo aver ascoltato tutte le parti (cioè, in questo caso, ricorrente e P.M.) ed indicare, nello stesso *auto*, l'organo competente che, ove risultino rispettate le previsioni dell'art. 60 LEC, non potrà ulteriormente declinare la propria competenza mentre, in caso contrario, potrà sollevare il conflitto negativo che verrà deciso dal superiore gerarchico comune²⁹⁸.

Se invece tale mutamento fattuale avviene dopo la presentazione della *petición* poi accolta, sebbene prima della notifica dell'ingiunzione, si ricade sotto il disposto dell'art. 411 LEC e dunque esso non avrà alcun rilievo, risultando correttamente individuata la competenza del giudice del luogo del domicilio o residenza del "debitore"²⁹⁹.

3. Le pretese deducibili in via monitoria, ovvero le caratteristiche dell'obbligazione e la "prova scritta" quali presupposti speciali della tutela monitoria.

A tenore dell'art. 812 LEC, "potrà rivolgersi al monitorio chi pretenda da un altro il pagamento di un debito di denaro, scaduto ed

²⁹⁷ Così, chiaramente, **Bermúdez Requema**, *Los fueros legales*, cit., p. 12 e anche la Corte d'appello madrilenza. V. *Acuerdos de unificación de criterios del orden civil de la Audiencia provincial de Madrid*, cit., p. 7. In effetti, si deve distinguere la situazione rispetto al giudizio ordinario. In quest'ultimo il giudice compie un primo vaglio di ammissibilità della domanda che, se positivo, porta alla pendenza della lite ed alla notifica dell'atto alla controparte. L'eventuale accoglimento della domanda avviene invece con la pronuncia che chiude il giudizio stesso. Nel monitorio (inteso, ovviamente, come fase senza contraddittorio), invece, se il giudice ritiene ammissibile la *petición*, la accoglie e pronuncia l'ingiunzione la cui notifica avviene, d'ufficio, a cura degli ausiliari della corte preposti a tale compito. È chiaro, pertanto, che è questo il momento chiave per la produzione degli effetti sostanziali e processuali della domanda monitoria. La soluzione, peraltro, ci sembra del tutto ragionevole e si pone in linea con quanto statuito dalla "nostra" Suprema Corte, proprio riguardo al procedimento di ingiunzione, nell'*ord. SS. UU. 1 ottobre 2007, n. 20596*, in *Foro It.*, 2008, I, col. 2613; ma anche in *Riv. dir. proc.*, 6/2008, p. 1759 ss., con nota di **L. Piccinnini**, *Pendenza del procedimento di ingiunzione, effetti della domanda e criterio di prevenzione*.

²⁹⁸ **Id.**, *Ibid.*, cit., p. 12.

²⁹⁹ Come ha chiaramente sancito il *Tribunal Supremo* in accordo con larga parte della dottrina. Cfr. **Perarnau I Moya**, *Monitorio: problemas procesales*, cit., pp. 3-5.

esigibile, di un importo determinato e che non ecceda i 30.000 Euro (...). Come sottolineato dall'uso del verbo "potrà", si tratta di una forma di tutela giuridica della quale il creditore, la cui pretesa rivesta i requisiti richiesti, può valersi in alternativa al rito ordinario o ad altro eventuale rito speciale previsto per la concreta situazione dedotta in giudizio³⁰⁰.

Si è già avuto modo di evidenziare, analizzando il tipo di monitorio accolto dalla LEC, che il legislatore ha optato per un modello con selezione delle pretese azionabili sulla base di certi requisiti (definibili "presupposti speciali" della tutela monitoria), che saranno oggetto di analisi nei paragrafi seguenti e, in particolare, ha limitato l'accesso all'istituto ai crediti pecuniari che, in ogni caso, costituiscono la stragrande maggioranza delle pretese azionate in via monitoria anche nei Paesi nei quali si consente di far valere in dette forme processuali anche altri diritti di credito.

L'assenza di uno dei presupposti indicati, salvo che il giudice conceda un termine per integrare la domanda (es. per allegare un documento mancante) dovrebbe comportare il rigetto della *petición* che, (pur con le dovute critiche) si ritiene il giudice debba pronunciare con *auto* appellabile³⁰¹.

3.1. Credito di denaro

A differenza del "nostro" rito monitorio³⁰², in Spagna è possibile far valere attraverso il procedimento in esame soltanto la richiesta di pagamento di un "debito di denaro". Deve cioè trattarsi di un credito pecuniario (per il

³⁰⁰ Non pare sussistano dubbi nel caso di un creditore in possesso di una cambiale, assegno o pagherò per i quali esiste il *juicio cambiario*, cfr., p.e., AAP Toledo, 17 dicembre 2001, in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., pp. 1029-1030, nonché **García Sánchez** *El proceso monitorio*, cit., p. 8; mentre ben più controverso è se possano valersene avvocato e procuratore per gli onorari e diritti maturati in una lite, pretesa per la quale è previsto lo speciale procedimento di *jura de cuentas* di competenza della stessa corte presso la quale si è svolto il giudizio nel quale sono maturate le spettanze professionali. La soluzione maggioritaria, che ci sembra preferibile anche per evitare irragionevoli (ed incostituzionali) disparità di trattamento con gli altri professionisti, è nel senso della possibilità di impiegare l'uno o l'altro istituto, a scelta del professionista. V. **A. A. Pérez Ureña**, *¿Es preceptiva la jura de cuentas, o pueden los abogados y los procuradores acudir al proceso monitorio para hacer efectivo el crédito frente a su cliente? Práxis judicial*, in *www.laleydigital.es*, 19976/2009, p. 1 ss.

³⁰¹ Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 81-82, secondo il quale il giudice può concedere un termine per integrare la richiesta monitoria ed il rigetto di essa dovrebbe avvenire con *providencia* non impugnabile. Si avrà però modo di evidenziare come la giurisprudenza sia incline ad impiegare la forma dell'*auto* – impugnabile mediante *recurso de apelación* – per rigettare la *petición* mentre sin d'ora si deve sottolineare come nessuna norma preveda espressamente la facoltà per il giudice di invitare il ricorrente ad integrare la prova o sanare i vizi della domanda, per cui molti non ritengono ammissibile questa possibilità. V. di seguito, *sub* par. 4.

³⁰² Che consente anche la richiesta di consegna di una determinata quantità di cose fungibili o di una cosa mobile determinata (art. 633 c.p.c.).

quale è irrilevante la moneta in cui è l'obbligazione è stata contratta) e non della consegna di una quantità di denaro nella quale la determinazione della specie di moneta ha carattere essenziale³⁰³. Viceversa si ricadrebbe nell'obbligo di consegna di una cosa mobile determinata solo nel genere, dunque un'obbligazione di dare cosa generica, con conseguente impossibilità di valersi del rito monitorio³⁰⁴.

In riferimento a quest'ultimo requisito, si è discusso soprattutto circa l'azionabilità di un credito in moneta straniera, possibilità che oggi viene generalmente ammessa³⁰⁵, sia perché il legislatore non ha espressamente limitato l'applicazione dell'istituto ai soli crediti espressi in moneta nazionale (come quello tedesco), sia attraverso un'applicazione analogica (anche per la contiguità tra *juicio monitorio* ed esecuzione) dell'artt. 577 LEC relativo, appunto, all'esecuzione forzata di crediti espressi in moneta straniera.

La valuta straniera è perfettamente ammissibile quale mezzo solutorio ma si pone un problema di possibile contrasto tra l'applicazione analogica dell'art. 577 LEC ed il limite dei 30.000 (oggi 150.000) Euro e quello della determinatezza del credito, richiesti per l'accesso al rito monitorio. Infatti l'art. 577, co. 2, LEC, prevede che "(...) la quantità di moneta straniera si calcolerà secondo il cambio ufficiale nel giorno di autorizzazione dell'esecuzione. Nel caso si tratti di moneta straniera priva di quotazione ufficiale, il conteggio si farà applicando il cambio che, sulla base delle allegazioni e dei documenti prodotti dall'esecutante nella domanda, il

³⁰³ Un'obbligazione il cui contenuto sia la consegna di cento monete da 1 euro è chiaramente diversa da una avente ad oggetto il pagamento di cento euro. Si tratta di una definizione consolidata, ripresa da vari autori. V., p.e., **López Sánchez**, *El proceso*, cit. p. 65 e **T. Armenta Deu**, *Lecciones de derecho procesal civil*, Madrid, 2002, p. 567. Tuttavia vi è stato anche chi ha proposto un diverso schema ricostruttivo. Cfr. **De la Llana Vicente**, *El proceso*, cit., p. 1645, che, analizzando il requisito del debito monetario, sostiene che si può partire da una concezione stretta dello stesso: si tratterebbe in tal caso di un debito di una somma di denaro espressa in Euro; oppure si può accogliere un concetto più ampio, che includa debiti che, pur non riguardando inizialmente il pagamento di una somma di denaro, siano suscettibili di conversione in moneta (perciò potrebbero farsi valere in via monitoria debiti di cose o specie una volta trasformate nel loro equivalente monetario) ed anche i debiti pattuiti in moneta straniera, dato che il precetto non fa alcun riferimento alla moneta nazionale.

³⁰⁴ Così, p.e., **López Sánchez**, *El proceso*, cit., p. 166. L'autore sostiene che "Una determinazione essenziale quanto alla specie monetaria nella quale debba realizzarsi il pagamento priva il debito del suo carattere di debito monetario, lo converte in debito di dare cosa generica ed impedisce che la pretesa della sua effettività possa azionarsi attraverso un processo monitorio. In cambio, se tale determinazione non ha carattere essenziale, il debito non perde il suo carattere monetario.

³⁰⁵ Ma *contra v.*, p.e., **Bonet Navarro**, *Derecho procesal*, cit., pp. 980-981, secondo il quale il monitorio, così come, in precedenza, il *juicio ejecutivo*, sono pensati per l'adempimento di obbligazioni pecuniarie liquide, per cui i requisiti rimangono gli stessi: l'obbligazione dev'essere "espressa in euro o in moneta straniera convertibile ed ammessa a quotazione ufficiale".

tribunale ritenga adeguato, senza pregiudicare l'ulteriore liquidazione della condanna (...)"

Poiché il giudice deve valutare se il credito azionato possiede tutti i requisiti che permettano di valersi delle forme monitorie, è chiaro che la conversione non potrà esser fatta al momento del *despacho de la ejecución* ma nel momento del deposito della *petición*. In caso di monete quotate ufficialmente basterà una semplice operazione aritmetica per vedere se sia superato il limite dei 30.000 Euro. Il discorso si fa più complesso per le monete prive di quotazione ufficiale, nel qual caso, mentre per alcuni autori è comunque possibile valersi dell'istituto monitorio, dimostrando il tasso di cambio appropriato attraverso allegazioni e documenti³⁰⁶, per altri viene meno il requisito della determinatezza, normalmente inteso come liquidità o possibilità di liquidazione mediante una semplice operazione aritmetica³⁰⁷.

3.2. Scadenza ed esigibilità del credito

Vi è una stretta connessione tra scadenza ed esigibilità di un credito³⁰⁸: a tenore dell'art. 1113 del *Código Civil*, il credito è esigibile quando è scaduto il termine previsto per il suo adempimento o si è verificata la condizione sospensiva alla quale è sottoposto ovvero in pendenza di una condizione risolutiva non verificatasi. Sembra corretto affermare, dunque, che la scadenza è una condizione per l'esigibilità del credito³⁰⁹ ma non l'unica. Giustamente si è notato che un credito, per essere esigibile, oltre che

³⁰⁶ Così, p.e., **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1445.

³⁰⁷ Sulla questione si tornerà più avanti trattando della determinatezza della somma dovuta. Cfr. par. 3.3.

³⁰⁸ Tanto che, alcuni autori, ne hanno affermato la coincidenza agli effetti della pronuncia dell'ingiunzione, sottolineando come, altrimenti, per attribuire al requisito di "esigibilità" un proprio significato, si dovrebbe ritenerla riferita al fatto che il creditore abbia adempiuto la propria prestazione verso il debitore e sia pertanto legittimato a pretendere l'adempimento della controprestazione. Ma, così facendo, si obbligherebbe il giudice a complesse valutazioni sul corretto adempimento, raramente desumibili dai documenti indicati nell'art. 812 LEC, frustrando totalmente la funzionalità dell'istituto. **Garberi Llobregat**, *El cobro*, cit., pp. 1449-1450.

³⁰⁹ In realtà, accedendo all'esposizione di **López Sánchez**, *El proceso*, cit., pagg. 94-95, "la nozione di scadenza di un'obbligazione è compresa nell'esigibilità nel senso che è una delle sue condizioni". Un tesi affine è avanzata da **Illescas Rus**: "una pretesa è esigibile quando può essere efficacemente reclamato il suo adempimento da parte dell'*accipiens*, in quanto concorrono i presupposti ai quali legalmente o convenzionalmente appaia subordinata l'obbligazione, tra i quali naturalmente occupa un posto importante il requisito della scadenza". Cfr. **A. V. Illescas Rus**, *Notas sobre los procesos monitorio y cambiario en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 1998, 2, D-113, p. 1348. Per altri, come **Armenta Deu**, *Leciones*, cit., p. 568: "Esigibilità e scadenza si presentano con carattere successivo. Per reclamare un debito questo dev'essere scaduto". Secondo **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., p. 1355, "la scadenza rimane inglobata nell'esigibilità. Questa non si ha se il debito è sottoposto a condizione o termine che non si sono verificati o dipende da una controprestazione che non è stata realizzata".

soddisfare le condizioni di cui sopra (scadenza del termine o avveramento della condizione), non deve essersi estinto in uno dei modi indicati dall'art. 1156 C.C. (pagamento, adempimento, remissione, perdita della cosa, confusione, compensazione e novazione)³¹⁰.

L'impossibilità di azionare in via monitoria un credito non ancora scaduto si collega alla stretta connessione dell'istituto con l'esecuzione: pensato per far valere l'azione di condanna in forma più rapida del giudizio ordinario ed arrivare così, più rapidamente, ad ottenere il titolo esecutivo necessario per avviare l'esecuzione sul patrimonio del debitore, non avrebbe senso utilizzare il rito monitorio per ottenere un provvedimento equivalente ad una condanna in futuro, la cui effettività è rinviata ad un momento successivo alla sua conclusione³¹¹.

La sussistenza di questi requisiti risulterà, di solito, dai documenti allegati alla *petición*, altrimenti, pare che il creditore debba darne adeguatamente conto nella propria richiesta³¹². In ogni caso la pendenza di un termine o di una condizione o, eventualmente, il mancato adempimento di una controprestazione, dovrà essere verificata dal giudice in sede di valutazione dell'ammissibilità della *petición*: se un simile elemento emerge dagli atti, questi non potrà che rigettare la richiesta, altrimenti (concorrendo anche gli altri presupposti richiesti dalla legge) le darà corso³¹³.

Il requisito della scadenza dell'obbligazione (e della sua documentazione) è stato al centro di molte pronunce, soprattutto in relazione ai contratti di mutuo ed al concetto di "scadenza anticipata"³¹⁴. La

³¹⁰ Cfr. **J. Picó Y Junoy – F. Adan Domenech**, *Los procesos monitorio y cambiario: estudio comparativo jurisprudencial*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, II, p. 157 ss.

³¹¹ Così si era espresso già **Calamandrei**, segnalando l'inadeguatezza del procedimento monitorio per far valere preventivamente un credito non ancora scaduto. Cfr. *Il procedimento*, cit., p. 59. Per **López Sánchez**, *El proceso*, cit., p. 88, la mancanza di senso di un simile impiego dell'istituto è ancor più accentuata in Spagna, dove il giudice deve direttamente autorizzare l'esecuzione una volta verificata la mancanza di opposizione del debitore di fronte all'ingiunzione.

³¹² Cfr. **J. Bonet Navarro**, in *Derecho Procesal Civil*, **M. Ortelles Ramos** (coord.), 5ª ed. Elcano (Navarra), 2004, p. 967: "In generale il compimento di questo requisito sarà evidenziato o si desumerà dai documenti allegati alla *petición* di avvio del processo, in caso contrario, il creditore dovrà darne ragionevolmente conto".

³¹³ Così **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., p. 1355. In sostanza, anche per evitare di porre a carico del ricorrente un *probatio diabolica*, non sembra si debba chiedergli di provare puntualmente l'esigibilità del credito ma che dai documenti allegati alla *petición* non si deduca il contrario.

³¹⁴ È possibile che la scadenza anticipata sia stata pattuita dalle parti: una sorta di "clausola risolutiva espressa" nel caso di mancato pagamento di una rata. Vi sono altri tre casi nei quali si ha la perdita da parte del debitore del beneficio del termine per adempiere e quindi l'immediata scadenza dell'obbligazione. A mente dell'art. 1129 del *Código Civil*, il debitore perde il beneficio quando: a) dopo aver contratto l'obbligazione, risulti insolvente, salvo che offra idonea garanzia; b) non offra al creditore le garanzie che si fosse impegnato a fornire; c) per fatto proprio abbia diminuito le garanzie fornite ovvero le stesse siano

giurisprudenza è incline ad ammettere l'impiego del rito monitorio per il pagamento delle rate di un mutuo anche in ipotesi di scadenza anticipata dell'obbligazione³¹⁵. Simili clausole sono considerate perfettamente lecite ed ammissibili ed il fatto che la decisione del giudice su una eventuale controversia abbia carattere dichiarativo e non costitutivo dei loro effetti, rende possibile farle valere all'interno del rito monitorio³¹⁶. Tuttavia, la necessità che la scadenza risulti dai documenti allegati alla *petición* impone una forte limitazione probatoria dovendo infatti emergere dai "principi di prova" documentale offerti al giudice l'esclusione di elementi che determinino l'inesigibilità del credito³¹⁷.

Altro profilo relativo all'esigibilità della prestazione, sul quale il giudice può compiere una valutazione "allo stato degli atti", è riferito alla titolarità del diritto, al soggetto che può "esigere l'adempimento". In queste fattispecie assume rilievo la cessione del credito che, anche secondo la giurisprudenza, non impedisce di potersi valere del rito monitorio, purché adeguatamente documentata in sede di presentazione della *petición*³¹⁸.

venute meno per caso fortuito, a meno che non vengano immediatamente sostituite da altre ugualmente sicure.

³¹⁵ V. AAP *La Rioja*, 27.5.2004, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2004, 185517; AAP *Asturie*, 18.3.2003 in *Ibid.*, 2003, 181442; o AAP *Malaga*, 18.6.2004, *Ibid.*, 2004, 11488.

³¹⁶ Nel quale, come più volte si è sottolineato, si può solo esercitare l'azione di condanna e non la tutela costitutiva. Cfr. **García Sánchez**, *El proceso monitorio*, cit., p. 7 e la giurisprudenza ivi richiamata.

³¹⁷ Cfr. **López Sánchez**, *El proceso*, cit., p. 96, per il quale "si impone al creditore un onere processuale, in forza del quale dovrà accompagnare al principio di prova dal quale risulti l'esistenza del debito, quelle altre [prove o meglio principi di prova] che dimostrino la rimozione dei fatti determinanti l'inesigibilità". In questi casi dunque l'azionabilità del credito in via monitoria si vede limitata non per motivi sostanziali ma per mere ragioni processuali, nella specie per l'impossibilità di fornire una prova adeguata. La circostanza potrebbe porre un problema di costituzionalità alla luce del diritto di difesa e del principio della parità delle parti, per cui una stessa situazione può vedersi sottoposta a regimi differenti solo in ragione di un'impossibilità pratica di documentazione. È vero anche, però, che il procedimento monitorio è un giudizio speciale per accedere al quale il legislatore, pur entro limiti di ragionevolezza, è libero di stabilire i requisiti di accesso e che, in fin dei conti, non si lede il diritto di difesa del creditore (tutt'al più si rischia di fargli perdere più tempo per ottenere tutela) che potrà comunque far valere la propria pretesa in un giudizio di cognizione (ordinario o verbale). D'accordo sulla liceità di far valere, in sede monitoria, i crediti derivanti da una scadenza contrattuale anticipata a condizione però che nel contratto vi sia una clausola espressa in tal senso e che si provi documentalmente che si è realizzata la situazione ivi prevista, è anche *Acuerdos de unificación de criterios del orden civil de la Audiencia provincial de Madrid*, cit., p. 9.

³¹⁸ Cfr. AAP *Caceres*, 19.5.2003, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2003, 246144; AAP *Cadice*, 30.7.2003, *Ibid.*, 2003, 1529; AAP *Cadice*, 28.7.2003, in *Actualidad Civil*, 2003, 1527. L'istituto della cessione del credito, peraltro, a tenore degli artt. 1516-1517, non sembra richiedere alcuna accettazione da parte del debitore ceduto ma solo la certezza della data della cessione ai sensi degli artt. 1218 e 1227 del Código Civil (che si

3.3. La determinatezza dell'importo azionato ed il problema degli interessi.

Si tratta di un requisito che ha dato origine ad un vivace dibattito sia per quanto riguarda la sua esatta definizione, sia (come conseguenza) in relazione all'azionabilità degli interessi assieme all'importo capitale del credito non pagato.

Si sono sostanzialmente scontrati due ordini di posizioni dottrinali, che hanno avuto un certo seguito anche nella giurisprudenza, riguardo cosa debba intendersi per "importo determinato" (secondo la dizione dell'art. 812 LEC): quelli che identificano determinatezza con liquidità e quelli che ritengono la liquidità una categoria più ampia, per cui, al suo interno, ricadono sia determinatezza che determinabilità.

La prima tesi è sostenuta dai numerosi autori che, stante anche la contiguità tra l'istituto monitorio e l'esecuzione forzata, propendono per interpretare il requisito richiesto dall'art. 812 LEC alla luce del disposto dell'art. 572 LEC (in tema di esecuzione, appunto), il quale identifica la somma determinata con quella liquida, definendo tale qualunque somma "determinata espressa con lettere, cifre o segni comprensibili", prevalendo, in caso di non conformità tra distinte espressioni di quantità, quella che risulti in lettere³¹⁹.

Si tratta di una ricostruzione che fa riferimento all'interpretazione ampia del concetto di liquidità, consolidata nella giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, secondo il quale è liquida non solo la somma determinata ma anche quella facilmente determinabile mediante una semplice operazione aritmetica, senza necessità di verificare altri dati o elementi di prova³²⁰.

ottiene inserendo la cessione in un atto pubblico, o per morte di uno dei firmatari, ovvero tramite consegna ad un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni).

³¹⁹ P.e., **García Sánchez**, *El proceso monitorio*, cit., p. 6. Sulla necessità di interpretare il requisito della determinatezza secondo il disposto dell'art. 572 LEC concordano anche **Armenta Deu**, *Leciones*, cit., p. 568 e **De la Llana Vicente**, *El proceso*, cit., p. 1652. La norma è peraltro la stessa presente nel nostro Codice Civile riguardo ai titoli di credito. In giurisprudenza, questa posizione è stata sostenuta, p.e., nell'*AAP Valladolid, Sez. 1a, del 26.03.2001*, in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 1039, secondo la quale "la legge richiede che la somma che si pretende sia determinata (...) ma (...) questa previsione è parallela a quella stabilita nell'art. 520 della stessa norma che, quando si tratta dei titoli esecutivi ai quali si riferiscono i numeri 4, 5, 6, 7 permette di autorizzare l'esecuzione solo 'per una somma determinata' che deve interpretarsi come sinonimo di liquida". Anche altri autori sostenuto l'opportunità di rifarsi a quanto affermato negli articoli relativi all'esecuzione per interpretare le definizioni e colmare le lacune delle norme sul processo monitorio, data la stretta connessione che esiste tra questo istituto e l'esecuzione forzata. Cfr. **López Sánchez**, *El proceso*, cit., p. 77.

³²⁰ V. **Correa Delcaso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 66 e la giurisprudenza ivi richiamata.

I fautori di questa tesi, ammettono dunque l'azionabilità in via monitoria di somme che, seppur non determinate, risultino facilmente determinabili attraverso semplici operazioni aritmetiche³²¹. In questo senso è stata ritenuta ammissibile la richiesta di ingiunzione per crediti contratti in moneta straniera ovviamente a condizione che questa avesse una quotazione ufficiale per cui con un'operazione aritmetica se ne potesse determinare l'equivalente in Euro³²² nonché, ovviamente, la richiesta di pagamento degli interessi moratori.

Altri autori, ed alcune pronunce di merito, sono propense ad ammettere la richiesta di ingiunzione per importi determinabili, quali interessi moratori (al tasso contrattuale documentato o legale), interessi anatocistici o importi stabiliti da una clausola penale a condizione però che la liquidazione venga fatta – fissando dunque chiaramente l'importo richiesto – al momento del deposito della *petición*³²³, escludendo invece che si possa richiedere un'ingiunzione per “un certo ammontare di interessi che possano maturare a partire dalla richiesta monitoria”³²⁴.

³²¹ Così, **Picó I Junoy – Adan Domenech**, *Los procesos*, cit., p. 165. La previsione si ricollega a quanto previsto dall'art. 522 LEC che, per i titoli stragiudiziali ex art. 520 nn. 4, 5, 6, 7, permette di autorizzare l'esecuzione solo per una somma determinata. Cfr. **Armenta Deu**, *Leciones*, cit., p. 568. Così anche la giurisprudenza. Si veda la *sentenza n. 68 della Audiencia di Barcellona, Sez. 14a, del 17.10.2001* in *Revista jurídica de Catalunya, Jurisprudencia*, 2002, vol. I – *Jurisprudencia Civil*, p. 154: in tema di contratto di prestito ritiene, citando la “dottrina reiterata dei Tribunali avallata dal Tribunal Constitucional nella sentenza 14/92”, che la liquidità risulta da semplici operazioni aritmetiche. Lo stesso si segnala nella *sentenza n. 72 della Audiencia di Barcellona, Sez. 17a, del 23.11.2001* in *Revista Jurídica de Catalunya, Jurisprudencia*, 2002, vol. II – *Jurisprudencia Civil*, p. 176, all'affermarsi che la LEC del 2000, riferendosi ad una somma determinata, non esclude il debito determinabile mediante operazioni aritmetiche, dato che “l'essenziale in questo processo è che il debitore abbia perfetta conoscenza della somma richiesta e possa realizzare un'opposizione in condizioni di piena costanza del debito”. L'idea è confermata anche da pronunce più recenti, v. ad es. *AAP Madrid, 13.1.2004, f.j. 4°* in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2004, 251760; *AAP Valladolid, 28.1.2002, f.j. 2°* in *Repertorio El Derecho Jurisprudencial*, 2002, 15906.

³²² Sul tema si sono già svolte alcune osservazioni *supra* a proposito della monetarietà del debito. Sulla soluzione ora prospettata concordano più autori, si veda per tutti **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., pag. 1355.

³²³ Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 67-70, per il quale, l'essenziale sarà che risulti documentalmente provato l'eventuale tasso di interesse pattuito o l'importo dovuto sulla base della clausola penale e che il ricorrente specifichi chiaramente la propria richiesta, indicando l'importo richiesto voce per voce e gli elementi impiegati per il calcolo. In giurisprudenza, si è espressa nel senso della richiedibilità degli interessi pattuiti, ma solo di quelli scaduti e calcolati alla data della *petición*, la Corte d'appello di Madrid, *Acuerdos de unificación de criterios del orden civil de la Audiencia provincial de Madrid*, cit., p. 9.

³²⁴ V. i riferimenti giurisprudenziali in **Picó I Junoy**, *La interpretación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 2002, D-162, p. 1891.

Tuttavia, è stato autorevolmente segnalato come “ogni somma determinata è liquida, ma non ogni somma liquida è determinata”³²⁵ e che la struttura del monitorio spagnolo impone di escludere la richiesta di crediti determinabili in un momento successivo al deposito della *petición*. Si deve infatti ricordare che il debitore, per evitare l’esecuzione, deve pagare e renderne conto alla corte, ottenendo in tal modo una certificazione che conclude il procedimento (la legge parla di “archiviazione degli atti” [*archivo de las actuaciones*]). In difetto il giudice sembra obbligato a autorizzare d’ufficio l’esecuzione che, trattandosi in questo caso di un titolo giudiziale, a tenore dell’art. 580 LEC, non deve essere preceduta da una preventiva richiesta di pagamento (*requerimiento de pago*) in virtù della quale viene concesso un termine al debitore per adempiere spontaneamente³²⁶. Il debitore che non avesse dimostrato il pagamento presso la corte, rischierebbe quindi di veder pignorare i propri beni e di dover presentare una opposizione all’esecuzione adducendo in questa sede il fatto estintivo dell’avvenuto pagamento.

In virtù di una simile regolamentazione dell’istituto, si pone il problema di chi debba calcolare la giusta somma da pagare. Se lo facesse il debitore, questi potrebbe pagare l’importo ritenuto congruo imponendo al giudice un nuovo vaglio sui conteggi prima di rilasciare la certificazione di avvenuto pagamento, il che non è previsto in alcuna norma. In difetto sarebbe il creditore che ritenesse di aver avuto meno del dovuto ad essere pregiudicato: il debitore avrebbe infatti un documento che ne attesta il pagamento e avrebbe ottenuto “l’archiviazione degli atti”. Se fosse invece il giudice a calcolare la somma determinabile ma non determinata (p.e. gli interessi) ingiungendone il pagamento, si avrebbe una lesione del principio dispositivo: in caso di un suo errore, infatti, il creditore dovrebbe subire le conseguenze pregiudizievoli di un’attività non svolta da lui.

Dunque, coordinando la disciplina del monitorio con quella del processo esecutivo che, in difetto di adempimento spontaneo dell’ingiunto, ne costituisce la normale prosecuzione, la soluzione preferibile sembra essere che il creditore calcoli gli interessi scaduti fino alla data della domanda (ovvero al deposito della *petición*) escludendo quelli successivi che, in effetti, non sono ancora “scaduti” (e dunque peccano di un requisito di accesso all’istituto monitorio). In tal caso, se l’ingiunto paga, il creditore perderà gli interessi relativi al periodo intercorrente tra il deposito della domanda ed il pagamento. Ci pare di poter considerare questo fatto come una sorta di piccolo sacrificio imposto dal legislatore per potersi avvalere di

³²⁵ V. **F. J. Carranza Cantera**, *Proceso monitorio y reclamación de intereses*, in *La Ley*, 2004, D-68, p. 1631 ss.

³²⁶ Si tratta di un atto la cui funzione può essere accostata a quella del nostro Atto di Precetto, sia pur con sostanziali differenze. Mediante il *requerimiento de pago* si richiede infatti al debitore di pagare immediatamente e, in difetto del pagamento, si procede al sequestro dei beni. Cfr. artt. 580 ss. LEC.

questo rito ben più rapido ed economico del processo civile ordinario. Viceversa, se l'ingiunto non paga né si oppone, in virtù della disciplina dell'esecuzione forzata per obbligazioni pecuniarie (artt. 575 ss.), sarà possibile ottenere (in sede di esecuzione, appunto) anche gli ulteriori interessi che maturino dal deposito della *petición* al soddisfacimento effettivo del creditore (con il limite che il loro importo non superi il 30% della somma capitale – art. 575, co. 1 LEC). Infine, se l'ingiunto si oppone, aprendo un giudizio ordinario sulla pretesa azionata, sarà possibile richiedere il pagamento degli interessi in conformità con la normativa generale³²⁷.

In base all'art. 572, infatti, non è necessario che sia liquida la somma pretesa dall'esecutante a titolo di interessi che possano maturare durante l'esecuzione e a titolo di spese a cui questa dia luogo. Poiché l'*auto despachando ejecución* dovrebbe essere emanato d'ufficio e, in caso di opposizione da trattarsi nel forme del *juicio verbal*, le parti sono direttamente citate per l'udienza, tali attività si reggono essenzialmente sulla *petición* (salvo integrazione degli elementi necessari alla prosecuzione del procedimento). Nulla vieta, pertanto, che in essa il creditore solleciti il pagamento degli interessi che il credito azionato matura a partire dal deposito della *petición*, durante l'eventuale esecuzione o giudizio di opposizione³²⁸.

Inoltre, il disposto dell'art. 816 LEC conferma che, dal momento in cui viene autorizzata l'esecuzione, si devono applicare gli interessi di mora processuali stabiliti dall'art. 576 che andranno a sostituire gli interessi moratori contrattuali o legali³²⁹. Ci si è però chiesti se sia necessaria un'esplicita domanda in tal senso da parte del ricorrente

Vigente la precedente LEC, il Tribunal Supremo aveva affermato la loro applicabilità *ope legis* e, pertanto, che non fosse necessaria una

³²⁷ Una soluzione del genere è confortata anche da attenta dottrina. Cfr. **Carranza Cantera**, *Proceso monitorio*, cit., pp. 1632-1634.

³²⁸ Interessi moratori che saranno calcolati al tasso eventualmente pattuito con il debitore o, in assenza, stabilito dalla legge. Cfr. **López Sánchez**, *El proceso*, cit., p. 85.

³²⁹ La giurisprudenza del *Tribunal Supremo* si è pronunciata sull'argomento sostenendo la stessa tesi ma in relazione alle sentenze di condanna. In questo caso, il momento in cui avveniva la sostituzione era identificato con l'emanazione della sentenza. *Sentenza TS del 23.01.1999 in Actualidad Civil*, n. 517/1999. Guardando al contenuto dell'art. 816 LEC, **López Sánchez** afferma che il momento della sostituzione in sede di giudizio monitorio coincide con l'atto che autorizza l'esecuzione. Cfr. *Id.*, *El proceso monitorio*, cit., p. 86. Più di recente, si sono pronunciati nello stesso senso **Picó I Junoy – Adán Domenech**, *La Tutela Judicial del Crédito. Estudio práctico de los proceso monitorio y cambiario*, Barcellona, 2005, p. 39, i quali ricordano che “solo dall'autorizzazione dell'esecuzione si può incrementare la somma iniziale con un'altra fissata discrezionalmente, che non può superare il 30%, conformemente al disposto dell'art. 576.1 LEC ma, al contrario, detta previsione non risulta utilizzabile nel momento di ammissione del processo monitorio”.

domanda specifica³³⁰. Tuttavia, con l'entrata in vigore della riforma del codice di rito del 2000, riforma pervasa dal principio dispositivo, attraverso un'attenta lettura della LEC, si è sostenuto che, pur essendo vero che questi interessi si applicano *ope legis*, il giudice sarà tenuto a soddisfarli solo qualora l'attore si sia preoccupato di richiederne il pagamento nella domanda esecutiva³³¹. È ovvio, pertanto, che, per non violare il principio dispositivo, il giudice potrà ingiungere il pagamento degli interessi solo se esplicitamente richiesto nella *petición* mentre la sostituzione con gli interessi moratori processuali ex art. 576 LEC avverrà nel momento di emanazione dell'atto con il quale il giudice autorizza l'esecuzione (*despacho de la ejecución* che, sostanzialmente, si regge sulla *petición*)³³².

La possibilità o meno di chiedere interessi in sede monitoria è stata oggetto di analisi anche sotto altro profilo: in varie e discordanti pronunce ci si chiesti se il giudice adito in via monitoria possa o meno valutare il carattere eccessivo delle somme richieste in virtù di una clausola penale ovvero il carattere abusivo delle clausole impositive degli interessi richiesti nella *petición* ad un consumatore.

Alcune corti si sono espresse in senso favorevole, dato che le clausole penali³³³ possono essere ridotte d'ufficio dal giudice (ex art. 1154 C.C.³³⁴) e che l'art. 19 della *Ley de Crédito al Consumo*, impone un limite alla misura dell'interesse che può essere richiesto ad un consumatore, pertanto il giudice deve ridurne l'importo entro i limiti di legge³³⁵. Sulla base dell'esistenza di questi poteri officiosi, tali pronunce sostengono che il giudice, al momento di valutare l'ammissibilità della *petición*, possa rigettarla a seguito della dichiarazione di nullità della clausola che verrebbe a privare la pretesa azionata dei necessari caratteri di esigibilità e determinatezza³³⁶. A sostegno di questa tesi, si sostiene anche come non si

³³⁰ Cfr. *STS*, 31.12.1998, in *Actualidad Civil*, n. 401/1999, nonché, **M. T. Padura Ballesteros**, *Los intereses procesales por demora*, Madrid 1999, p. 94.

³³¹ L'art. 575 dispone infatti che si autorizzi l'esecuzione per la somma richiesta nella domanda esecutiva, in relazione al debito principale ed agli interessi ordinari e moratori scaduti, aumentata di quella che si prevede necessaria per far fronte agli interessi che, se del caso, possano maturare durante l'esecuzione ed alle spese di questa procedura.

³³² Cfr. *AAP Tarragona*, 10.12.2002, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2003, 66906. Conforme, **López Sánchez**, *El proceso monitorio*, cit., p. 88. Tuttavia non mancano pronunce in base alle quali il ricorrente, scaduto il termine per l'opposizione, deve presentare la *demanda ejecutiva* per ottenere l'*auto despachando ejecución*. Sul punto si tornerà in sede di esame degli esiti dell'ingiunzione, *sub par.* 8.3.1.

³³³ Che, a tenore dell'art. 1152 del *Código Civil*, salvo diversa pattuizione, sostituiscono il risarcimento e gli interessi dovuti a causa dell'inadempimento.

³³⁴ In caso di inesatto o parziale adempimento.

³³⁵ Cfr. **J. Casado Román**, *Los intereses de demora en el procedimiento monitorio*, in *www.laleydigital.es*, 40141/2008, p. 6.

³³⁶ Cfr. *AAP Barcellona*, 30.5.2002, in *Actualidad Civil*, 2002, p. 1245 relativamente ad un contratto di mutuo con interessi eccessivi (al tasso del 29% annuo) o *AAP Barcellona*, 6.6.2003, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003, IV, p. 1135, sempre per interessi abusivi

possa ritenere esigibile una somma che appaia violare norme di ordine pubblico e principi di tutela della parte debole imposti dall'ordinamento e come, in ogni caso, il sacrificio imposto al creditore sia limitato, dato che questi potrà sempre valersi del rito ordinario per chiedere il pagamento degli interessi o della penale contrattualmente pattuiti³³⁷.

Altri, tuttavia, tenuto conto anche dell'ampia possibilità di opposizione attribuita all'ingiunto, hanno decisamente negato questa possibilità affermando che il giudice del monitorio non può compiere d'ufficio valutazioni di questo tipo, dato che non ci si trova nel contraddittorio di un giudizio di cognizione ma in un procedimento nel quale è sufficiente fornire un principio di prova del diritto azionato. Sarà il debitore a dover denunciare la vessatorietà o la nullità di tali clausole proponendo opposizione³³⁸.

Il requisito della determinatezza impedisce anche di poter formulare, in sede di *petición*, richieste complesse, ossia, ad esempio, chiedere la restituzione del prezzo pagato in virtù dell'inadempimento o scorretto adempimento del contratto da parte del soggetto contro il quale si chiede l'ingiunzione³³⁹.

3.4. Il limite di valore, anche in relazione alla cumulabilità di più domande in una sola *petición* ed il possibile *fraude de ley*.

La scelta di introdurre la limitazione dell'istituto a crediti pecuniari inferiori a 30.000 Euro (oggi 150.000), è stata largamente criticata, seppur si sia affermata la sua ragionevolezza in ragione della novità dell'istituto nell'ordinamento processuale spagnolo nonché per il tipo di pretese che il legislatore intendeva tutelare attraverso di esso. Se è vero che tutta la LEC

(al tasso del 30% annuo); nonché **Casado Román**, *Los intereses*, cit., pp. 9-11 e la giurisprudenza ivi richiamata.

³³⁷ **Casado Román**, *Los intereses*, cit., pp. 11-12.

³³⁸ V. **Casado Román**, *Los intereses*, cit., pp. 7-8 e la giurisprudenza ivi richiamata. In questo senso molto chiaro l'*AAP Vizcaya*, 18.4.2002, in *Repertorio El Derecho Jurisprudencial*, 2002, 33722, secondo il quale "non siamo in una fase dichiarativa con contraddittorio bensì nella fase iniziale di un processo nel quale basta la buona apparenza giuridica del credito e nel quale, se si è pattuito un accordo contrattuale relativo agli interessi, non vi è possibilità, senza alcun contraddittorio, che esso sia considerato nullo"; infatti "è premessa essenziale per ritenere che tali interessi non siano esigibili la dichiarazione di nullità del patto che li stabilisce, d'ufficio o a istanza di parte, ma sempre all'intero di un giudizio dichiarativo con contraddittorio". Nello stesso senso, *AAP Barcellona*, 24.5.2004, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004, IV, pp. 1142-1143 e *AAP Huelva*, 29.3.2004, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2004, 101883.

³³⁹ Cfr. *AAP Lleida*, 3 dicembre 2001, in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 1030. Tale credito non è infatti liquido e determinato dato che la liquidazione avverrà a seguito della pronuncia del giudice sul mancato o scorretto adempimento dell'obbligazione della controparte.

del 2000 è pervasa da una volontà di rafforzare la tutela del credito³⁴⁰, in Spagna, lo strumento monitorio è stato pensato soprattutto per la tutela del piccolo e medio credito pecuniario³⁴¹. Per simili crediti la durata dei processi unita alle spese cui si andava incontro per ottenere, spesso, una riscossione solo parziale, faceva sì che un'ampia categoria di soggetti rinunciassero a far valere le proprie pretese o accettasse transazioni sfavorevoli, venendosi a creare una grave situazione di incertezza nei traffici commerciali assai dannosa per l'economia soprattutto delle piccole imprese³⁴².

Si era infatti notato – ed è la stessa Esposizione dei motivi della LEC a sottolinearlo – che, statisticamente, proprio i crediti inferiori ai trentamila Euro, erano raramente oggetto di attenta documentazione tra le parti che quasi mai si preoccupavano di raccogliervi in un titolo esecutivo da utilizzare in caso di inadempimento. Obbligazioni di valore più elevato, invece, sono solitamente registrate in una serie di documenti scritti, quali l'atto pubblico o la ricevuta di un contratto commerciale sottoscritto dalle parti rilasciata da un broker registrato³⁴³ che, ai sensi dell'art. 517 LEC, costituiscono di per sé titolo esecutivo.

³⁴⁰ La questione è già stata trattata nel Cap. I. Si riporta, comunque, l'efficace sintesi sul intento del legislatore e sulle misure adottate, di **Díez-Picazo Giménez**, *La Ley 1/2000*, cit., pp. 16-17, per il quale una delle idee ispiratrici più importanti della nuova LEC è il rafforzamento della tutela del credito, ambito in cui risaltano la regolazione della provvisoria esecuzione delle sentenze (per cui “si ha un'inversione rispetto al regime precedente: non è più l'esecutante che deve ottenere l'esecuzione provvisoria ma l'esecutato che deve evitarla”), quella della ricerca dei beni del debitore e delle modalità procedurali dell'esecuzione forzata nell'ambito del processo esecutivo nonché l'introduzione del procedimento monitorio.

³⁴¹ Lo si evince chiaramente dalla stessa Esposizione dei Motivi della LEC che afferma la volontà di offrire una tutela rapida ed efficace del credito monetario liquido, soprattutto di alcune categorie di soggetti giuridici quali professionisti e piccoli e medi imprenditori che, più di altre, sono soggette ai rischi dell'insolvenza e a gravi difficoltà e dissesti economici qualora non riescano rapidamente ad ottenere quanto sia loro dovuto. Si noti l'assonanza con le motivazioni addotte dagli organi europei per l'adozione delle misure in tema di tutela del credito, sulle quali si tornerà nell'ultimo capitolo del presente lavoro.

³⁴² È l'idea chiaramente esposta da **De La Oliva Santos** in un commento al progetto di LEC di due anni prima. Cfr. **Id.**, *El Proyecto*, cit., p. 1644: “La riscossione di piccoli crediti commerciali pone un problema la cui importanza non potrà essere ignorata dai poteri pubblici. Le spese che i creditori debbono sostenere per lo svolgimento di un processo ordinario sono, in larga misura, del tutto sproporzionate rispetto all'importo del credito richiesto. Davanti a questa situazione il creditore preferisce, data l'incertezza che esiste sul se la pretesa sarà o meno accolta dai tribunali, rinunciare alla riscossione del credito o accettare una transazione spesso sfavorevole”. Nello stesso senso **F. De La Vega García**, *Aspectos mercantiles de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 2000, D-172, p. 1955: “L'introduzione del processo monitorio (...) è una delle novità più rilevanti in relazione alla tutela del credito, chiamata ad aver rilievo (...) nell'ambito del diritto commerciale, soprattutto in relazione ai piccoli crediti, dato che rende possibile la rapida creazione di un titolo esecutivo”.

³⁴³ Cfr. **Armenta Deu**, *Leciones*, cit., p. 568.

L'altra ragione dell'inserimento del limite di 30.000 Euro, ha invece carattere "prudenziale": al momento di introdurre un istituto considerato radicalmente nuovo per l'ordinamento spagnolo³⁴⁴, si è ritenuto ragionevole contenerlo entro limiti certi da estendersi eventualmente col suo successo nella prassi³⁴⁵.

Questa previsione è stata quasi subito criticata, tanto per i problemi applicativi generati quanto per questioni di compatibilità con il diritto comunitario³⁴⁶. Si deve infatti ricordare che l'attuazione della Direttiva 2000/35/CE, in tema di lotta contro la morosità nelle operazioni commerciali, imponeva agli Stati di individuare strumenti processuali per ottenere rapidamente "un titolo esecutivo indipendentemente dall'importo del debito"³⁴⁷.

Nell'applicazione dell'istituto sono invece soprattutto due le questioni controverse: se sia ammissibile un'azionabilità frazionata del credito per rientrare nel limite imposto e se, nell'eventuale giudizio di opposizione, sia possibile estendere la domanda all'importo totale.

Fino all'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, un dibattito sulla parcellizzazione della domanda si era sviluppato anche in Italia³⁴⁸. In Spagna però la questione è complicata dall'esistenza di un limite

³⁴⁴ Anche se, come si è visto, la Spagna in realtà sembra aver già conosciuto in passato il procedimento monitorio, sia in epoca risalente, ovvero prima della riforma operata dalla *Institución* dell'allora Ministro della Giustizia, il Marchese di Girona Castro Y Orozco, sia, più di recente, in materia di *Propiedad Horizontal*. Cfr. Cap. 1.

³⁴⁵ Il limite, nella misura rimasta in vigore fino al 2009, è apparso per la prima volta nell'art. 810 del Progetto di LEC del 1998, chiaramente allora era espresso in 5.000.000 di pesetas, l'equivalente appunto di 30.000 Euro e giustificato sia da ragioni di prudenza che dalla coincidenza con la cifra limite per l'accesso al giudizio orale. Tuttavia questa seconda giustificazione è venuta meno in sede di redazione della LEC, nella quale il valore limite per l'accesso al rito orale è stato abbassato a 150.000 pesetas (900 Euro). L'unica possibile giustificazione è rimasta quella prudenziale, forse legata alla volontà di evitare il diffondersi tra i giudici dell'uso di criteri troppo restrittivi nel vaglio della *petición*, come sarebbe stato legittimo aspettarsi riguardo a domande monitorie aventi ad oggetto crediti assai elevati, con grave danno soprattutto per le categorie di soggetti che maggiormente la LEC si preoccupava di tutelare (piccoli e medi imprenditori e professionisti). Cfr. **López Sánchez**, *El proceso*, cit., pp. 98-100.

³⁴⁶ Cfr. **J. P. Correa Delcasso**, *Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del proceso monitorio*, in *La Ley*, 2002, D-180, p. 1482.

³⁴⁷ **V. Picó I Junoy - Adán Domenech**, *La Tutela Judicial*, cit., p. 44.

³⁴⁸ Nella sentenza *Cass., SS. UU. 10.4.2000, n. 108*, la Corte aveva ammesso questa possibilità sulla base del disposto dell'art. 1181 c.c. che, consentendo al creditore di accettare un adempimento parziale dell'obbligazione, allo stesso modo lo legittima ad agire per un simile adempimento, con riserva di azione per il residuo. Viceversa, il nuovo indirizzo delle Sezioni Unite (sentenza 15 novembre 2007, n. 23726) ritiene che il frazionamento del credito nascente da un unico rapporto obbligatorio in più procedimenti costituisca un abuso del processo oltre ad un aggravio unilaterale della posizione del debitore ed una violazione del dovere di buona fede. V., *ex plurimis*, **F. Festi**, *Buona fede e frazionamento del credito in più azioni giudiziarie*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 996 ss.

imposto per legge che finirebbe per essere aggirato dal creditore che proponesse più domande frazionate. In tal caso, infatti, al debitore non rimarrebbe che il rimedio dell'opposizione³⁴⁹.

Parte della dottrina ha ammesso che il creditore possa momentaneamente rinunciare al proprio diritto di ottenere l'intero importo, ingiungendo il pagamento solo di una somma parziale, salvo riservarsi di presentare in seguito un'altra domanda monitoria per il residuo³⁵⁰.

Tuttavia, a nostro avviso correttamente, sembra prevalere l'opinione che ravvisa in questa pratica ciò che in Spagna viene definito una "frode processuale"³⁵¹, della quale sussistono tutti gli elementi: "l'art. 812 della LEC, che stabilisce il limite massimo della pretesa deducibile nel processo monitorio, costituirà la norma elusa e gli articoli 1151 del Codice Civile,

³⁴⁹ Che, ritengo, avrà però una sua utilità solamente in relazione alla condanna alla spese, stante il fatto che il giudizio di opposizione, in Spagna come in Italia, è rivolto a valutare la fondatezza della pretesa dell'attore e non la mera sussistenza dei presupposti per emettere l'ingiunzione.

³⁵⁰ Cfr. **J. Bosco Maciel Junior**, *O proceso monitorio na nova ley de enjuiciamiento civil espanhola*, in *CPC*, www.cpc.adv.br/doutrina ed ivi le indicazioni. Il testo esprime ancora il limite in pesetas, la questione circa la possibilità di suddividere il credito in più richieste monitorie per rimanere nel limite dei 30.000 Euro rimane invariata. L'Autore afferma che "neppure tutta la dottrina vede questo fenomeno con occhi negativi. Il creditore di una somma maggiore di 5 milioni di pesetas potrebbe rinunciare – momentaneamente – al suo diritto di ottenere l'integrità del proprio credito, ingiungendo una parte dell'intero importo. Tuttavia si riserverebbe, in seguito, per l'altra parte della somma, la presentazione di una seconda domanda monitoria". Nello stesso senso **F. Toribios Fuentes**, *El proceso monitorio*, *Revista Web Icalpa*, 2000, www.der.uva.es/procesal/monitorio.htm. Anch'egli esprime ancora il limite in pesetas e ritiene il caso "perfettamente ammissibile e conforme alla lettera della norma", chiarendo la sua tesi con un esempio: "il creditore dispone di un mandato per l'importo di 5.005.000 pesetas, somma che eccede da quella massima ammessa nel processo monitorio. Dati gli indubitabili vantaggi che gli offre il monitorio rispetto al giudizio ordinario, può formulare la sua richiesta conformando la sua pretesa alla somma di 5.000.000 di pesetas, rinunciando all'eccesso (5.000 pesetas) o riservandosi il diritto a pretenderlo da chi e come sia possibile? Ritengo che questa questione debba avere risposta favorevole, tanto per il proprio tenore dell'art. 6 del Codice Civile – rinuncia ai diritti – come, egualmente, per il precedente legislativo contenuto nell'art. 29.6 del Decreto del 21 di novembre del 1952 regolante il giudizio di cognizione, che permette la rinuncia all'eccesso per conformare la pretesa al limite quantitativo del giudizio di cognizione".

³⁵¹ La "frode processuale", a tenore dell'art. 250 C.P., è una delle modalità con le quali può essere compiuta una truffa aggravata. In ambito civile, essa è considerata dall'art. 501, n. 4 LEC come motivo di revisione della sentenza passata in giudicato, dunque una simile configurazione dell'ipotesi del superamento del limite dei 30.000 Euro potrebbe consentire al debitore di rimettere in discussione l'accertamento contenuto dell'ordine di pagamento dichiarato esecutivo per mancanza di opposizione. Per un'analisi dell'istituto v. **D. Vallespín Pérez**, *El fraude procesal a los efectos de la revisión. Especial consideración de la maquinación fraudulenta*, Barcellona, 2002. In giurisprudenza, sul tema della frode processuale e dell'abuso del diritto, v. *AAP Barcellona*, 8.10.2004, in *Revista Jurídica de Catalunya, Jurisprudencia*, 2005, I, p. 135 ss.

che permette la divisibilità delle obbligazioni, e la regola 1^a dell'art. 251 della LEC, le norme di copertura³⁵².

Secondo la giurisprudenza, "l'indebito svolgimento di un procedimento monitorio per un valore superiore a quello previsto dall'art. 812 LEC è nulla di pieno diritto e non può essere sanata dalla mancata comparizione del debitore, il che farà sì che questi possa opporre la nullità del titolo avverso l'esecuzione di esso"³⁵³. Pertanto qualora il giudice venga a conoscenza della richiesta di pagamento di una pretesa eccedente i 30.000 Euro attraverso più procedimenti monitori dovrà rigettare la seconda domanda e dichiarare improcedibile il primo procedimento.

Al fine di non vulnerare il principio dispositivo appare invece del tutto ragionevole dare corso alla richiesta monitoria laddove il creditore rinunci al residuo del credito o renda noto di aver già ricevuto in precedenza il pagamento di una parte³⁵⁴. Nulla vieta invece che, se il debitore non si oppone e viene autorizzata l'esecuzione, il debito maturi in questa sede gli interessi previsti che non si computano agli effetti del limite descritto³⁵⁵.

La possibilità di cumulare più domande all'interno di un unico procedimento monitorio³⁵⁶ viene in considerazione anche rispetto al limite di valore imposto dall'art. 812 LEC: tanto in caso di cumulo soggettivo che oggettivo di pretese si ritiene che non si possa superare il limite massimo dei trentamila Euro³⁵⁷.

³⁵² Cfr. **López Sánchez**, *El proceso*, cit., p. 104. Questi sono elementi determinanti di detta fattispecie di raggio delle norme giuridiche anche secondo quanto indicato dal *Tribunal Supremo* nella propria *sentenza del 23.01.1999*, in *Actualidad Civil*, n. 436/1999, che indica come la frode processuale sia una manifestazione della frode alla legge, essendo entrambe sussumibili nella previsione dell'art. 6.4 del Codice Civile per la quale, sotto un'apparenza di legalità, si viola il contenuto etico delle norme. Lo stesso autore ha sottolineato l'estrema difficoltà che il giudice abbia notizia della pluralità di richieste monitorie per lo stesso credito. Cfr. **Id.**, *Ibid.*, cit., pp. 101-102 ma anche **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., p. 1356, secondo il quale, nella pratica, non sarà difficile defraudare questo limite presentando vari processi monitori simultanei o successivi frazionando il debito complessivo in più parti. Sarà difficile per il tribunale scoprire questa pratica, anche in virtù del fatto che il creditore potrebbe emettere diversi documenti relativi allo stesso credito (p.e. suddividendolo in varie voci elencate in due o più fatture).

³⁵³ *Acuerdos de unificación de criterios del orden civil de la Audiencia Provincial de Madrid*, cit., p. 3.

³⁵⁴ Cfr. *AAP Cáceres*, 3.6.2004, in *Jurisprudencia Civil*, 2004, 192750; *AAP Girona*, 22.7.2002, in *Actualidad Civil*, 2002, p. 1157 o *AAP Barcellona*, 11.3.2002, in *Repertorio El Derecho Jurisprudencial*, 2002, 40624; *contra* l'*AAP Cáceres*, 3.12.2001, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2002, 55932, sul presupposto che, richiedendosi in via monitoria una somma minore di quella risultante dai documenti allegati, "non si avrebbe il principio di prova che documenti che la somma richiesta è quella dovuta".

³⁵⁵ Cfr. **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., p. 1356.

³⁵⁶ Che è stata oggetto di analisi nel par. 2.1. di questo Capitolo.

³⁵⁷ Come si è visto *supra* par. 2.1., la giurisprudenza (anche del *Tribunal Supremo*) è incline ad ammettere il cumulo oggettivo di azioni nel processo monitorio, sempre nel rispetto del limite dei 30.000 Euro. v. la giurisprudenza citata alla nota 214.

Il problema se, chiesto un importo inferiore a trentamila Euro in sede monitoria, e proposta opposizione da parte dell'ingiunto, sia possibile ampliare la domanda e richiedere la parte di credito in eccesso sembra sia stato risolto positivamente, stante l'autonomia del giudizio di opposizione rispetto alla fase senza contraddittorio e l'identità di *causa petendi* con la pretesa azionata in via monitoria³⁵⁸. Sul punto si tornerà in seguito, trattando dei possibili esiti dell'ingiunzione³⁵⁹.

3.5. La buena apariencia jurídica del credito: la “prova scritta” del diritto azionato, tra prudente apprezzamento del giudice e valutazione ex lege.

Questo requisito speciale di ammissibilità è certamente il più analizzato da dottrina e giurisprudenza. Non vi è un contributo relativo al procedimento monitorio che non se ne sia occupato, più o meno profondamente, e numerosi sono i dubbi che il tema ha suscitato nell'applicazione pratica. Per offrire un'analisi puntuale si prenderà spunto dalla ricostruzione già offerta, circa il modello “ibrido” di monitorio accolto dalla LEC e l'attività svolta dal giudice in sede di valutazione della *petición*³⁶⁰.

Si ritiene utile riproporre in questa sede una breve analisi delle posizioni ricostruttive sostenute in Spagna. Tenendo presente la storica distinzione tra modello “puro” e modello “documentale”, la dottrina spagnola si è divisa interrogandosi a quale categoria potesse appartenere il monitorio introdotto dalla LEC. La maggioranza ha sostenuto che si tratta di un procedimento documentale, basandosi sul fatto che alla richiesta iniziale si debbono allegare taluni documenti che dimostrino, *prima facie*, l'esistenza del credito³⁶¹. Altri autori invece, come Lorca Navarrete, hanno

³⁵⁸ V. **Correa Delcasso**, *Sugerencias*, cit., p. 1482.

³⁵⁹ Cfr. par. 8.3.

³⁶⁰ v. *supra*, Cap. 2, par. 2.

³⁶¹ Cfr. **A. M. Lorca Navarrete**, *El proceso monitorio*, in *El proceso civil y su reforma*, Madrid, 1998, p. 523; **Armenta Deu**, *Leciones*, cit., p. 569; **Serra Domínguez**, *La Ley 1/2000*, cit., p. 59: “L'art. 812 ha optato per un processo monitorio a base documentale per l'adempimento delle obbligazioni monetarie”; **J. Tome García**, *El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento civil*, in *Revista de derecho procesal*, 2, 2000, p. 447: “Si tratta di un processo monitorio di tipo documentale, simile a quello esistente in Francia ed in Italia... posto che per poter accedere a questo processo non basta... la semplice affermazione del credito da parte del creditore, ma si esige la presentazione di un documento che costituisca un principio di prova del diritto del creditore”. Nello stesso senso anche **R. Hinojosa Segovia**, *La nueva ley de Enjuiciamiento Civil española*, in *Revista de derecho procesal*, n. 2, 2000, p. 385; infine **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., p. 1353, ha affermato che “il processo monitorio ... si divide in due classi: il processo monitorio puro e quello documentale ... La LEC ha optato chiaramente per questa seconda classe di processo monitorio...”. Peraltro anche la giurisprudenza pare essersi schierata in tal senso, cfr. *AAP Madrid*, Sez. 13°, 17.9.2001, secondo la quale: “Una delle novità introdotte dalla legge

affermando il contrario, basandosi sull'idea che nel rito spagnolo non si consente al giudice di compiere una delibazione sulla documentazione del credito che possa implicare il rigetto della domanda nel caso non la si ritenga sufficiente: il giudice valuta solo se i documenti rientrano tra quelli previsti dall'art. 812, dopodiché, se la risposta è affermativa, emette l'ingiunzione³⁶². In effetti, secondo questo autore, entrambi i modelli si caratterizzano per il fatto che l'ingiunzione è elaborata *inaudita altera parte* e non è tanto la presenza di un supporto scritto, che egli ritiene possa esservi sia nel monitorio puro che in quello documentale, a differenziarli, quanto il fatto che, nel primo, l'ingiunzione venga emanata con avvertimento che l'organo giurisdizionale non ha esaminato la fondatezza della richiesta, mentre nel secondo, il materiale probatorio allegato alla domanda sia vagliato per verificare se da esso risulti la fondatezza del diritto azionato³⁶³.

La natura "pura" del monitorio spagnolo, strettamente legato all'esecuzione, è stata sottolineata, almeno inizialmente, anche da una parte della giurisprudenza, la quale ha affermato che il giudice, nel valutare i documenti prodotti con la *petición*, non deve andare oltre quanto richiesto dalla legge e quindi non deve entrare nel merito della fondatezza della domanda³⁶⁴. In altre pronunce, invece, sembra di percepire l'eco delle idee

1/2000 sul Giudizio Civile è il processo monitorio – articoli da 812 a 818 –, concepito come un procedimento speciale, agile e sommario per la protezione rapida ed efficace del credito monetario, scaduto ed esigibile accreditato documentalmente. Presupposto documentale che sottolinea il comma XIX dell'esposizione dei motivi al segnalare che: "Punto chiave di questo processo è che con la richiesta si apportino documenti (non copie o riproduzioni) dai quali risulti una buona apparenza giuridica del credito" e la AAP *Barcelona*, Sez. 11a del 27.6.2001, dove si afferma che: "... Il legislatore, all'introdurre nel nostro ordinamento detto procedimento lo iscrive dentro il gruppo monitorio documentale, e così sembra intendersi anche da quanto esposto nell'esposizione di motivi della Ley 1/2000 quando si indica che: "punto chiave di questo processo è che con la richiesta si apportino documenti dai quali risulti una buona base di apparenza giuridica del debito"...". Entrambe sono riportate in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit, rispettivamente, p. 1032 e pp. 1034-1035.

³⁶² **A. M. Lorca Navarrete**, *La solución jurisprudencial acerca del tipo de técnica monitoria que adopta la LEC 1/2000*, in *La Ley*, 2002, D-48, p. 1781 ss. **Contra J. Garberi Llobregat**, *Los procesos cambiario y monitorio en el Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *Tribunales de Justicia* n. 7/1998, p. 724, il quale ritiene che, dato che la mancata opposizione del debitore comporta che si proceda ad autorizzare l'esecuzione, non si possa non pensare ad un "passaggio di ammissione" che comporti una esame dettagliato da parte del giudice sui presupposti materiali e processuali che rendono possibile l'avvio dell'esecuzione se si uniscono all'attitudine passiva del debitore.

³⁶³ **Lorca Navarrete**, *La solución jurisprudencial*, cit., p. 2.

³⁶⁴ Cfr. **J. M. Saez Comba**, AAP *Valladolid*, 26.3.2001, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, n. 3/2001, p. 561 che ha affermato come "davanti ad un documento che rifletta un credito ed un debito correlativo non è possibile che il compito dell'organo giurisdizionale si estenda ad analizzare questo documento oltre a ciò che la legge richiede, perché il debitore può opporsi all'esecuzione, che in tal caso non si apre, col che non vi è possibilità alcuna di violazione del diritto di difesa, giacché in nessun caso l'ingiunzione di pagamento sta dichiarando alcun diritto a favore del ricorrente monitorio". Il magistrato ha

carnelettiane circa il “titolo ingiuntivo”, poiché vi si legge che non si deve operare una cognizione sul merito ma “tutto ciò che l’organo giurisdizionale deve fare è constatare *prima facie* se la richiesta iniziale costituisce la fattispecie concreta che lo obbliga ad emettere un’ingiunzione di pagamento”, ossia se i documenti prodotti rientrano nel novero di quei titoli in virtù dei quali il legislatore impone al giudice di emanare il provvedimento ingiuntivo³⁶⁵.

Vi è, di contro, un’ampia corrente di pensiero che sostiene che la LEC abbia introdotto un rito monitorio di tipo documentale. Tra questi vi è chi ha affermato che “il progetto spagnolo di LEC crea un unico processo a base documentale, senza che il fatto che l’attore possa creare unilateralmente titoli ci permetta di sostenere l’esistenza, nell’ordinamento spagnolo, di un processo a base non documentale, giacché l’apporto di documenti è imprescindibile nella richiesta iniziale, siano questi unilaterali o bilaterali, confezionati dall’attore, dal convenuto, creati congiuntamente o da terze persone”³⁶⁶.

A sostegno del carattere documentale del monitorio spagnolo viene addotto anche quanto affermato nell’Esposizione dei motivi della LEC e più volte ripreso dalla giurisprudenza, vale a dire il fatto che un “punto chiave di questo processo è che con la richiesta si apportino dei documenti dai quali risulti una buona fondatezza giuridica del credito”³⁶⁷.

sottolineato la contiguità tra il procedimento monitorio e quello esecutivo, dato che il primo è finalizzato ad ottenere un titolo esecutivo e non si ha alcuna cognizione del diritto del creditore, poiché il giudice si ferma a valutare se, *prima facie*, la richiesta incarna una delle ipotesi di fatto che lo obbligano ad emettere l’ingiunzione.

³⁶⁵ Cfr. AAP Cáceres 10.3.2006, in N. Barcones Agustín, *El juicio monitorio: estudio de los documentos del artículo 812 LEC*, in *Boletín de información del Ministerio de la Justicia*, 2008, nn. 2052-53, p. 14.

³⁶⁶ Toribios Fuentes, *El proceso*, cit. L’autore imposta il discorso nel quadro di un’analisi globale della disciplina del rito monitorio, nella quale accenna anche alla regolazione che l’istituto riceve in altri ordinamenti. Egli accetta *in toto* la distinzione classica dei procedimenti monitori in puri e documentali. Afferma infatti che “tradizionalmente si sono distinte due classi di procedimento monitorio: a base documentale ed a base non documentale...”. Nella sua analisi opta decisamente per la natura documentale del procedimento spagnolo e muove una critica riguardo al limite quantitativo imposto dal legislatore: “ Il nostro legislatore ha disegnato un processo monitorio a base esclusivamente documentale ma, a differenza di altri paesi nei quali questa via non è limitata in ragione dell’ammontare, lo ha ristretto a pretese che non superino i 30.000 Euro considerandosi adeguato, come si dice nel Preambolo, limitare la somma ad una cifra ragionevole, che permetta la trattazione di pretese monetarie non eccessivamente elevate”.

³⁶⁷ Si vedano a riguardo l’AAP Madrid, Sez.13°, 17.9.2001 secondo cui: “Una delle novità introdotte dalla legge 1/2000 sul Processo Civile è il processo monitorio – articoli da 812 a 818 – concepito come un procedimento speciale, agile e sommario per la protezione rapida ed efficace del credito monetario, scaduto ed esigibile accreditato documentalmente. Presupposto documentale che sottolinea il comma XIX dell’esposizione dei motivi al segnalare che: ‘Punto chiave di questo processo è che con la richiesta si apportino documenti (non copie o riproduzioni) dai quali risulti una buona apparenza giuridica del

Tuttavia (come si è già visto nel par. 2 del Cap. II), anche alla luce delle categorie proposte dalla dottrina italiana³⁶⁸, appare più corretto catalogare il rito spagnolo come un monitorio ibrido con documentalità attenuata, che fonde elementi tipici della struttura pura e di quella documentale³⁶⁹. Si è già sottolineato come l'opposizione non sia rivolta a contestare un'ingiunzione destinata altrimenti a divenire stabile ma a discutere interamente il merito della pretesa, considerandosi il provvedimento totalmente caducato con la comparizione e la presentazione dello scritto di opposizione da parte dell'ingiunto.

Soffermandoci adesso sul concetto di "prova scritta del credito", si nota come, al pari di quanto avviene in Italia, esso è così lato da essere inteso soltanto come allegazione di un qualche supporto documentale a sostegno della pretesa. Anzi, forse l'onere è ancor più ridotto che in Italia: non solo non si richiede di produrre necessariamente una vera e propria "prova documentale" in senso tecnico ma, in sostanza, in tale concetto si fa rientrare quasi ogni tipo di manifestazione esteriore di elementi che facciano presumere l'esistenza del credito azionato, inclusi i documenti provenienti da un terzo (ovviamente soggetti alla libera valutazione del giudice)³⁷⁰; con esclusione, pare, delle sole dichiarazioni orali verbalizzate per iscritto³⁷¹.

credito"; e quella dell'*AAP Barcellona, Sez. 11a del 27.6.2001*, per la quale: "... il legislatore, nell'introdurre nel nostro ordinamento detto procedimento lo iscrive dentro il gruppo monitorio documentale, e così sembra intendersi anche da quanto esposto nell'Esposizione di motivi della Ley 1/2000 quando si indica che: "punto chiave di questo processo è che con la richiesta si apportino documenti dai quali risulti una buona base di parvenza giuridica del credito...". Entrambe si trovano raccolte in **Cordón Moreno, Ley de Enjuiciamiento**, cit., rispettivamente, p. 1032 e p. 1034.

³⁶⁸ Si pensi a quanto affermato da **A. Proto Pisani**, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 552, per il quale "La disciplina del nostro procedimento di ingiunzione ... costituisce una ibrida fusione del procedimento monitorio puro e di quello documentale, modelli molto diversi tra loro, se non addirittura antitetici. Il nostro legislatore ha previsto ipotesi in cui la domanda è fondata su fatti provati documentalmente ... ed ipotesi in cui la domanda è fondata su fatti meramente affermati dall'attore ... e le ha assoggettate ad un unico schema procedurale...". Per il resto si rinvia all'analisi svolta *supra*, Cap. 2, par. 2.

³⁶⁹ Vari autori hanno sostenuto questa tesi, cfr. **L. Gómez Amigo**, *La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español*, in *Actualidad Civil*, 4/1999, p. 1184, per il quale il monitorio spagnolo è "un ibrido che prende elementi di ciascun modello classico per aggiustarsi perfettamente al nostro [quello spagnolo] sistema processuale"; o anche **P. Ercolani**, *Il procedimento monitorio spagnolo: una via rapida per il recupero crediti*, in *Rivista elettronica Bhilex*, sez. diritto processuale, 2002, www.digilander.it/bhilex ed ivi le indicazioni, secondo il quale "il modello spagnolo può essere definito come procedimento monitorio misto: prova documentale del debito e natura aperta dell'opposizione".

³⁷⁰ **Barcones Augustín**, *El juicio monitorio*, cit., p. 15.

³⁷¹ Cfr. **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., pp. 1455-1456. In Italia, una compiuta analisi del materiale probatorio necessario per ottenere un'ingiunzione è offerta da **Ronco**, *Struttura*, cit., pp. 107 ss., 115. In particolare, trattando degli "elementi atti a far presumere l'adempimento della controprestazione o l'avveramento della condizione", l'autore spiega che, per definizione, le prove costituenti debbono formarsi nel contraddittorio di tutte le parti, perciò, laddove tale partecipazione non sia strutturalmente possibile (come nel

Nel modello spagnolo è dunque richiesto, come presupposto necessario, un principio di prova documentale del credito vantato che sarà oggetto di una sommaria cognizione del giudice sulla scorta di quella effettuata per l’emanazione di un provvedimento cautelare: non si deve allegare una prova inconfutabile, sia pur allo stato degli atti, ma un elemento probatorio dal quale si presuma la fondatezza della pretesa azionata. La valutazione del raggiungimento della soglia necessaria ad integrare la *buena apariencia jurídica* del credito è tendenzialmente rimessa al prudente apprezzamento del giudice ed al suo libero convincimento, tranne che per le ipotesi di cui al secondo comma dell’art. 812 LEC ove è il legislatore stesso a “tipizzare” l’efficacia probatoria dei documenti³⁷².

È stato acutamente sottolineato come il giudice debba compiere, rispetto al materiale probatorio che gli viene offerto, una doppia valutazione: di tipicità e di sufficienza, ovvero: innanzitutto il documento deve potersi collocare in una delle categorie elencate dall’art. 812 LEC (a riguardo si ricordi che l’elencazione di vari documenti è ritenuta meramente esemplificativa), dopodiché, soddisfatto questo primo requisito, il giudice deva valutarne la “sufficienza” a dimostrare l’apparente fondatezza della pretesa azionata. Tale giudizio è preconstituito dal legislatore per i documenti di cui al 2° comma dell’art. 812 LEC mentre è rimesso al giudice per i documenti di cui al comma 1^o³⁷³.

Basandosi sul combinato disposto degli articoli 812 e 815 LEC, molte pronunce giurisprudenziali paiono aver aderito a questo orientamento sostenendo che, all’interno della documentazione allegata alla domanda, occorre distinguere i documenti previsti dal primo comma dell’art. 812 da quelli del secondo. Quando la *petición* è fondata su questi ultimi, infatti, il giudice “deve” accoglierla, previa valutazione della mera regolarità formale dei documenti allegati, ai quali dunque è attribuita efficacia probatoria *ex lege*. Al contrario, per i documenti di cui al primo comma, si sostiene debba compiere una valutazione simile a quella relativa all’esistenza del *fumus boni iuris* in tema di misure cautelari, potendo rigettare la *petición* qualora

monitorio), tali prove non possono formarsi. Ancora, sul ruolo e le caratteristiche della documentazione da allegare al ricorso, v. **R. Conte**, *La prova nel decreto ingiuntivo e nell’istanza di ingiunzione ex art. 186 ter*, (Relazione all’incontro di studio promosso dal CSM Frascati 4-6 giugno 1998), <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/1575.pdf>; **F. P. Luiso**, *Diritto Processuale Civile*, 5° ed., Milano, 2009, IV, p. 122 ss.; **G. Balena**, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2010, III, p. 190 ss.

³⁷² Con il problema però di capire quando, dai documenti prodotti, si possa individuare una precedente relazione commerciale duratura. Sul punto si tornerà in seguito nel corso di questo stesso paragrafo.

³⁷³ Cfr. **Perarnau Moya**, *La base documental*, cit., p. 1308 che riprende una sentenza dell’*Audiencia provincial* di Toledo. Sostanzialmente concorde con questa impostazione anche **Barcones Agustín**, *El juicio monitorio*, cit., p. 12 ss.

dalla documentazione prodotta il credito non risulti verosimilmente provato³⁷⁴.

Ai fini di ottenere l'emanazione di un'ingiunzione, vi sono dunque importanti differenze tra le categorie di documenti considerate dall'art. 812 LEC.

Innanzitutto vi è un'importante distinzione tra i documenti elencati al n. 1 e quelli elencati al n. 2 del 1° comma dell'art. 812, che la dottrina spagnola tende a definire "bilaterali" o "unilaterali" in quanto alla formazione dei primi ha partecipato il debitore mentre i secondo provengono esclusivamente dal ricorrente³⁷⁵. La regolamentazione dell'istituto fa sì che la firma – o più in generale un segno distintivo del debitore che dimostri l'accettazione dell'obbligazione all'origine del credito – è infatti determinante per l'ammissibilità della *petición* solo nel caso si tratti di documenti atipici, non abituali nel tipo di relazioni commerciali in atto tra le parti³⁷⁶.

L'elenco esemplificativo dell'art. 812, 1° co., n. 2, riguarda invece documenti che provengono unilateralmente dal ricorrente (ovvero, più in generale, nei quali non può predicarsi un coinvolgimento dell'ingiungendo). Il legislatore spagnolo, oltre che sensibile alle esigenze creditorie, si è così dimostrato attento alla concreta prassi commerciale, nella quale la documentazione degli affari spesso non è così rigorosa (sono frequenti, p.e. ordini fatti solo al telefono o bolle di consegna non sottoscritte), anche per

³⁷⁴ V. AAP *Cacéres*, 23.6.2004, in *Actualidad Civil*, 2004, p. 1021, secondo la quale "il Tribunale deve esaminare la tipicità e, nel caso la sufficienza del documento... Se si tratta di alcuno dei documenti previsti nel comma 2 dell'art. 812, procede senz'altro all'ammissione della *petición*, dato che, ciò che si deve controllare è la regolarità formale, giacché si stabilisce qui una presunzione *iuris et de iure* di sufficienza di questi documenti. Se si tratta di uno dei documenti previsti dal comma 1 dell'art. 812, il Tribunale deve valutare se costituisca un principio di prova del diritto del ricorrente: ... ciò che deve comprovare per primo è se si tratta di un documento che, seppur creato unilateralmente dal creditore, è di quelli che documentano abitualmente crediti e debiti ... e pertanto se è un principio di prova ma il Tribunale ... deve ponderare se il documento permette di ritenere verosimile e probabile che il debito richiesto sia certo. Il ruolo del Tribunale su questo punto è simile all'apprezzamento del *fumus boni iuris* in materia di misure cautelari e la tipicità del documento, come regola, deve condurre a stabilire una presunzione favorevole alla sua sufficienza".

³⁷⁵ V., p.e., **Garberi Llobregat**, *El cobro*, cit., pp. 1456-1457.

³⁷⁶ Cfr. **López Sánchez**, *El proceso*, cit., p. 114. Se infatti il documento è usuale nelle relazioni commerciali si rientra nel caso ex art. 812 comma 1 n. 2, se invece non lo è, a parere dell'autore, sarà la presenza di un segno distintivo del debitore (e quindi il principio di prova dato dalla presunta ricognizione del debito) a permettere di accedere al rito monitorio. Peraltro **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., p. 1358, segnala, assai opportunamente, come in quest'ambito, a fronte dei continui progressi tecnologici e del sorgere di nuovi modi di contrattare (si pensi agli acquisti via internet), non sia affatto semplice distinguere quali documenti siano usuali e quali no.

la reciproca fiducia che esiste tra le parti³⁷⁷ e consente di accedere a questo rapido strumento di tutela sol che il ricorrente presenti documenti usualmente impiegati nel tipo di commercio in atto con l'ingiungendo. Si tratta dunque di una agevolazione probatoria che, ci pare, risponde ad esigenze di ragionevolezza e giustizia sociale in linea con i canoni della Costituzione³⁷⁸ ma che introduce nella norma un concetto indeterminato e non giuridico come quello di "abitudine" che ha dato luogo a non pochi dubbi interpretativi e posizioni – anche giurisprudenziali – discordanti, su quale documento sia o meno abituale per provare un certo tipo di credito³⁷⁹.

La seconda distinzione fondamentale, che richiama la dicotomia prova liberamente valutabile / prova legale, proposta dalla dottrina italiana³⁸⁰, è quella tra i documenti indicati al primo comma dell'art. 812 e quelli elencati nel secondo comma: la produzione di questi documenti è infatti considerata dalla legge sufficiente ad integrare il principio di prova richiesto e, ricorrendo agli altri presupposti della tutela monitoria (competenza, caratteristiche dell'obbligazione), impone al giudice di emanare senz'altro l'ingiunzione, previa valutazione della mera regolarità formale di essi.

³⁷⁷ Su questo concorda praticamente tutta la dottrina, si vedano ad **López Sánchez**, *El proceso*, cit., pag. 112, che afferma come, visto questo "modo abituale di procedere nel traffico [giuridico] si comprende perché la nozione di principio di prova che permette di accedere al processo monitorio non deve configurarsi con eccessiva rigidità".

Anche la giurisprudenza si è espressa nel senso della conformità del procedimento monitorio alla pratica usuale nel traffico giuridico "nel quale le operazioni commerciali di ammontare ridotto si pattuiscono verbalmente e non sono oggetto di una documentazione rigorosa". Cfr. *la sentenza della AAP Soria, sez. 1a, del 28.07.2001* in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., pag. 1033.

³⁷⁸ Si ricordi che in Italia, spesso il regime probatorio privilegiato del rito monitorio è stato sospettato di incostituzionalità (sebbene la Corte costituzionale abbia sempre respinto i ritorsi), tuttavia è stato efficacemente evidenziato come esso sia espressione delle classi dominanti all'epoca dell'entrata in vigore del Codice e non risponda certo a più alti ideali e valori costituzionali di tutela delle classi deboli. Cfr. **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 111 ss.

³⁷⁹ A titolo di esempio: la certificazione unilaterale dell'istituto di credito per le rate insolute di un mutuo, senza allegare il relativo contratto è stato considerato insufficiente da varie corti in quanto il documento che abitualmente comprova queste relazioni è il contratto, v., p. e., *Unificación de criterios de la Junta de jueces de Valencia*, cit. p. 1 e *Acuerdos de unificación de criterios del orden civil de la audiencia provincial de Madrid*, cit., p. 7, in cui la corte ha affermato che "non sono ammissibili procedimenti monitori nei quali la prova del credito richiesto risulti esclusivamente da un certificato emesso dallo stesso ente creditore". La stessa, di contro, ha ritenuto idonea per fondare l'ingiunzione la certificazione del saldo del conto corrente inviata dalla banca al correntista, *Ibid.*, pp. 3-4. Segnala, a riguardo, **Magro Servet**, *Algunas modificaciones*, cit., pp. 5-6, che vi sono due posizioni in giurisprudenza, coloro che ritengono sufficiente allegare il certificato del saldo debitore e quelli che invece chiedono anche il contratto iniziale di apertura di conto corrente o l'estratto conto.

³⁸⁰ In particolare, v. **Ronco**, *Struttura*, cit. pp. 120-121.

In particolare, si tratta di due ipotesi distinte: a tenore dell'art. 815 LEC, nel primo caso, se, assieme ai documenti di cui al primo comma, si produce ulteriore documentazione idonea a dimostrare una precedente relazione commerciale duratura con la parte debitrice, il giudice sarà tenuto ad emettere l'ordine di pagamento³⁸¹. Ovviamente si pone il problema di chiarire il concetto di "relazione commerciale duratura" che alcuni hanno ritenuto faccia riferimento a contratti di durata o con prestazioni periodiche (es. somministrazione), altri, invece, semplicemente ad un rapporto commerciale duraturo nel tempo (es. più contratti di acquisto di macchinari tra le stesse azienda e fabbrica produttrice)³⁸².

L'altra previsione, retrocesso del precedente rito monitorio previsto per il recupero delle spese condominiali a favore del condominio³⁸³, fa sì che, laddove si alleggi alla *petición* una certificazione di mancato pagamento di spese condominiali relative ad immobili urbani (*CIGCCP*), debitamente formata³⁸⁴, il giudice, valutata la regolarità formale³⁸⁵, è tenuto ad emettere senz'altro l'ingiunzione. In realtà, come ci ha insegnato la dottrina italiana, si porrebbe soprattutto in queste ipotesi un ulteriore problema che non sembra sia stato affrontato; ovvero si può riuscire a provare di aver spedito un qualcosa al debitore ma non che cosa. Il ricorrente, infatti, non potrà, di regola, produrre l'originale della

³⁸¹ Su questa interpretazione, già caldeggiata dalla dottrina, concorda anche la giurisprudenza: cfr. *AAP Madrid*, 19.12.2002, in *Actualidad Civil*, 2003, 381.

³⁸² Cfr. **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1458, **Barcones Augustín**, *El juicio monitorio*, cit., p. 17.

³⁸³ Assorbito nel nuovo, e generale, istituto all'interno del quale mantiene però certe peculiarità (sufficienza *ex lege* del documento per ottenere l'ingiunzione, possibilità di chiedere il sequestro preventivo dei beni del condominio che si opponga all'ingiunzione senza dover dimostrare la sussistenza del *periculum in mora* né prestare cauzione, la competenza del giudice del luogo in cui si trovi l'immobile; la possibilità di ingiungere il pagamento delle spese legali e quella di effettuare la notifica per proclami), tanto che alcuni autori hanno parlato di un monitorio nel monitorio – **C. Mateu Alvaro**, *Regulación del proceso monitorio en la actual Ley de enjuiciamiento Civil*, in *www.westlaw.es*, 2008/30, p. 6.

³⁸⁴ Si tratta delle certificazioni dell'accordo dell'assemblea che approva la liquidazione del debito del condomino moroso verso il condominio, approvata dal segretario e vistata dal presidente che dev'essere notificata al condomino interessato nelle forme stabilite dalla LPH, ovvero all'indirizzo in Spagna da questi previamente segnalato per ricevere le comunicazioni o notificazioni inerenti al condominio, o presso l'immobile all'origine delle spese, o, nell'impossibilità di provvedere in tali forme, mediante affissione nel tabellone degli annunci condominiali o altro luogo atto allo scopo.

³⁸⁵ Cioè se risulti la liquidazione delle spese approvata dal segretario e vistata dal presidente dell'assemblea con apposizione delle relative sottoscrizioni e l'avvenuta notifica di tale documento nelle forme prescritte. Si dovrà perciò usare un mezzo che consenta di avere un riscontro dell'avvenuta ricezione (es. telegramma o raccomandata con ricevuta di ritorno) o, se la notifica è avvenuta per affissione nel tabellone degli annunci, si dovrà produrre una relazione del segretario che documenti di aver provveduto. Cfr. **Barcones Augustín**, *El juicio monitorio*, cit., p. 18.

certificazione (che si dovrebbe trovare, appunto, nelle mani del debitore) e dovrebbe perciò garantire la conformità ad esso della copia che produce. Senonché, ciò lo esporrebbe ad una *probatio diabolica* e pertanto riteniamo corretto che operi la presunzione di conformità che addossa all'ingiunto l'onere di sollevare contestazioni in merito al documento effettivamente ricevuto³⁸⁶.

Proprio l'esistenza di questo secondo comma dell'art. 812 LEC è stata fortemente criticata da alcuni autori che ne hanno chiesto la soppressione³⁸⁷, in quanto anziché facilitare il compito ai ricorrenti rischia di renderlo più gravoso, obbligandoli ad apportare più di un documento per dimostrare la precedente relazione commerciale duratura ovvero un documento che richiede, per essere debitamente formato, il compimento di una serie di rigorose formalità³⁸⁸ mentre per le altre ipotesi al ricorrente è sufficiente allegare un "principio di prova scritta".

Per questo motivo vi è chi sostiene che il condominio sia obbligato ad allegare alla *petición* la *CIGCCP* debitamente formata, pena vederla respinta per difetto di un presupposto speciale³⁸⁹, mentre altri sostengono che il condominio possa provare *aliunde* il proprio credito, soggiacendo ovviamente alla doppia valutazione di tipicità e sufficienza del principio di prova di cui già si è trattato.

³⁸⁶ Si tratta di una posizione per lungo tempo ferma nella giurisprudenza della ns. Suprema Corte ed approvata anche da **Ronco**, *Stuttura*, cit., pp. 125-126 che, tuttavia, è stata ribaltata dalla sentenza Cass. 12 maggio 2005, n. 10021, la quale ha ritenuto che, in assenza di specifiche norme in senso contrario, "l'onere di provare il contenuto della busta inviata con raccomandata non può che gravare sul mittente della stessa, in ossequio alla regola generale dettata all'art.2697 c.c.". Cfr., per critiche e suggerimenti ricostruttivi, **C. Silvis**, *La prova del contenuto della raccomandata dopo la sentenza delle Corte di cassazione 12/5/2005, n. 10021*, in www.altalex.com ed ivi le indicazioni.

³⁸⁷ V., soprattutto, **Correa Delcasso**, *Sugerencias*, cit., pp. 3-4; **Id.**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 133 ss. Anche **Mateu Alvaro**, *Regulación del proceso monitorio*, cit., p. 6, ha sottolineato come, estendendo il procedimento monitorio alla generalità dei crediti monetari, liquidi ed esigibili, il titolo ammonitivo che permetteva l'accesso al procedimento si è convertito più che altro in un ostacolo se si compare con la facilità di accedere a questo stesso strumento processuale quando il credito di cui si chiede il pagamento sia documentato da un semplice principio di prova".

³⁸⁸ Si è già visto che la *Certificación de impago de gastos comunes de comunidades de propietarios* necessita dell'approvazione della spesa in assemblea, della successiva liquidazione a cura della stessa, effettuata dal segretario col visto del presidente che deve essere comunicata al condomino moroso secondo certe formalità. La pesantezza dei requisiti si deve, probabilmente, alla poca chiarezza di idee del legislatore della LPH circa la differenza tra rito monitorio e *juicio ejecutivo*, per cui predispose una sorta di documento ammonitivo, prossimo ad un titolo stragiudiziale, con tutta una serie di garanzie per l'obbligato, che avrebbe poi dovuto trovare rapida esecuzione. Così, p.e. **Mateu Alvaro**, *Regulación del proceso monitorio*, cit., p. 6.

³⁸⁹ **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 141.

3.5.1. Oltre la scrittura: quale “prova documentale” per l’emissione dell’ingiunzione?

Come detto, il novero dei documenti elencati dall’art. 812 costituisce un *numerus apertus*, suscettibile di espandersi per accogliere le nuove forme di documentazione che la società venga via via producendo nella sua continua evoluzione³⁹⁰. Emerge anche qui una sostanziale differenza con l’istituto italiano che denota, nuovamente, l’attenzione alla modernità da parte del legislatore della LEC. Mentre in Italia l’art. 633 c.p.c. fa riferimento alla “prova scritta” del credito, categoria che, dalla migliore dottrina, è ritenuta, per un verso, più ampia di quella di “prova documentale” impiegata nel capo II del titolo del codice di rito dedicato alle fonti di convincimento del giudice, poiché vengono ammessi anche scritti che, nel processo ordinario, prove non sarebbero; per altro verso, tuttavia, più ristretta, poiché è limitata alle sole scritture e non, come il mezzionato capo II del codice, a tutte le fonti di prova precostituite al processo, incluse dunque riproduzioni fotografiche, fonografiche e quant’altro³⁹¹, l’art. 812 LEC fa proprio riferimento a questa seconda – e più ampia – categoria, ritenendo ammissibili per fondare l’ingiunzione documenti di qualsiasi forma e tipo e su qualunque supporto fisico, col che si ritiene consenta di valersi anche di nastri magnetici o altre registrazioni³⁹².

³⁹⁰ Sul punto vi è stato, praticamente da subito, totale accordo, cfr. **De la Vega García**, *Aspectos mercantiles*, cit., p. 1956, che ha comunque sottolineato come l’elenco sia assai ampio, risultando difficile che i documenti allegati non appartengano a quelli ivi menzionati. A livello giurisprudenziale v. *AAP Cádiz*, 5.9.2002, in *Actualidad Civil*, 2002, 2105, secondo la quale il fatto che l’elenco previsto dall’art. 812 sia solamente esemplificativo è confermato dall’art. 815, il quale “impone al giudice di ordinare il pagamento al debitore non solo quando i documenti allegati siano quelli previsti nell’art. 812, bensì anche quando costituiscono, a giudizio del tribunale, un principio di prova del diritto del ricorrente confermato da quanto si esponga nella richiesta iniziale”. Lo stesso afferma l’*AAP Saragoza*, 20.3.2002, in *Actualidad Civil*, 2002, 656, in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 1026, sottolinea inoltre come il fatto che l’elencazione non sia esaustiva si deduca anche dall’espressione “qualsiasi altro documento”.

³⁹¹ **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 133; **V. Amendolagine**, *Basta l’e-mail per un decreto ingiuntivo*, in *Diritto&Giustizia*, fasc.15, 2004, p. 97 ss.; **G. L. Barreca**, *Procedimento monitorio: decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione*, in *Quaderni del CSM*, 1997, II, p. 186 ss.; **Conte**, *La prova nel decreto ingiuntivo*, cit., <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/1575.pdf>; **M. Pani**, *Il valore di prova scritta di una e-mail: la giustizia inizia a porsi al passo coi tempi*; (Nota a decr. Trib. Cuneo 15 dicembre 2003 n. 848), in *Giurisprudenza di merito*, 2005, 3, p. 560 ss.; **G. Rognetta**, *Decreti ingiuntivi basati su e-mail: la configurabilità della firma elettronica ai fini della prova scritta*, in *Diritto dell’Internet*, 1, 2005, p. 33 e ss.

³⁹² Vi sono state varie pronunce e prese di posizione sul tema. Per quanto riguarda la dottrina si veda ad esempio **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., pp. 1357-1358. *Contra*, per una concezione restrittiva dovuta all’interpretazione del concetto di documento **Bonet Navarro**, *Derecho Procesal*, cit., pp. 981-982.

Infatti, circa la possibilità di valersi di documenti non cartacei, è rapidamente apparsa non condivisibile (e sembra oggi del tutto superata) la tesi, sostenuta da certi autori, secondo la quale, nonostante il tenore dell'art. 812 LEC, la scrittura sarebbe elemento determinante per potersi parlare di documento³⁹³. Si è invece sostenuto che l'art. 812, nel fare riferimento a qualunque supporto fisico della documentazione, rende ammissibili anche nastri magnetici o altri tipi di registrazione³⁹⁴. Questa posizione appare pienamente condivisa dalla giurisprudenza di merito, sensibile alla necessità di seguire la continua evoluzione tecnologica³⁹⁵. Anzi, proprio le norme in materia di procedimento monitorio hanno costituito la principale apertura all'impiego del documento elettronico e di altre fonti di prova su supporti tecnologici³⁹⁶.

Inoltre, la questione dell'impiego del documento elettronico ha costituito una delle maggiori spinte per una più generale discussione sul concetto di prova documentale. Come si è visto³⁹⁷, una certa corrente di pensiero, operava una totale equiparazione tra concetti di scrittura e di prova documentale. La ricostruzione prevalente (e, ci pare, preferibile), sostenuta da importanti autori, poggia invece sulla cosiddetta "teoria rappresentativa". In base ad essa, costituisce prova documentale "ogni oggetto materiale rappresentativo di un fatto di interesse per il processo, rappresentazione che si può ottenere o mediante il metodo tradizionale della scrittura o mediante i

³⁹³ Cfr. **López Sánchez**, *El proceso*, cit., p. 115. L'autore poggia questa ricostruzione sulla nozione di documento che la dottrina spagnola definisce come "oggetto o materia nella quale risulta, per mezzo di scrittura ordinaria (manoscritta o tipografica), in qualsiasi lingua spagnola o straniera, moderna o antica, o per mezzo di altra scrittura come la stenografica (tachigrafia), una dichiarazione di volontà o di conoscenza o qualunque altra espressione di pensiero". Questa definizione è totalmente incentrata sul dato della scrittura che viene perciò ritenuto determinate dall'autore ogni volta che si faccia riferimento al documento.

³⁹⁴ In questo senso v. **Díez-Picazo Giménez**, *supra*, nota 364. In giurisprudenza v., ad esempio, *AAP Saragoza*, cit. in nota precedente: "(...) trattandosi di una relazione supportata in mezzi magnetici, questo Tribunale ritiene documentazione sufficiente la trascrizione su supporto cartaceo di quanto raccolto nella banda magnetica" o anche l'*AAP Barcellona*, sez. 11a, 27.06.2001, in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 1035 che prevede libertà di forme nella documentazione del debito. Afferma infatti che la documentazione formale è richiesta "ad probationem" non "ad solemnitatem" e non vi sono esigenze formali, "bastando un supporto documentale che non è tracciato, dato che la legge allude alla documentazione del credito mediante l'uso del termine 'forme' e non di quello di documento, col che sta segnalando un principio di libertà nelle forme di documentazione del credito (...)".

³⁹⁵ Cfr., a titolo di esempio, *AAP Barcellona*, 9.7.2001, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2001, 286706 o *AAP Baleari*, 8.10.2002, in *Repertorio El Derecho Jurisprudencial*, 2002, 66901.

³⁹⁶ **A. C. Aliaga Casanova**, *El documento electrónico y el proceso monitorio. Reflexiones sobre su aplicación práctica* in *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 8, 2005, p. 40.

³⁹⁷ *supra* nota 146.

moderni mezzi di riproduzione come la fotografia, la fonografia (...) e qualunque altro simile”³⁹⁸.

Assieme ad altri argomenti³⁹⁹, la formulazione dell’art. 812 LEC è stata presa quale riferimento legale che, più di ogni altro, allarga il concetto di “documento” a qualsiasi supporto che costituisca rappresentazione di un *factum probans* dal quale evincere il *factum probandum*, ovvero, nel caso del rito monitorio, la verosimiglianza della pretesa creditoria azionata.

Per un’analisi di vari documenti elettronici si rinvia a contributi più specifici⁴⁰⁰. In questa sede interessano soprattutto due ordini di osservazioni.

Ritenuto che “documento” ai sensi dell’art. 812 LEC sia qualunque supporto probatorio preconstituito all’avvio del procedimento ed idoneo a formare nel giudice, almeno *prima facie*, il convincimento dell’esistenza del diritto di credito del ricorrente, anche di esso si debbono produrre tante copie quante siano i destinatari dell’ingiunzione, in applicazione analogica dell’art. 273 LEC sulla produzione delle prove scritte. Nel caso il ricorrente ometta di produrre copie sufficienti, sempre in applicazione analogica dei relativi articoli in tema di prove (art. 275, co. 2, 276, co. 3 e 231) gli si deve concedere un termine per sanare il vizio. Se non lo farà, il documento dovrà considerarsi come non allegato e, pertanto, nel rito monitorio, si avrà il rigetto della *petición* per carenza di un presupposto necessario.

In secondo luogo si deve considerare un’ipotesi che suole porsi nella pratica, ovvero la produzione della trascrizione del testo contenuto in un supporto informatico o di altro genere (es. nastro magnetico). In tal caso, la fonte di prova è sempre e comunque costituita esclusivamente dal supporto originale: la trascrizione ha soltanto l’utilità pratica di semplificare l’attività cognitiva del giudice. A rigore, pertanto, solo il supporto originale costituisce “prova documentale” e sarebbe necessario che venisse prodotto in allegato alla *petición*. Tuttavia si è assistito a varie pronunce che hanno considerato sufficiente per integrare la prova documentale richiesta dall’art. 812 LEC anche la sola trascrizione su supporto cartaceo di un nastro magnetico o altro, assieme alle spiegazioni offerte nell’atto introduttivo, allargando, probabilmente in modo eccessivo, il concetto di documento⁴⁰¹. Allegare una mera trascrizione può infatti, al più, costituire un elemento di prova presuntiva circa il contenuto del supporto originario, che dovrebbe

³⁹⁸ Così **M. Serra Domínguez**, *Prueba documental*, in *Instituciones del nuevo proceso civil, comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Barcellona, 2000.

³⁹⁹ Quali la distinzione tra “fonti” e “mezzi” di prova, le prime costituite da una circostanza fattuale esistente nella realtà, i secondi dalle modalità per raccoglierle all’interno del giudizio, per cui il legislatore può intervenire sui secondi ma non certo sulle prime; l’esistenza di altre normative recenti che aprono ad un concetto ampio di documento e la prospettiva di sicurezza offerta dalla firma elettronica. Cfr. **Aliaga Casanova**, *El documento*, cit., pp. 41-42.

⁴⁰⁰ In particolare v. **Aliaga Casanova**, *ult. cit.*, p. 47 ss.

⁴⁰¹ Cfr. **Aliaga Casanova**, *El documento*, cit., p. 47.

invece assurgere a prova storica del fatto costitutivo (o almeno del *fumus*) del diritto di credito del ricorrente. Come insegna la nostra migliore dottrina, l'allargamento delle fattispecie probatorie nel rito monitorio incontra necessariamente dei limiti, per cui, anche a voler ammettere la prova critica nel monitorio (cioè dai documenti il giudice possa inferire una circostanza diversa dal fatto costitutivo del diritto ma dalla quale questo si possa ricavare [presumere] con ragionevole certezza) può costruirsi, al massimo, su un elemento di partenza che costituisca una prova in senso tecnico e non una "quasi prova", valida per ottenere l'emanazione dell'ingiunzione nel rito monitorio ma non nel giudizio ordinario, che altrimenti si farebbe uso dell'analogia, proibita rispetto a norme già di per sé speciali rispetto al regime probatorio generale⁴⁰².

Altro grande argomento di dibattito e scontro dottrinale e giurisprudenziale è quello dell'ammissibilità o meno delle copie anziché dei documenti originali per la richiesta di emanazione di un'ingiunzione.

In prima approssimazione, chi rifiuta la loro ammissibilità si basa su una concezione del rito monitorio come un istituto "speciale, singolare e privilegiato", per cui, se l'attore non può puntualmente adempiere tutte le condizioni della LEC, non potrà valersene, dovendo rivolgersi al rito ordinario⁴⁰³.

⁴⁰² Si veda, sul punto, la lucida analisi di **Ronco**, *Struttura*, cit., pp. 117-119; **A. Valitutti – F. De Stefano** (a cura di), *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2008, pp. 117-118.

⁴⁰³ È la posizione, ad esempio, di **Gómez Amigo**, *La introducción*, cit., p. 1184. Essa è espressa chiaramente nell'*AAP Madrid*, 18.12.2001, in *Actualidad Civil*, 2002, 360441, dove si afferma che l'art. 812 va interpretato restrittivamente in quanto il monitorio è un processo speciale, singolare e privilegiato e, per tanto, qualora l'attore decida di valersene, dovrà soddisfare tutte le esigenze della LEC, dato che, quando ciò non gli sia possibile, avrà a disposizione il processo ordinario di cognizione per reclamare il proprio credito. Vi è infatti "l'impossibilità di apportare fotocopie nel processo monitorio, l'allegazione di semplici copie consentita dalla legge è una possibilità solo in un ambito più ampio che nel monitorio nella sua prima fase". Lo stesso netto rifiuto delle copie di documenti è opposto anche da altre Corti, v., p.e., *AAP Madrid*, 21.1.2002 in *Actualidad Civil*, 2001, 364 o *AAP Madrid*, 9.7.2002, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2003, 48725 o *AAP Murcia*, 8.1.2004, *Ibid.*, 2004, 79480, secondo la quale "le semplici fotocopie, da sé sole, non conformano l'apparenza giuridica propria del documento né si configurano come sufficienti per considerare con minima affidabilità, la fondata esistenza di un credito monetario..."; ancora, *AAP Madrid* 18.12.2001, in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 1028: "Punto chiave di questo procedimento è che con la domanda si apportino documenti (non copie o riproduzioni)...". Nello stesso senso *AAP Madrid*, sez. 13a, 17.09.2001, **Id.**, *Ibid.*, cit., p. 1032, che rigetta la richiesta monitoria basata su una fotocopia a fronte dell'impossibilità per il creditore di allegare il documento originale, essendosene disfatto dopo averlo microfilmato. Il giudice sostiene questa tesi anche con il fatto che il creditore non si trova sprovvisto di difesa potendo sempre rivolgersi al giudizio ordinario; o l'*AJPI Santa Cruz di Tenerife*, 18.02.2002, **Id.**, *Ibid.*, cit., p. 1040 che rigetta la richiesta monitoria perché si sono apportate mere fotocopie e non gli originali di atti che invece avrebbero permesso di accedere all'istituto.

Si scontrano sul punto due ordini di posizioni dottrinali: quelle che non ammettono la producibilità di documenti non originali, salvo l'eventuale sanatoria del vizio – producendo l'originale – entro il termine assegnato dal giudice⁴⁰⁴ e quelle che ritengono che l'ingiunzione possa essere emessa anche sulla base di mere copie, salva la facoltà dell'ingiunto di contestarne il valore in sede di opposizione, obbligando la controparte ad esibire l'originale ovvero a valersi degli altri mezzi di prova previsti dall'ordinamento.

Le tesi che non consentono di produrre mere copie a suffragio della richiesta monitoria si fondano su diversi argomenti. In primo luogo vi è una certa lettura dell'art. 268 LEC in virtù del quale i documenti privati devono essere prodotti in originale o tramite copia autenticata da soggetto munito di pubblica fede, per cui l'unica ipotesi in cui sarà ammissibile valersi delle copie è quella, indicata dallo stesso articolo, nella quale il ricorrente possieda soltanto una copia semplice del documento che, in tal caso, produrrà gli stessi effetti dell'originale salvo la conformità al medesimo venga contestata da qualsiasi parte.

Altri argomenti impiegati per sostenere l'inammissibilità della produzione di copie semplici dei documenti probatori del credito sono:

- il fatto che le copie non siano un vero e proprio documento nel senso indicato dall'art. 812 LEC, dato che non provengono dal debitore e non costituiscono la forma abituale di documentazione dei rapporti creditori tra le parti;
- le copie o fotocopie non sono “sufficienti” per integrare il principio di prova richiesto dalla legge per l'emissione dell'ingiunzione;
- il rischio che, se si ammettono copie o fotocopie, si possano presentare più richieste per uno stesso credito⁴⁰⁵.

Lo stesso articolo 268, sopra menzionato, ha dato però origine anche ad un'interpretazione contraria, sostenuta da un'ampia corrente dottrinale e fondamento di varie pronunce che ammettono l'uso delle fotocopie per documentare il credito in sede monitoria: si è infatti sostenuto che, proprio in quanto la copia semplice ha la stessa efficacia dell'originale fintantoché non ne sia messa in discussione la conformità con lo stesso, la fotocopia sarà un documento probatorio perfettamente valido e sarà il debitore che abbia da obiettare a doverlo fare proponendo opposizione⁴⁰⁶. La soluzione è

⁴⁰⁴ Cfr. *AAP Huelva*, 21.5.2003, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2003, 177463.

⁴⁰⁵ Cfr. la giurisprudenza e dottrina citate da **Perarnau I Moya**, *La base documental*, cit., p. 1309.

⁴⁰⁶ Cfr. **Díez-Picazo Giménez** *Comentarios*, cit., p. 1363, “(...) sarà sufficiente anche presentare copia semplice, dato che questa sortisce gli stessi effetti dell'originale se la sua conformità con questo non è contestata. Pertanto, se il debitore non si oppone, non verrà discussa la validità della copia semplice”. Nello stesso modo si è espresso **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 149, secondo il quale “il creditore

identica a quella adottata in Italia ma il fondamento teorico ci pare vada rivisto. Si rientra infatti nella dicotomia tra prova legale e non prova già vista in precedenza. Il disconoscimento della conformità della copia all'originale non trova infatti spazio nella fase *inaudita altera parte*, pertanto si deve superare la questione attribuendo al giudice il potere di valutare, secondo il proprio libero apprezzamento, la conformità della copia, potendo operare una presunzione *iuris tantum* di conformità⁴⁰⁷. La soluzione, accolta nel diritto italiano, ci pare ancor più facilmente sostenibile rispetto al rito spagnolo, in cui il giudice è chiamato solo a valutare se i documenti costituiscano un principio di prova sufficiente a dimostrare una *buena apariencia* del credito, a configurare un *fumus boni iuris*, ragion per cui non si deve essere troppo rigorosi nella valutazione del supporto probatorio.

Altri argomenti impiegati dalla giurisprudenza per ritenere le copie idonee a fondare l'ingiunzione sono:

- la specialità delle norme in materia di prova documentale relative procedimento monitorio, per cui non sarebbe applicabile, in questa sede, l'art. 268 LEC;
- l'amplissimo novero di documenti che rientrano nella definizione offerta dall'art. 812 LEC, per cui molti di essi hanno validità ai fini dell'ingiunzione salvo contestazione dell'ingiunto che ne imporrà la verifica ma solo nel successivo giudizio di cognizione⁴⁰⁸.

A questi se ne aggiungono altri, quali il fatto che l'art. 812 LEC ammette espressamente telegrammi e fax, che non sono altro che copie dell'originale spedito; l'uso delle moderne tecnologie di immagazzinamento

potrà allegare copia semplice del documento che, se no impugnata dal debitore nel termine legale di venti giorni, mediante l'opposizione all'ingiunzione, si riterrà produrre piena prova o, come dice la Legge, "gli stessi effetti dell'originale". Ancora, a favore della producibilità di copie semplici dei documenti giustificativi del credito, v. **Lorca Navarrete**, *El proceso*, cit., p. 1195; e **López Sánchez**, *El proceso*, cit., p. 115, il quale sostiene che, dato che l'art. 812 ammette, come principio di prova, anche un atto creato unilateralmente dal creditore "la circostanza che il documento offerto ... sia una copia non può essere determinante, di per sé, del rigetto della richiesta iniziale (*petición*)". La stessa tesi è avanzata da **Ramos Méndez**, *Guía*, cit., pp. 719-720: l'autore ritiene infatti che non vi sia "necessità di formalismo alcuno" e che, trattandosi solo di un principio di prova, "non è necessario apportare documenti originali. A livello giurisprudenziale si vedano: AAP Saragoza, 11.06.2001, in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., pp. 1035-1036 che afferma come all'ammissibilità della richiesta monitoria "non osti, in alcun modo, il fatto che si tratti di copie delle fatture emesse, giacché è l'unica documentazione che può operare in mano all'attrice avendo dovuto rimettere l'originale alla debitrice" o AAP Barcellona, 2.7.2002, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2002, 270340 e AAP Barcellona, 29.6.2001, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2001, 286706.

⁴⁰⁷ V. **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 132; Si veda, sul punto, la lucida analisi di **Ronco**, *Struttura*, cit., pp. 117-119; **Valitutti – De Stefano** (a cura di), *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., p. 114 ss.

⁴⁰⁸ Cfr. la giurisprudenza riportata da **Perarnau I Moya**, *La base documental*, cit. p. 1310.

e trasmissione dei dati non consente, nella pratica, di differenziare copie ed originali e che, peraltro, non sia realistico pretendere l'allegazione di documenti originali laddove, soprattutto per creditori stranieri che inviino pratiche di recupero crediti in Spagna, la forma tipica e più ragionevole di inviare la documentazione è tramite fax o e-mails e non certo che spediscono gli originali per posta raccomandata. Infine si deve tener conto che l'ingiunto non rischia di subire alcun danno dalla produzione di una copia e non dell'originale del documento, dato che gli basta opporsi per far caducare totalmente l'ingiunzione e far riprendere pieno vigore alle ordinarie regole in tema di prova⁴⁰⁹.

4. La *petición inicial*: contenuto ed effetti.

Il legislatore spagnolo, nell'introdurre il rito monitorio, ha forgiato un peculiare atto introduttivo denominato *petición*⁴¹⁰, con requisiti formali particolarmente semplici, tali da prestarsi ad un trattamento automatizzato o comunque da permetterne la stesura su moduli prestampati messi a disposizione presso le corti⁴¹¹, nel chiaro intento di favorire l'accesso alla giustizia da parte dei creditori specie medio-piccoli che, come si è visto, vigente la vecchia legislazione processuale, spesso preferivano rinunciare al recupero giudiziale dei propri crediti a causa delle lungaggini e dei costi del processo ordinario.

Un altro elemento teso a favorire l'impiego dell'istituto è che, a differenza del "nostro" ricorso per ingiunzione, per il deposito della *petición* il legislatore spagnolo non ha imposto il pagamento di alcuna tassa giudiziale che matura soltanto in caso di presentazione dell'opposizione⁴¹². Si tratta di una previsione interessante che certamente favorisce l'accesso alla giustizia ma che può comportare abusi da parte di soggetti poco

⁴⁰⁹ Per un'efficace indicazione degli argomenti a favore dell'ammissibilità delle copie di documenti quale supporto per l'emissione dell'ingiunzione, v., ancora, **Perarnau I Moya**, *La base documental*, cit., pp. 1310-1311.

⁴¹⁰ Sulla scorta di quanto già fatto da altre legislazioni processuali, quali la francese con la *requête* o la tedesca con l'*Antrag*. In entrambi i casi si tratta di atti di parte notevolmente più semplici rispetto al classico scritto iniziale del processo ordinario.

⁴¹¹ Si tratta di moduli che debbono rispettare il modello approvato dalla *Instrucción* 1/2002 del **Consejo general del poder judicial**.

⁴¹² O la riproposizione della domanda in via ordinaria se il valore eccede quello stabilito come limite per il giudizio orale. Così chiaramente la *Sent. AAP Barcellona 1.10.2004, f.j. 2°*, in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2004, 304651: "La presentazione dello scritto iniziale del processo monitorio non matura alcuna tassa che nascerà solamente quando si proponga la corrispondente domanda a seguito dell'opposizione del debitore". La Corte rigetta peraltro l'argomento che sia illogico che, in assenza di opposizione, si apra un'esecuzione senza il pagamento di alcuna tassa, sul presupposto che "il maturare delle tasse sorge come atto impositivo del legislatore e perciò, se è stata volontà dello stesso limitarlo, nel giudizio monitorio, al momento in cui si presenti la domanda da parte del creditore, questo dev'essere il momento di esigibilità".

coscienziosi stimolati a presentare domande scarsamente fondate sul presupposto di non aver comunque nulla da perdere (salvo opposizione dell'ingiunto).

Nonostante taluni abbiano sostenuto che non si tratti neppure di una domanda in senso tecnico⁴¹³, ci pare che la *petición* debba possedere tutti gli elementi minimi necessari per attivare un giudizio.

A tenore dell'art. 814 LEC, essa deve contenere "l'indicazione dell'identità del debitore, il domicilio o i domicili del debitore e del creditore o il luogo in cui risiedano o possano essere trovati e l'origine e l'ammontare del credito, allegando il documento o i documenti ai quali fa riferimento l'art. 812". Manca tra i requisiti, ma si è sempre ritenuto trattarsi di una mera dimenticanza del legislatore, l'indicazione del nome del ricorrente e la sua sottoscrizione (o quella del procuratore da questi nominato – art. 274 LEC)⁴¹⁴ elementi che, come per qualsiasi atto di parte, dovranno certamente essere presenti. Per il resto ci pare non vi siano dubbi sul fatto che gli elementi tipici di una domanda vi siano tutti⁴¹⁵:

- identità e domicilio delle parti (o residenza o luogo in cui possano essere rinvenute);

- *petitum*: mediato: la somma liquida di denaro oggetto del diritto di credito azionato; immediato: la condanna (o ingiunzione) del debitore di pagare la somma richiesta, non diversa dal *petitum* di una qualsiasi azione di condanna;

- *causa petendi*: alcuni autori hanno escluso che essa sia richiesta nella stesura della *petición*⁴¹⁶ ma l'affermazione non ci pare seriamente sostenibile. Il riferimento alla *origen* del credito e la necessità di allegare documentazione comprovante la pretesa soddisfano pienamente la necessità di indicare il "titolo" in base al quale si richiede il pagamento, ossia il

⁴¹³ Così, ad esempio, **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1467..

⁴¹⁴ **De La Llana Vicente**, *El proceso*, cit., p. 17, ma anche **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 117, 120 e, più di recente, **Bonet Navarro**, *Derecho procesal civil*, cit., p. 984.

⁴¹⁵ Nello stesso senso **Díez-Picazo Giménez** in **De la Oliva Santos - Díez-Picazo Giménez - Végas Torres - Banacloche Palao**, *Comentarios*, cit., p. 1363, secondo il quale il ricorrente deve, "come in qualsiasi altra domanda, formulare un *petitum* e descrivere una *casusa petendi*, sebbene ciò che è caratteristico della richiesta iniziale del monitorio è che possa farlo con grande concisione e semplicità".

⁴¹⁶ **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1467, secondo il quale la *petición* non è una domanda giudiziale in senso tecnico e la stessa non deve "contenere i fondamenti di fatto e di diritto" a sostegno della pretesa, espressione che richiama ovviamente il concetto di *causa petendi* come fondamento o titolo secondo il quale, in base a certi fatti determinanti alla luce di specifiche norme giuridiche, si ritiene di aver diritto ad una pronuncia favorevole sulla pretesa dedotta in giudizio.

fondamento giuridico della pretesa azionata (in genere un'obbligazione contrattuale)⁴¹⁷.

Quanto alla previsione, tra le indicazioni, del domicilio o domicili delle parti, residenza ovvero luogo ove possano essere rintracciati, che si ricollega alle regole di competenza esclusiva stabilite nell'art. 813 LEC, si tratta di un criterio elastico e teso a favorire l'impiego della tutela monitoria (offrendo al creditore la facoltà di indicare più luoghi ove si possa rinvenire il debitore) tutelando però al contempo l'esercizio del diritto di difesa dell'ingiunto (il quale avrà normalmente un rapporto abbastanza stretto con il luogo nel quale riceverà la notifica dell'ingiunzione, non dovendo andare a documentare il pagamento o ad opporsi presso una corte lontana dai suoi centri di interesse)⁴¹⁸.

La *petición*, al pari di qualsiasi altro atto introduttivo di un procedimento, dovrà essere depositata presso il *Decanato* (Presidenza) della corte che si assume competente, assieme ai documenti allegati ed alle copie per la controparte (art. 273 LEC).

La semplicità della *petición* e la sua presentazione senza necessità di assistenza tecnica sono state pensate per avvicinare la giustizia a coloro che di essa abbiano bisogno. Tuttavia si è (giustamente) sottolineato che un reale avvicinamento della giustizia ai cittadini si avrebbe solo con una profonda riforma del sistema (che sembra sia stata avviata nel novembre 2009 con l'installazione della *Oficina Judicial*), poiché è difficile che un semplice cittadino, estraneo all'attività forense, sappia dove e come presentare uno scritto in tribunale, anche in assenza di figure istituzionali che annoverino tra i propri compiti quello di guidarlo nella presentazione della richiesta monitoria⁴¹⁹.

Inoltre la LEC, che pur ha mostrato per altri versi attenzione alle moderne tecnologie (si pensi alla norma in tema di documentazione del credito nel procedimento monitorio – art. 812 LEC), non ha colto l'occasione di permettere l'invio delle richieste monitorie in forme diverse (es. fax o telegramma) dalla classica consegna personale presso i tribunali⁴²⁰.

⁴¹⁷ *Contra* lo stesso **Id.**, *Ibid.*, p. 1468, secondo il quale con “*origen de la deuda*” si deve intendere solamente un succinto riferimento agli elementi del negozio giuridico che abbia dato origine al diritto di credito impagato, sempre che gli stessi non risultino sufficientemente chiari dalla documentazione allegata alla richiesta monitoria.

⁴¹⁸ L'affermazione, come si è visto *supra*, par. 2.3, merita di essere precisata, sia per quanto attiene al concetto di luogo nel quale il debitore possa essere rinvenuto, sia in relazione al luogo in cui si trovi l'immobile per le richieste di pagamento di spese condominiali. Sul punto si tornerà anche in seguito, *sub* par. 7.

⁴¹⁹ Sulla scorta di quello che avviene in Germania con il *Rechtspfleger* che annovera tra le proprie funzioni anche quella di spiegare a chi ne faccia richiesta come e dove presentare la *Antrag* monitoria.

⁴²⁰ Per queste osservazioni v. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 120-123.

In connessione con l'idea che la *petición* non sia una domanda in senso tecnico si è discusso sull'idoneità della stessa a produrre gli effetti tipici di una domanda, sia dal punto di vista sostanziale che processuale. Oggi sembra accolta l'idea che, pur con contenuti decisamente più semplici rispetto all'atto introduttivo di un giudizio ordinario, anche la *petición* rivesta tali caratteristiche. Si è sostenuto, infatti, che la domanda è "un atto processuale di parte attrice che da luogo, se ammesso, all'avvio di un processo dichiarativo", perciò, essendo anche il monitorio un procedimento di questo tipo, la *petición* non può che considerarsi domanda in senso proprio⁴²¹.

Alla luce della normativa spagnola, è d'obbligo ritenere che una *petición* rigettata dal giudice non produrrà litispendenza né sarà idonea ad interrompere la prescrizione del diritto.

La normativa in materia di litispendenza, per la quale non sono stabilite deroghe nel caso di impiego del rito monitorio, prevede infatti che "la litispendenza e tutti i suoi effetti si producono dal momento della proposizione della domanda se in seguito questa è ammessa" (art. 410 LEC). Il processo civile spagnolo si introduce infatti sempre con un atto del tipo di quelli che in Italia si definiscono "ricorsi", nel senso che esso è diretto prima al giudice (ora al *Secretario judicial*) che ne valuta l'ammissibilità (si ricordi che la Spagna conosce anche l'istituto dell'udienza preliminare per il vaglio di una serie di questioni pregiudiziali e/o preliminari al giudizio di merito e finalizzata ad individuare i fatti realmente controversi e bisognosi di prova nella fase istruttoria)⁴²². Solo se il giudice ritiene ammissibile la domanda così come formulata dall'attore, pronuncia un *auto de admisión a trámite* e la domanda produce tutti i relativi effetti che retroagiscono però al momento della sua presentazione.

La produzione della litispendenza incide quindi sulla c.d. *perpetuatio jurisdictionis* e sulla modificabilità della domanda azionata, regolate dall'art. 423 LEC. Infatti i mutamenti di diritto o di fatto, primo fra tutti il domicilio dell'ingiunto ma anche il valore della pretesa azionata, successivi alla presentazione della *petición* ammessa, non incidono sulla competenza del giudice a pronunciare l'ingiunzione né il ricorrente può, dopo questo momento, modificare il contenuto della propria richiesta⁴²³.

Anche per quanto attiene agli effetti sostanziali, una volta qualificata la *petición* come domanda, non pare vi siano dubbi sull'applicazione delle regole generali. In particolare essa avrà l'effetto primario di rendere l'oggetto della richiesta una *res litigiosa*, limitandone la trasmissibilità

⁴²¹ Cfr. **Bonet Navarro**, *Derecho procesal civil*, cit., p. 983.

⁴²² Sul funzionamento della *audiencia preliminar*, **V. Fairén Guillén**, *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas*, Madrid, 2000.

⁴²³ Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 123-124. La questione è già stata analizzata diffusamente trattando delle regole di competenza. V., in particolare, *supra*, par. 2.3.4.

secondo il disposto dell'art. 1291, 4° co. C.C., nonché, in caso di obbligazioni solidali, impedirà che il debitore possa pagare ad uno qualsiasi di essi imponendogli di farlo al creditore che ha agito in giudizio.

Ulteriori importanti effetti, quali l'effetto "creativo" di messa in mora del debitore, dal quale derivano conseguenze importanti come la maturazione degli interessi anatocistici (infatti, a norma dell'art. 1109 C.C., gli interessi scaduti maturano l'interesse legale da quando sono giudizialmente richiesti) e l'effetto interruttivo della prescrizione, sono soggetti alla stessa regola vista sopra a proposito della litispendenza (si producono solo se la domanda è ammessa ma retroagiscono al momento della sua presentazione), come ha ribadito lo stesso Tribunal Supremo nell'offrire la sua interpretazione dell'art. 1973 del *Código Civil*⁴²⁴.

Risulta infine dibattuto se eventuali difetti della *petición*, quali la non corretta indicazione delle parti, possano impedire la prosecuzione del procedimento, comportando un'immediata pronuncia di rigetto per difetto di un elemento essenziale della domanda. Tuttavia, tenuto conto della natura strettamente processuale della pronuncia sull'ammissibilità di una domanda, sembra preferibile ammettere la sanatoria di detti vizi *in limine*, previa richiesta da parte del giudice che concederà al ricorrente un termine per provvedere⁴²⁵.

4.1. Tutela cautelare e rito monitorio.

Analizzato il contenuto della *petición*, rimane da chiedersi se, assieme ad essa, possano richiedersi delle misure cautelari (in particolare, riteniamo, possa trattarsi del sequestro conservativo sui beni del debitore e della *anotación preventiva de la demanda* per i crediti condominiali⁴²⁶) destinate a giocare un ruolo simile alla "nostra" concessione della provvisoria esecuzione al decreto ex art. 642 C.P.C. e comunque volte a garantire l'effettiva fruttuosità dell'esecuzione che possa aver luogo al termine del monitorio.

Vari autori si sono pronunciati in senso favorevole, dato che la tutela cautelare è parte del diritto ad una tutela giudiziale effettiva e, in linea di principio, nessuna norma osta a che il ricorrente in via monitoria richieda anche una misura cautelare in applicazione delle regole generali di cui agli artt. 720 e ss. LEC, ovviamente sempre che sussistano le condizioni per la

⁴²⁴ Sugli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale, v. **M. Ortelles Ramos – R. Bellido Penadés**, *Derecho procesal*, cit., pp. 300-305. Quanto alla riferibilità di tali effetti alla richiesta di tutela monitoria, v. **Id.**, *ibid.*, p. 983 ss e **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 170.

⁴²⁵ Così, p.e., **P. Ercolani**, *Il procedimento monitorio*, cit., www.digilander.it/bhilex ed iivi le indicazioni.

⁴²⁶ **Correa Delcasso**, *ult. cit.*, p. 153

concessione della stessa⁴²⁷. In applicazione della normativa in materia – art. 730 LEC – la misura potrà essere richiesta prima, contestualmente o dopo il deposito della *petición* (se chiesta prima, la domanda monitoria andrà presentata entro venti giorni dall’attuazione della misura cautelare).

Circa la valutazione della sussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare, riteniamo che la valutazione del *fumus boni iuris* sia sostanzialmente la stessa richiesta al giudice per l’emissione dell’ingiunzione mentre, determinante per la concessione della misura, sarà la dimostrazione della sussistenza del *periculum in mora*. Si pone dunque il problema, non adeguatamente studiato, se esso debba emergere dai documenti prodotti con la *petición* o se il ricorrente possa dimostrare *aliunde* l’esistenza di tale requisito, il che non ci pare da escludere: il fatto che si cumulino in un solo atto richieste diverse non comporta una restrizione del contenuto per adattarsi alle previsioni formalistiche dell’atto più semplice ma il contrario. Niente impedisce, infatti, che la *petición* anziché contenere indicazioni succinte, espliciti chiaramente i fondamenti di fatto e di diritto della pretesa azionata e che, per la parte relativa alla tutela cautelare, si aggiungano elementi (anche probatori) idonei a sorreggere una pronuncia favorevole del giudice.

Tuttavia, vi sono argomenti convincenti anche per sostenere la non cumulabilità di una domanda di tutela cautelare con quella monitoria⁴²⁸. Innanzitutto, se non chiaramente obbligatorio⁴²⁹, riteniamo normale che il ricorrente si avvalga dell’assistenza tecnica per la richiesta di un provvedimento cautelare (assistenza che dovrà poi essere mantenuta anche per il relativo giudizio di merito), fatto che si scontra con la previsione che l’atto introduttivo del rito monitorio non richiede l’assistenza dei professionisti forensi. Tuttavia questo argomento, pur se ancorato al dato realistico, è facilmente superabile in termini logici, dato che non necessarietà non significa obbligo di non valersi dei professionisti del diritto e quindi un soggetto è libero di chiederne l’intervento sopportandone, ovviamente, i costi. Ancora vi è un altro dato di “realtà fattuale”: il monitorio è un procedimento molto rapido che giunge ad un epilogo (quale che esso sia) entro venti giorni dall’emissione dell’ingiunzione che viene

⁴²⁷ **Idem**, *ibid.*, cit., pp. 153-161; **Picó I Junoy – Adan Domenech**, *Los procesos*, cit., pp. 172-174. Peraltro si sono avute anche pronunce giurisprudenziali in tal senso, v. l’*AAP Zaragoza dell’8.11.2002* citato, con rilievi aspramente critici, da **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1469.

⁴²⁸ Cfr. **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., pp. 1469-1470, radicalmente contrario alla possibilità di chiedere misure cautelari nel procedimento monitorio.

⁴²⁹ Sono stati infatti prospettati dubbi circa il fatto che il sequestro conservativo, quale misura urgente richiedibile prima dell’inizio del giudizio di merito, debba essere chiesto necessariamente tramite l’ausilio dei professionisti forensi e si è autorevolmente sostenuto che possa essere chiesto anche dalla parte personalmente. V. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 159 ed ivi anche nota 288.

solitamente pronunciata dopo pochi giorni dal deposito della richiesta. È pertanto poco realistico pensare che la misura cautelare sia concessa in tempi utili, considerato che le attività di notifica dell'ingiunzione sono soggette all'impulso ufficioso, ovvero sono gli stessi organi dell'ufficio giudiziario ad occuparsene e non, come in Italia, il ricorrente (che deve estrarre copia del provvedimento e chiederne la notifica agli Ufficiali giudiziari o procedere personalmente se autorizzato dal Consiglio dell'Ordine ai sensi della normativa in materia di notifica diretta). Questo dato non ha carattere solo empirico ma, ci pare, si riflette sulla stessa sussistenza del requisito del *periculum in mora*. Infatti, trascorsi venti giorni senza che il debitore si sia opposto, il ricorrente ottiene l'emanazione di un *auto despachando ejecución* per mezzo del quale può direttamente procedere al pignoramento dei beni del debitore. È chiaro quindi che qualsiasi misura cautelare che non giunga più rapidamente è del tutto priva di senso, dato che, ottenuto l'*auto* di cui sopra, per il creditore non vi è più alcun *periculum* cui far fronte.

La misura cautelare avrebbe quindi un'utilità pratica soprattutto nel caso il debitore proponga opposizione (che, non necessitando di una dettagliata argomentazione, potrebbe ben essere del tutto infondata e animata da meri fini dilatori). La struttura e la disciplina del rito spagnolo fanno però sì che l'argomento sistematico frustri questa finalità. Se infatti, come sembra pacifico, si ritiene che il giudizio di opposizione sia del tutto autonomo dalla fase senza contraddittorio, ovvero che il rito monitorio si conclude con l'opposizione dell'ingiunto e si apre un nuovo giudizio sulla pretesa azionata (*verbal* o *ordenario* a seconda del valore) ne deriva che, venuto meno il procedimento principale, in assenza di una specifica previsione normativa a riguardo, viene meno anche la misura cautelare, strumentale ad esso. Pertanto, vigente la concezione del giudizio di opposizione che sembra sia stata accolta da dottrina e giurisprudenza⁴³⁰, ovvero come giudizio diverso ed autonomo dal precedente monitorio, è chiaro che rimane ben poco spazio per la concessione di una misura cautelare nel rito speciale in esame⁴³¹.

5. L'attività del giudice in sede di valutazione della *petición*.

⁴³⁰ Sul punto non ci sembra adeguatamente rigorosa, dal punto di vista dogmatico, la prospettazione di **Corre Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., il quale, da un lato, – p. 161 – ritiene che “proposta un'opposizione da parte del debitore”, la misura cautelare debba “mantenersi ugualmente”, mentre dall'altro afferma chiaramente che – pp. 208-210 – “il legislatore spagnolo ha configurato un'opposizione aperta nella quale si può discutere qualunque tipo di questione di merito e di forma” in quanto, si da per terminato il monitorio e si inizia “un giudizio ordinario che non possiede alcuna particolarità”.

⁴³¹ In Spagna, infatti, stante il disposto dell'art. 731 LEC, le misure cautelari sono strettamente strumentali al successivo giudizio di merito.

Depositata la *petición* con i documenti ad essa allegati, il giudice (o, a breve, il *Secretario judicial*) deve compiere la propria valutazione che, come si è visto⁴³² nell'analizzare il modello di procedimento monitorio accolto dalla LEC, costituisce una vera e propria opera di cognizione, pur se con certe peculiarità.

Viene infatti valutata la sussistenza dei presupposti generali e speciali dell'azione e, in modo sommario, la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio alla luce del contenuto della *petición* e del materiale probatorio ad essa allegato.

Sebbene manchi una previsione legislativa a riguardo – l'art. 815 LEC si occupa solo dell'ipotesi positiva, di accoglimento della richiesta – nessuno dubita che il giudice possa rigettare la domanda per le più diverse ragioni (ad esempio perché è stata richiesta una prestazione di fare anziché di pagare una somma di denaro) e, in particolare, laddove non ritenga che la documentazione prodotta costituisca un *principio de prueba* del credito azionato⁴³³.

Nonostante certi autori, soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, avessero sostenuto la non impugnabilità del provvedimento di rigetto della domanda monitoria (da adottare in forma di *providencia*), in virtù del silenzio della legge e dei suggerimenti offerti dal diritto comparato⁴³⁴, la dottrina dominante e, soprattutto, la giurisprudenza, ante riforma del 2009, sul disposto dell'art. 448 (secondo il quale si ha diritto a ricorrere contro i provvedimenti giudiziari sfavorevoli) e 455, in base al quale sono appellabili, oltre alle sentenze, le ordinanze definitive (*autos definitivos*) hanno sempre ritenuto immanente al sistema il principio secondo cui è impugnabile qualsiasi provvedimento che ponga fine ad un procedimento davanti all'autorità giudiziaria. Pertanto hanno sostenuto di dover applicare in via analogica l'art. 206, co. 2 LEC (che richiede al forma dell'*auto* per la "*admisión o inadmisión de la demanda*"), equiparando – almeno a questi fini – la *petición* alla domanda e sono sempre state d'accordo nel ritenere che il rigetto dovesse avvenire con *auto* motivato, trattandosi di un provvedimento definitivo del procedimento monitorio iniziato col deposito della *petición*; *auto* che era dunque ritenuto appellabile davanti all'*audiencia provincial* territorialmente competente⁴³⁵. Nonostante questa impostazione, la stessa dottrina ha anche ammesso esplicitamente che tale *auto* non producesse alcun effetto di cosa giudicata in relazione alla pretesa dedotta in via monitoria, lasciando libero il creditore di ripresentare la domanda in via ordinaria o anche monitoria⁴³⁶.

⁴³² Cap. II, par. 2.

⁴³³ Garberi Llobregat, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1472 ss.

⁴³⁴ Cfr. Correa Delcasso, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 169

⁴³⁵ Cfr. Garberi Llobregat, *El cobro ejecutivo*, cit. p. 1473 e la giurisprudenza ivi citata.

⁴³⁶ Idem, *ibid.*, pp. 1473-1474.

La riforma del 2009 sembra aver modificato (complicandola) la situazione, con l'introduzione di un nuovo istituto all'art. 454 *bis* LEC – il ricorso per revisione (*recurso de revisión*) – secondo il quale sono direttamente impugnabili davanti al Tribunale che li ha emessi, nel termine di cinque giorni, “i decreti che pongano fine al procedimento o ne impediscano la prosecuzione”, ipotesi che sembra attagliarsi perfettamente al provvedimento di rigetto della domanda monitoria. Il procedimento di *revisión* verrà deciso con *auto* che sarà ricorribile in appello solo nel caso in cui ponga fine o impedisca la prosecuzione del giudizio”.

La soluzione (sia *pre* che *post* riforma) non convince, dato che si rischia così di gravare inutilmente l'attività delle Corti d'appello che dovrebbero decidere non sugli esiti di una lite già decisa in contraddittorio tra le parti ma sull'ammissibilità di una domanda di tutela facoltativa ed alternativa al giudizio ordinario, proposta da una sola parte. Le osservazioni valgono ancor più per l'ordinamento spagnolo ove lo stesso ricorrente non sembra avere alcun interesse ad un simile ricorso: è evidente che gli converrà depositare una nuova *petición* (o magari la stessa, sperando di avere maggior fortuna nell'assegnazione ad un giudice di vedute più larghe) che viene analizzata entro pochi giorni (o al massimo, qualche settimana) e per la quale non è previsto il pagamento di alcuna tassa giudiziale (sulla scorta del nostro “contributo unificato”, per intenderci) piuttosto che attendere i tempi – decisamente più lunghi – di una pronuncia della Corte di appello, al termine, peraltro, di un giudizio nel quale avrà bisogno dell'assistenza di avvocato e procuratore dei quali dovrà sostenere integralmente i costi non potendoli ripetere da alcuna controparte soccombente⁴³⁷.

Anche per rispettare i canoni del giusto processo ed il diritto di difesa, è chiaro che un provvedimento pregiudizievole per i diritti di un soggetto ed idoneo a produrre effetti di giudicato sostanziale non può che essere reso dopo avergli consentito di far valere tutte le proprie difese, il che si dà, per l'ingiunto, nel procedimento monitorio, che produce un accertamento del diritto consacrato nell'ingiunzione solo all'esito della mancata spendita della facoltà di opposizione dell'interessato nel termine previsto e, dunque, della sua acquiescenza al contenuto del provvedimento ingiuntivo. Il problema degli effetti del provvedimento di rigetto della domanda monitoria si pone non tanto laddove esso derivi dall'assenza di una condizione processuale (es. competenza), che genera un provvedimento equiparato alle sentenze di assoluzione dall'osservanza del giudizio⁴³⁸,

⁴³⁷ L'opportunità di inserire una norma che espressamente stabilisse la non impugnabilità del decreto di rigetto della *petición* è stata sostenuta, p.e. da **J.P. Correa Delcasso**, *Sugerencias*, cit., p. 1485.

⁴³⁸ Così, *ex plurimis*, **E. Garbagnati**, *Il procedimento d'ingiunzione*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 83 ed ivi anche nota 208.

quanto nei casi in cui si discuta della mancata dimostrazione del diritto di credito azionato. La soluzione ci viene però offerta dalla comparazione tra la struttura del rito monitorio e quella del processo ordinario: nel primo la condanna precede l'accertamento del diritto che si forma solo a seguito dell'acquiescenza dell'ingiunto che non propone opposizione nel termine concessogli, nel secondo la condanna consegue all'accertamento del diritto: essa cioè, se di rigetto della domanda, accerta e dichiara, in contraddittorio tra le parti, l'inesistenza del diritto fatto valere (ovvero il mancato raggiungimento della prova dei fatti costitutivi del medesimo che, nel processo, alla luce delle regole sull'onere della prova, comporta una pronuncia di accertamento negativo in ordine alla sua esistenza). Viceversa, nel monitorio, fino alla scadenza del termine per opporsi, non si ha alcun accertamento del diritto azionato, pertanto il provvedimento di rigetto della domanda monitoria non vincola nessuno al di fuori di quello specifico procedimento nel quale è stato reso⁴³⁹. Si tratta infatti di un atto che consegue ad una valutazione solo parziale dei fatti costitutivi del credito (limitata alle prove precostituite) e resa in assenza di contraddittorio, sui soli fatti allegati da una parte. Perciò riterremmo preferibile che, pur in assenza di esplicita previsione, la soluzione debba essere nel senso che il rigetto della *petición* non pregiudichi la riproponibilità della domanda in forma ordinaria o monitoria, sulla scorta dell'insegnamento della nostra migliore dottrina e giurisprudenza⁴⁴⁰.

Per concludere sul punto, vale la pena di svolgere un'ultima osservazione critica rispetto alla soluzione applicata in ordine all'impugnabilità del provvedimento con il quale il giudice abbia rigettato la richiesta monitoria. È infatti pacifico in dottrina che tale provvedimento non possieda efficacia di giudicato⁴⁴¹, eppure è altrettanto chiaro come lo stesso sia ritenuto appellabile. Questa scelta, oltre che criticabile dal punto di vista

⁴³⁹ Così **Ronco**, *Struttura e disciplina*, cit., pp. 252-254.

⁴⁴⁰ Cfr., p.e., **A. Valitutti**, *I requisiti speciali di ammissibilità del decreto ingiuntivo: oggetto e documentazione, con particolare riferimento alle applicazioni giurisprudenziali*, in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, vol. II, p. 66 ss., e la nota a sentenza di **G. Giacalone – C. Caccaviello**, *Decreto ingiuntivo non opposto e ambito del giudicato*, in *Giust. civ.*, 2006, 6, p. 1162 ss. ove si afferma che “il rigetto (...) non ha valore di accertamento negativo: il ricorrente, infatti, non ha, come l'ingiunto, la facoltà di provocare il contraddittorio in merito mediante l'opposizione e, pertanto, tale interpretazione sarebbe altamente pregiudizievole nei suoi confronti”.

⁴⁴¹ V., p.e., **Bonet Navarro**, *Derecho Procesal*, cit., p. 986. La ragione va collegata al concetto di cosa giudicata accolto dalla LEC che si riferisce alle sentenze non più impugnabili (o provvedimenti analoghi) resi sul merito della pretesa azionata. Perciò si ritiene che una decisione che concluda il procedimento per mancanza di un presupposto processuale – e dunque pregiudiziale rispetto all'esame del merito – non produca effetti di giudicato, in quanto “la cosa giudicata si produce rispetto alla pretesa processuale proposta con la domanda e la riconvenzionale ed i presupposti ed impedimenti processuali non costituiscono oggetto del processo in senso stretto”. **Id.**, *Ibid.*, pp. 567-568.

pratico, appare priva di un solido fondamento teorico-giuridico. Se infatti assumiamo che la cosa giudicata formale discende dall'esaurimento dei mezzi di impugnazione, cosiddetti, "ordinari", i quali, dunque, hanno proprio la funzione di impedire che il provvedimento giurisdizionale contestato acquisisca quella tendenziale stabilità di effetti che viene definita cosa giudicata in senso sostanziale, non si capisce in base a quale principio un provvedimento che non ha attitudine a raggiungere tale grado di stabilità possa essere assoggettato all'impugnazione ordinaria per eccellenza.

Un ultimo problema che sorge in fase di valutazione della domanda monitoria attiene alla possibilità di un suo accoglimento solo parziale, eventualità che riceve espressa disciplina in altre legislazioni⁴⁴² ma che non è contemplata nella normativa spagnola.

La lacuna è stata da più parti criticata⁴⁴³ e si è sostenuta l'opportunità che il giudice, laddove ritenga di poter emettere l'ingiunzione solo per una parte del credito azionato, rigetti *in toto* la domanda ed inviti la parte a far valere le proprie ragioni in via ordinaria, ciò sia per evitare contenziosi paralleli, in cui uno stesso credito sia in parte oggetto di un giudizio monitorio ed in parte di un giudizio ordinario, sia perché, in un rito pensato per offrire una tutela rapida a pretese che si ritengono tendenzialmente incontestabili, non avrebbe senso ammettere richieste che, già *ab initio*, non sembrano seriamente sostenibili e che quindi daranno quasi certamente luogo a giudizi di opposizione, frustrando la finalità stessa dell'istituto⁴⁴⁴.

Nonostante le motivazioni siano ragionevoli, specie in un'ottica di economia processuale, da un punto di vista dogmatico, che tenga conto dell'esatta ricostruzione dell'istituto, ci pare più corretta una soluzione del tipo di quella proposta dalla nostra Suprema Corte nell'affermare che notificare un'ingiunzione parziale rispetto all'intero credito azionato non comporta rinuncia alla parte del credito escluso dalla condanna monitoria, in quanto sulla pretesa non si è avuto contraddittorio tra le parti né il creditore ha potuto valersi di tutti i "mezzi di offesa" (ovvero di tutti i mezzi di prova) che l'ordinamento gli mette a disposizione nel giudizio ordinario e non può pertanto ritenersi giudizialmente accertato che tale frazione del credito sia priva di fondamento⁴⁴⁵. Il giudice dovrebbe quindi poter invitare il

⁴⁴² Francese e tedesca, su tutte. V. *supra*, cap. 1.

⁴⁴³ In particolare da **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 167-168.

⁴⁴⁴ Cfr. **Carranza Cantera**, *Proceso monitorio*, cit., pp. 1633-1634. Anche alcune pronunce di merito si sono espresse nel senso che il giudice non possa modificare la richiesta ma solo accettarla o rigettarla *ad integrum* e di conseguenza non possa ridurla considerando, p.e., gli interessi come non dovuti. Cfr. *AAP Asturias*, 6.2.2002, in *Repertorio El Derecho Jurisprudencial*, 2002, 10729.

⁴⁴⁵ *Cass. Civ. SS.UU.*, 1 marzo 2006, n. 4510, e le note di **M. Maffuccini**, *Chi notifica non acconsente: ovvero non si forma giudicato sulla parte di domanda non accolta nel decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 2006, 11, p. 2107 ss.; e di **A. Vianello**, *Decreto ingiuntivo e giudicato*, in *Studium iuris*, 2006, 9, p. 1049 ss.

ricorrente ad integrare la prova, in omaggio ai principi di conservazioni degli atti e di sanatoria di eventuali vizi sanciti dagli artt. 231-232 LEC (ed oggi rafforzati dal novellato art. 404 che, per il giudizio ordinario, prevede che il *Secretario judicial* conceda all'istante un termine per sanare eventuali vizi formali della domanda), ovvero poter emettere un'ingiunzione parziale, per la parte di credito che ritenga sufficientemente provata, ma non per questo si dovrebbe ritenere che il creditore che si avvalga del provvedimento così ottenuto abbia rinunciato al residuo.

La soluzione può suscitare qualche perplessità alla luce della disciplina dell'ambito del giudicato sostanziale e della preclusione dell'allegazione delle ragioni di fatto e di diritto della domanda che si ricava dal combinato disposto degli artt. 222, co. 2, 400 e 408 LEC e che ha un'estensione molto ampia, non consentendo, ad esempio, nel caso di un'azione che si fondi su fatti che possano dar luogo a responsabilità tanto a titolo contrattuale, quanto extracontrattuale che oggettivo, di tentare un'azione fondata sulla prima e, all'esito negativo di essa, riproporre la domanda mutando soltanto il titolo, ovvero chiedendo l'accoglimento delle stesse conclusioni sulla base di una responsabilità extrcontrattuale o oggettiva.

Tuttavia anche una simile ricostruzione non ci sembra di ostacolo all'interpretazione proposta, tenuto conto del fatto che lo stesso art. 400 LEC fa riferimento alle ragioni di fatto e di diritto che potevano essere allegare nel primo procedimento e non lo sono state, mentre è chiaro che non tutti questi elementi possono allegarsi nel procedimento monitorio (ad esempio perché non si possiede un'idonea prova scritta per una parte del credito), circostanza che, ci pare, porta ad escludere il formarsi di una preclusione in relazione a somme il cui pagamento non era possibile pretendere in via monitoria.

La scarsa regolamentazione del contenuto della *petición* ha posto notevoli problemi nel coordinamento con la fase conclusiva del procedimento monitorio nei casi di opposizione o di passaggio all'esecuzione forzata ai quali, in parte, si è già accennato⁴⁴⁶.

Se infatti il debitore non si oppone all'ingiunzione nel termine concessogli, a tenore dell'art. 816 LEC, il tribunale (almeno *ante* riforma del 2009) dovrebbe emanare un *auto despachando ejecución* per la somma ingiunta. Tuttavia, come si è visto, questo provvedimento in Spagna viene emanato a seguito di una specifica *demanda ejecutiva* proposta da chi sia già in possesso di un titolo esecutivo e prevede che il ricorrente indichi i beni del debitore che intende aggredire o le ricerche da compiere per individuarli e le misure esecutive da porre in essere. Ovviamente, tutti questi dati non debbono essere inseriti nella *petición* ma, se si entra direttamente

⁴⁴⁶ Laddove il debitore paghi la somma ingiunta è chiaro che non sorgono particolari difficoltà e l'istituto ha pienamente raggiunto il suo scopo.

nell'esecuzione al termine del rito monitorio, si pone il problema di come fornire al giudice questi elementi, circostanza che ha dato luogo alle più diverse soluzioni, tra la concessione di un termine per integrare la domanda prima di *despachar la ejecución*, all'autorizzare l'esecuzione ma sospendere immediatamente il procedimento fino alla presentazione della relativa domanda con tutti i dati da parte del creditore, fino alla dichiarazione di nullità dell'autorizzazione dell'esecuzione con invito al creditore a proporre una *demanda ejecutiva*⁴⁴⁷.

Quanto ai rapporti col giudizio di opposizione, i problemi emergono nel caso in cui questo, in ragione del valore della pretesa azionata, debba seguire le forme del *juicio verbal*. Infatti, mentre se la somma è più elevata di € 3.000,00, il ricorrente in via monitoria, a seguito dell'opposizione del debitore, è obbligato a presentare la domanda ordinaria corrispondente (che dunque dovrà contenere le relative indicazioni), quando il valore non superi questo limite, le parti sono direttamente citate per l'udienza del *juicio verbal* davanti allo stesso tribunale che ha emanato l'ingiunzione⁴⁴⁸. La domanda dell'attore, in precedenza ricorrente in via monitoria, pertanto, si fonderà sul contenuto della *petición* ma correttezza imporrebbe di concedergli la facoltà di integrarla, soprattutto con richieste istruttorie, nel corso della prima udienza, altrimenti questi vedrebbe indebitamente limitati i propri mezzi di offesa alle sole prove precostituite (uniche allegabili al ricorso per ingiunzione) anche in un giudizio ordinario di cognizione⁴⁴⁹.

6. Lo *ius postulandi*: ragioni di una scelta e di una polemica.

Si è visto che il legislatore spagnolo, per l'avvio del procedimento monitorio, ha introdotto un atto specifico, particolarmente informale e facile da redigere (addirittura mediante appositi formulari prestampati). Correlativamente, ed al fine di favorire al massimo l'impiego dell'istituto, ha anche stabilito la non necessità dell'assistenza tecnica – che in Spagna comprende l'ausilio di due figure professionali distinte, l'avvocato ed il procuratore – per la proposizione di quest'atto processuale e fino alla conclusione del rito monitorio in assenza di opposizione.

La norma è stata una delle più criticate della nuova LEC, in particolare dalla classe forense che è insorta facendo leva soprattutto sulla necessità di non privare il cittadino dell'assistenza tecnica per non ledere il diritto di difesa e l'uguaglianza delle parti dato che, nell'eventuale giudizio

⁴⁴⁷ Cfr. **J. P. Correa Delcasso**, *El auto despachando ejecución en el juicio monitorio*, in *Revista de derecho procesal*, 2007, p. 246.

⁴⁴⁸ Si tornerà in seguito, soprattutto *sub* 9.3., sulla problematicità dei rapporti tra fase senza contraddittorio e giudizio di opposizione, anche alla luce degli scarsi riferimenti normativi offerti dalla LEC.

⁴⁴⁹ La soluzione sembra oggi dominante ma è stata ed è tuttora controversa. V. quanto si dirà in seguito, *sub* par. 9.3.

di opposizione (e in generale nel processo di cognizione), l'assistenza è facoltativa solo per pretese inferiori ai 900 Euro. Inoltre questi professionisti erano spaventati dal fatto che la norma potesse aprire le porte dell'intervento in giudizio ad altre categorie professionali⁴⁵⁰.

Si tratta di argomenti deboli, a fronte dei quali stanno le solide ragioni di questa scelta, in parte già anticipate all'inizio del presente lavoro⁴⁵¹. Esse derivano da alcune osservazioni contenute nel *Libro Bianco* sulla giustizia circa il problema dell'accesso alla giustizia civile e la fiducia dei cittadini nel suo esercizio. Le stesse sono riportate nell'Esposizione dei Motivi della LEC ove emerge come questa abbia inteso rafforzare notevolmente l'accesso alla giustizia e soprattutto la tutela del credito, in modo particolare quello dei piccoli e medi imprenditori, che, vigente il vecchio codice di rito, preferivano spesso rinunciare ai propri crediti o accettare transazioni sfavorevoli, spaventati dalla durata e dai costi di un processo civile⁴⁵². Secondo vari contributi, cronologicamente prossimi all'entrata in vigore della LEC, la polemica suscitata dall'Avvocatura era assolutamente sproporzionata, dato che, nell'opinione di questi autori, la maggioranza dei ricorrenti avrebbe continuato ad avvalersi dell'assistenza tecnica e che, comunque, l'uso del rito monitorio, comportando un aumento del numero delle liti (incoraggiando a proporre domande anche quei soggetti che prima non lo facevano, spaventati dai costi), avrebbe aumentato il lavoro per i professionisti legali⁴⁵³. Altri autori hanno criticato parzialmente la scelta della LEC nel senso che sarebbe stato preferibile generalizzare la previsione introdotta nel rito monitorio della LPH (e passata, solo per questo tipo di crediti, nel monitorio generale della LEC), secondo la quale è il soccombente a dover sostenere le spese di lite, sebbene l'assistenza tecnica sia facoltativa⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Timore rapidamente smentito, anche dalla giurisprudenza, secondo la quale o la parte interviene personalmente o può farlo solo a mezzo di un procuratore, unico soggetto legittimato dall'ordinamento ad agire processualmente in nome e per conto altrui. Cfr. **Magro Servet**, *¿Intervención de procurador*, cit., p. 1 ss.

⁴⁵¹ In particolare nella parte in cui si sono analizzate le varie proposte di introduzione in Spagna del rito monitorio, cfr. Cap. I. Sul punto, si veda quanto esposto prima dell'entrata in vigore della LEC del 2000 da **V. Magro Servet**, *Los juzgados dispondrán de impresos de demanda para los juicios verbales (menos de 150.000 pesetas) monitorio*, in *La Ley*, 1999, 5, D-256, p. 1999 ss. e, in particolare, p. 2000, ove riporta una statistica presente nel Libro Bianco in base alla quale il 60% degli intervistati preferiva arrivare ad un accordo, "anche a costo di perdere parte di che la giustizia potrebbe darmi, evitando così l'intervento di un terzo o il ricorso al giudice".

⁴⁵³ **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, cit., pp. 281-282; **Id.**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 102; **A. De La Oliva**, *El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, y la protección del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio*, in *La Ley*, 1999, 2, p. 1645.

⁴⁵⁴ Cfr. **Correa Delcasso**, *ult. cit.*, p. 282.

Al momento, la non obbligatorietà dell'assistenza legale comporta l'impossibilità della condanna alle spese del rito monitorio: se si decide di valersi ugualmente dell'aiuto di un professionista si dovrà far fronte ai relativi costi salvo in due ipotesi tassative: nel caso il giudice competente per il procedimento sia diverso da quello del luogo di residenza del ricorrente⁴⁵⁵ e nel caso si tratti del recupero di spese condominiali comuni documentate mediante *CIGCCP*⁴⁵⁶.

La prassi ha dimostrato l'infondatezza della polemica e dato ragione ai fautori del nuovo codice di rito, dato che, secondo statistiche successive all'entrata in vigore di quest'ultimo, circa l'80% dei creditori continuava ad avvalersi dell'assistenza tecnica per presentare le proprie domande di tutela monitoria. Le motivazioni sono sostanzialmente connesse al proseguo del giudizio monitorio che, per importi superiori ai novecento euro (limite per la comparizione personale nel giudizio ordinario [di tipo *verbal*]), tanto nel caso di sfociare nell'esecuzione forzata quanto in un giudizio di opposizione, obbliga a rivolgersi ad avvocato e procuratore⁴⁵⁷. Esse, peraltro, risultano sostanzialmente in linea con le precedenti statistiche elaborate dal Consiglio Generale del Potere Giudiziario (*CGPJ*) ed inserite nel Libro Bianco⁴⁵⁸.

Tenuto conto della peculiare ricostruzione del monitorio spagnolo, è stato giustamente sottolineato che la non necessarietà dell'assistenza tecnica è circoscritta alla fase senza contraddittorio fino all'emanazione dell'*auto despachando ejecución* o alla presentazione dell'opposizione, pertanto qualsiasi attività precedente può essere fatta dalle parti personalmente. In questo senso il ricorrente potrà rivolgere personalmente uno scritto al giudice per "ricordargli" di emanare il menzionato *auto*, la cui concessione,

⁴⁵⁵ Una previsione logica, atteso che sarà necessario richiedere l'aiuto di qualcuno *in loco* per presentare la *petición* al giudice o, quantomeno, per seguirne le sorti.

⁴⁵⁶ *Certificaciones de impago de gastos comunes de comunidades de propietarios* (certificazioni di mancato pagamento di spese condominiali comuni). La previsione deriva dalla regolazione del precedente procedimento monitorio introdotto, solo per questo tipo di pretese, dalla *Ley de Propiedad Horizontal* al fine di fornire una maggiore tutela al condominio, istituzione che può subire gravi danni, che si riverberano su tutti i condomini, dalla mancanza di fondi per la propria gestione. La condanna alle spese, peraltro, assume qui quasi il carattere di una sanzione e dimostra l'attenzione del legislatore spagnolo nella tutela di questa istituzione, affiancandosi all'altra peculiare previsione della possibilità di notifica dell'ingiunzione per proclami al condomino moroso che viene giustificata con l'onere per il condomino stesso di precisare un luogo nel quale gli vengano comunicati gli atti relativi al condominio. Sul punto si tornerà più avanti, trattando della notifica dell'ingiunzione (cfr. par.7.2.).

⁴⁵⁷ Cfr. **V. Magro Servet**, *La petición inicial del monitorio: ¿se están utilizando los servicios de abogado y procurador pese a que no sea preceptivo o se utilizan los impresos a que se refiere el art. 437.2 LEC?*, in *La Ley*, 2003, D-39, p. 1675 ss.

⁴⁵⁸ Cfr. *Libro Blanco de la Justicia*, 1996, pp. 153-154, nel quale si riportava, in riferimento agli studi sull'accesso alla giustizia menzionati in precedenza, che "nell'ottantadue per cento delle liti è intervenuto l'avvocato e, in egual percentuale, il procuratore".

a tenore dell'art. 816 LEC, pare debba avvenire d'ufficio. Parimenti l'ingiunto non dovrà valersi dei professionisti forensi per accreditare (come richiesto dall'art. 817 LEC) l'avvenuto pagamento davanti alla corte⁴⁵⁹.

Sulla base della concezione del giudizio di opposizione come del tutto autonomo dal precedente *juicio monitorio*, tanto che, in caso di valore superiore alla soglia stabilita per il *juicio verbal*, è il creditore a dover riproporre la pretesa nelle forme di una domanda ordinaria, pena l'estinzione del giudizio e la condanna alle spese, non del tutto convincente ci pare la scelta di obbligare l'ingiunto che intenda opporsi a rivolgersi ad avvocato e procuratore anche per presentare tale scritto di opposizione⁴⁶⁰. Infatti, dal disposto dell'art. 815 – che lo obbliga ad allegare “succintamente (...) le ragioni per le quali, a suo parere, non deve, in tutto o in parte, la somma richiesta”) – dottrina e giurisprudenza hanno sostenuto che, per opporsi validamente, è sufficiente che l'ingiunto manifesti chiaramente il proprio desiderio di opporsi senza necessità di esporre in dettaglio le ragioni ed i fondamenti fattuali e giuridici dell'opposizione (ossia fatti impeditivi, modificativi o estintivi del credito azionato)⁴⁶¹. Infatti non vi è ragione di ritenere che il contenuto dell'atto di opposizione debba contenere indicazioni maggiori o rivestire maggiore complessità rispetto alla *petición*, per cui si crea tra le parti un'irragionevole disparità di trattamento. Si considerino i due tipi di giudizio di opposizione che possono seguire al monitorio a seconda del valore della pretesa azionata:

1. nel caso del *juicio verbal*, l'azione dell'attore si regge sulla *petición*, equiparata alla *demanda sucinta* (che è l'atto introduttivo del procedimento orale) e, per esigenze di giustizia (direi imposte dalla Costituzione), si consente (seppur non sia legalmente previsto) che questi possa integrare le proprie produzioni e deduzioni istruttorie (dato che alla richiesta monitoria possono essere allegate solo prove documentali). Egli sarà quindi assistito da un legale solo all'udienza direttamente fissata dal giudice. Perché allora porre l'ingiunto opponente su un piano diverso (da un lato peggiore, per i costi iniziali, ma dall'altro migliore, per la (sperabile) qualità dell'atto di

⁴⁵⁹ Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 103-104.

⁴⁶⁰ Si è espresso in questi termini anche **Correa Delcasso**, *op. ult. cit.*, p. 211.

⁴⁶¹ Anzi, come ebbe modo di dirmi il Prof. **De La Oliva** in occasione della conversazione su alcuni aspetti del rito monitorio spagnolo che intrattenemmo presso l'Universidad Complutense di Madrid nel novembre del 2009, l'ingiunto farebbe bene a “non pillarse demasiado los dedos en el escrito de oposición”, espressione colloquiale ma efficace, con la quale l'illustre processualista intendeva dire che l'opponente, in quest'atto, non dovrebbe scoprire troppo le proprie carte, favorendo la susseguente attività di replica dell'attore, ovvero pregiudicando gli esiti dell'opposizione nel caso di allegazione, nel giudizio di merito, di fatti diversi e magari contraddittori rispetto a quelli sintenticamente enunciati nell'atto di opposizione (es. sostenere nell'opposizione la scarsa qualità del prodotto e nel giudizio di merito la mancata consegna), elementi dai quali il giudice può trarre argomenti decisivi per formare il proprio convincimento circa l'infondatezza dell'opposizione.

opposizione, elaborato da un professionista del foro) rispetto all'opposto? Considerato che il giudizio di opposizione in Spagna non ha ad oggetto la conferma o revoca dell'ingiunzione ma questa si ritiene immediatamente caducata dalla proposizione dell'opposizione ed il giudizio ha per oggetto soltanto la fondatezza della pretesa azionata, canoni di equità e ragionevolezza, ci pare, avrebbero imposto di permettere a chi non si ritenga debitore della somma ingiunta di opporsi personalmente e, semmai, di obbligare le parti a comparire all'udienza, entrambe assistite (a partire dallo stesso momento processuale) dal proprio legale.

2. nel caso del *juicio ordenario*, a maggior ragione la scelta del legislatore non ha senso. Si da infatti per caducato il procedimento monitorio obbligando l'attore a proporre la corrispondente domanda ordinaria, tesa ad introdurre un nuovo giudizio nel quale la controparte dovrà costituirsi secondo le ordinarie regole sul processo civile. Che senso ha dunque obbligare l'ingiunto a rivolgersi ad avvocato e procuratore per due volte rispetto allo stesso procedimento? Peraltro non è dato sapere – ma a rigor di sistematica lo si dovrebbe escludere – se questi possa ripetere dalla controparte che risulti soccombente, oltre alle spese del giudizio di opposizione, nel quale risulterà costituito con la propria comparsa di risposta, anche quelle del precedente – e dunque estraneo a quel processo – scritto di opposizione.

7. L'ingiunzione di pagamento: contenuto e notifica della stessa.

7.1. Il contenuto dell'ingiunzione.

Si è visto che il legislatore spagnolo ha optato per un rito monitorio misto, simile alla *procédure d'injonction de payer* francese, con ampi margini di discrezionalità del giudicante nel valutare il materiale probatorio offertogli dal ricorrente che deve costituire soltanto un "principio di prova" del diritto di credito. L'atto con il quale si conclude positivamente la fase di valutazione della *petición*⁴⁶², per legge, riveste la forma di *providencia*, dunque, al pari del nostro decreto, necessita soltanto di una motivazione succinta⁴⁶³. Trattandosi di un provvedimento emanato *inaudita altera parte*, essa riunisce in sé sia la pronuncia circa l'ammissibilità della richiesta che il

⁴⁶² Si è visto che, pur con varie critiche, il rigetto della *petición* avviene mediante *auto* ricorribile in appello. Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.

⁴⁶³ Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 166-167.

conseguente ordine di pagamento sotto minaccia delle conseguenze per il patrimonio dell'ingiunto⁴⁶⁴.

L'art. 815 LEC afferma che, in caso di valutazione positiva, “se requerirá al deudor (...) para que pague (...) acreditandolo ante el tribunal o comparezca ante éste y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones por la que (...) no debe, en todo o en parte, la cantidad adeudada”; indentificando, dunque, nel *requerimiento de pago*, tanto la *providencia* che ammette la richiesta monitoria e contiene l'ordine di pagamento, quanto la notifica di essa⁴⁶⁵.

Il termine “requerimiento de pago”, palesa qui la sua scarsa correttezza da un punto di vista dogmatico sotto due profili.

In primo luogo, esso è impiegato anche in altre sedi e al di fuori dell'ambito processuale (es. per la richiesta di pagamento delle spese condominiali), mentre, nel ruolo attribuitogli dagli artt. 812 e ss. LEC non gode di una tradizione storica nell'ordinamento spagnolo, per cui alcuni autori avrebbero preferito l'uso del termine “mandato de pago” (ordine di pagamento), già noto ai processualisti⁴⁶⁶.

In secondo luogo, esso mette insieme due concetti ontologicamente distinti, ovvero il provvedimento giurisdizionale e l'attività di comunicazione del medesimo. Infatti, come sottolineato dalla dottrina, il termine “requerimiento” dovrebbe identificare la concreta forma impiegata per la comunicazione tra l'organo giurisdizionale e la parte della quale si occupa il *Secretario judicial* o altro funzionario da questi delegato, mentre per il provvedimento del giudice sarebbe stato più corretto impiegare il termine “mandato de pago” (ordine o ingiunzione di pagamento)⁴⁶⁷.

Il contenuto del provvedimento non è stato oggetto di regolamentazione da parte della LEC ma si è ritenuto che, il fatto che debba rivestire la forma di *providencia*, comporta che in esso siano indicati luogo e data di emissione con l'indicazione del giudice e la sua sottoscrizione. Deve

⁴⁶⁴ Si esprime così **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1474: “Il Giudice (...) competente, in un unico atto, emanerà una *providencia* (ex art. 815.1 LEC, non un *auto*, dunque) nella quale, dopo aver decretato la (...) ammissibilità [della *petición*], invierà al debitore il corrispondente ordine di pagamento (...)”. Si ricordi, infatti, che in Spagna ogni *demanda* è sottoposta ad un vaglio preliminare di ammissibilità (che riguarda pertanto i c.d. “presupposti processuali”), superato il quale il giudice fissa con proprio provvedimento l'udienza preliminare, in caso di *juicio ordenario*, o quella di trattazione, nel caso di rito *verbal*, e manda alla cancelleria per la notificazione della domanda e del suo provvedimento al convenuto.

⁴⁶⁵ Si esprime in questi termini **De la Llana Vicente**, *El proceso*, cit., p. 1655 che sostiene l'equiparazione tra ingiunzione (*requerimiento*) ed ordine di pagamento (*mandato de pago*), contenuto nella *providencia* che ammette la richiesta monitoria.

⁴⁶⁶ Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso*, cit., p. 24 ed ivi nota 14, il quale segue, in quest'ambito, le tesi esposte da **D. Guasp**, *Vieja y nueva terminología en el proceso civil*, in *Revista de derecho procesal*, 1946, p. 81.

⁴⁶⁷ **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 173.

inoltre far riferimento, sia pur per sommi cenni, al procedimento al quale attiene (es. nome delle parti, data di presentazione della domanda) e contenere una succinta motivazione circa il vaglio dei presupposti necessari per accogliere la *petición*. Infine, nella parte dispositiva, deve contenere l'ingiunzione al debitore affinché, entro venti giorni dal ricevimento del provvedimento, paghi l'importo richiesto e ne dia prova al tribunale, ovvero proponga opposizione per iscritto, pena veder autorizzata l'esecuzione forzata nei suoi confronti nelle forme previste per le sentenze di condanna⁴⁶⁸.

7.2. Modalità ed effetti della notificazione.

La notificazione è “l'attività volta a comunicare alle parti o a qualsiasi persona debba intervenire in un procedimento un atto che, di solito, è un provvedimento giudiziale”⁴⁶⁹. Essa si rivolge pertanto al coloro che si ritiene debbano essere messi in condizione di partecipare ad un procedimento nel quale siano in gioco i loro diritti o interessi legittimi.

In Spagna tale attività è affidata agli organi giudiziari e, più nello specifico, alla figura del *Secretario judicial*. Questo funzionario, munito del potere di attribuire pubblica fede ai documenti, ha il compito di garantire che le attività di comunicazione si svolgano correttamente, secondo le modalità stabilite dagli artt. 149 e ss. LEC, documentandone il compimento mediante le *diligencias de comunicación* (l'equivalente delle “nostre” relazioni di notifica)⁴⁷⁰.

Nel rito monitorio essa assume un rilievo particolare: con la notifica dell'ingiunzione si impone infatti al debitore di porre in essere una certa attività sotto la minaccia, non di una sanzione, ma di veder confermato dal suo silenzio il diritto del creditore e quindi con il rischio che il suo patrimonio possa essere aggredito esecutivamente⁴⁷¹. Questo è l'effetto principale della notifica in quanto, come si è avuto modo di vedere in precedenza⁴⁷², a differenza di ciò che avviene in Italia, non è da tale momento che si considera pendente la lite e che si producono gli altri effetti sostanziali e processuali della domanda che si ritengono già prodotti a

⁴⁶⁸ **Id.**, *Ibid.*, pp. 171-172.

⁴⁶⁹ **V. J. Casado Román**, *La notificación edictal en el juicio monitorio*, in *Boletín de información del Ministerio de la Justicia*, 2007, n. 2003, p. 11, che riprende la definizione proposta da **Montero Aroca**.

⁴⁷⁰ Per un'analisi delle funzioni del *secretario judicial*, almeno ante riforma del 2009, v. **A. M. Rodríguez Tirado**, *Las funciones procesales del Secretario Judicial*, Barcellona, 2000.

⁴⁷¹ Per **Armenta Deu**, *Leciones*, cit., p. 576, l'ingiunzione costituisce il punto di inflessione di questo procedimento, mettendo il debitore nella posizione obbligata di “pagare, opporsi o non dare risposta alcuna”. In quest'ultimo caso, “la mera passività del debitore è equiparata dal legislatore ad un argomento indiretto della certezza del debito, provocando una risoluzione giudiziale positiva che genera un titolo esecutivo con forza di cosa giudicata”.

⁴⁷² V. *supra*, Cap. 2, par. 5.

partire dal deposito della *petición* se la stessa è stata poi ritenuta ammissibile⁴⁷³.

La notificazione possiede dunque un rilievo centrale nell'istituto, in quanto l'efficacia di giudicato dell'ingiunzione non opposta si fonda sulla *fictio iuris* della conferma dell'esistenza del credito offerta dall'attitudine passiva (di non contestazione) del debitore ingiunto. Da ciò discende *ictu oculi* una violazione del diritto di difesa qualora questi venga a trovarsi di fronte ad un simile titolo, e quindi sostanzialmente indifeso rispetto all'azione del creditore, senza neppure aver avuto notizia del procedimento promosso nei suoi confronti⁴⁷⁴.

Il legislatore spagnolo concede all'ingiunto un termine piuttosto breve (almeno secondo i "nostri" canoni) per decidere sul da farsi (venti giorni) ma, in cambio, non prevede alcuna possibilità di ottenere un titolo provvisoriamente esecutivo, magari perché fondato su particolari categorie di documenti che, come si è avuto modo di vedere, influiscono soltanto sull'attività cognitiva del giudice in sede di valutazione della *petición*⁴⁷⁵, mentre non è chiaro se sia possibile richiedere (e, soprattutto, se si riuscirà ad ottenere) una misura cautelare (in particolare il sequestro conservativo) nei confronti dell'ingiunto⁴⁷⁶.

Inoltre, a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, e nonostante i suggerimenti della dottrina⁴⁷⁷, non è previsto alcun termine di caducità dell'ingiunzione in difetto di notifica. La questione non sembra però porre le stesse problematiche di possibile abuso da parte di creditori poco seri che sono state risolte altrove con la comminatoria di inefficacia del provvedimento ingiuntivo del quale il ricorrente non si avvalga entro un certo termine a causa della disciplina delle attività di notificazione prevista dal codice di rito spagnolo. Una volta ritenuta ammissibile la *petición* il giudice, in un unico atto, la accoglie ed ingiunge il pagamento della somma

⁴⁷³ Nello stesso senso, si è espresso, **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 188.

⁴⁷⁴ Cfr. **Serra Domínguez**, *La ley 1/2000*, cit., p. 60, secondo il quale l'ingiunzione di pagamento "costituisce il momento centrale del processo monitorio nel quale debbono portarsi all'estremo le precauzioni per garantire che effettivamente il debitore abbia conoscenza della pretesa, giacché non avendola si troverebbe posto nella più totale mancanza di difese". Sulla stessa linea **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., p. 1367.

⁴⁷⁵ Emergono qui due differenze sostanziali con il procedimento italiano: il termine per opporsi è della metà rispetto ai quaranta giorni concessi dal nostro legislatore. Curioso invece che una riforma così preoccupata di offrire una rapida tutela del credito non abbia introdotto alcuna forma di esecuzione provvisoria. La ragione, probabilmente, è la stessa "sana prudenza" che ha portato ad imporre il limite dei 30.000 Euro nonché le rilevanti differenze che sussistono tra Italia e Spagna in merito alla configurazione generale dell'istituto (in cui l'ingiunzione viene meno con la mera proposizione dell'opposizione) e la regolamentazione dell'esecuzione e dei titoli per avervi accesso.

⁴⁷⁶ Si rinvia a quanto detto *supra sub* cap. 2, par. 5.1.

⁴⁷⁷ Per l'analisi dei quali si rinvia a quanto esposto nel Cap. 1.

richiesta alla controparte con una *providencia* che viene notificata a cura del *Secretario judicial* o altro funzionario da questi delegato che vi provvede d'ufficio. In generale, l'art. 155 LEC impone al ricorrente soltanto l'onere di indicare il domicilio dell'ingiunto ovvero altro luogo ove questi possa essere rintracciato⁴⁷⁸. Il mancato assolvimento dell'onere, in generale, non comporta il rigetto della domanda ma espone la sentenza a varie possibilità di impugnazione, quali la "nullità degli atti" prevista dall'art. 228, la revocazione straordinaria ex art. 501, co. 3°, l'azione di revisione ex art. 510, co. 4° ed il ricorso di *amparo* per violazione del diritto ad una tutela giudiziale effettiva⁴⁷⁹. Tuttavia per la peculiare struttura del rito monitorio, ed in particolare in virtù delle norme di competenza esclusiva per esso previste come presupposto necessario dell'azione, ci pare che in questo caso la mancata indicazione del domicilio o altro luogo ove rintracciare l'ingiungendo agli effetti della notifica dell'ingiunzione comporterà il rigetto della domanda monitoria. Pertanto, nel caso del rito monitorio, la sola ipotesi che può porsi è quella per cui, indicati uno o più luoghi ove rintracciare la controparte, non risulti possibile portare a compimento la notifica presso tali indirizzi, nelle forme indicate dall'art. 161 e si imponga pertanto all'ufficio giudiziario di compiere le verifiche previste dall'art. 156, richiamato proprio dall'ultimo comma dell'art. 161 LEC.

Il legislatore spagnolo, infatti, non ha stabilito regole di notificazione *ad hoc* (come avviene invece in Francia ed era stato suggerito da più parti⁴⁸⁰), quantomeno per la generalità delle pretese deducibili in via monitoria ma, attraverso l'art. 815 LEC, ha operato un rinvio alle modalità di notifica stabilite dall'art. 161, ovvero alla consegna di copia del provvedimento personalmente all'interessato o a persone ed in luoghi a questi collegate. Solo in relazione alle ingiunzioni di pagamento per spese condominiali, il secondo comma dell'art. 815 fa espressa menzione dei luoghi e delle modalità utilizzabili per notificare l'ingiunzione, affermando che la notifica sarà tentata presso "il domicilio designato dal debitore per le notificazioni di qualsiasi indole relative a questioni afferenti al condominio. Se non avesse designato tale domicilio, si tenterà la comunicazione presso l'appartamento o locale condominiale e, se non fosse possibile portarla a compimento neppure in questo modo, si notificherà in conformità a quanto stabilito dall'art. 164 della presente Legge".

⁴⁷⁸ Si ricordi che, come si è visto trattando della competenza territoriale (par. 6.3.), proprio questa norma indica come possibili domicili dell'ingiunto il luogo risultante dall'anagrafe o risultante in altri registri pubblici o albi professionali ove si tratti di imprese o persone esercenti attività soggette a registrazione o iscrizione ad un albo, ovvero il luogo di lavoro non occasionale.

⁴⁷⁹ Cfr. **J. Picó I Junoy**, *Los requisitos constitucionales del emplazamiento edictal y la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, pp. 101-102.

⁴⁸⁰ Di nuovo, per brevità, ci permettiamo di rinviare al Cap. 1 del presente lavoro.

Scendendo nell'analisi delle possibili modalità di notificazione per le generiche ipotesi di condanna monitoria, in base al rinvio operato dall'art. 815 all'art. 161 della LEC, si ritiene che, in primo luogo, la notifica debba avvenire mediante consegna di copia autentica del provvedimento, in mani proprie dell'ingiunto, nel domicilio o altro luogo indicato dal ricorrente⁴⁸¹. La consegna del provvedimento ingiuntivo sarà documentata dalla relazione del *Secretario judicial* ovvero di altro funzionario designato che l'abbia portata a termine, facendovi risultare il nome del consegnatario e la sua sottoscrizione⁴⁸².

Nel caso l'ingiunto rifiuti di ricevere la consegna o di firmare la relazione di notifica, il *Secretario judicial* o il funzionario designato lo avvertiranno dell'obbligo a suo carico di riceverla, dopodiché, se questi insista a rifiutarsi lo informeranno che la copia del provvedimento rimarrà a sua disposizione nella cancelleria del giudice, producendosi egualmente gli effetti della notificazione.

Qualora il luogo in cui venga tentata la notifica corrisponda al domicilio risultante presso l'anagrafe o ad effetti fiscali o secondo il registro ufficiale o altra pubblicazione di un ordine professionale ed ivi non venga rintracciato l'ingiunto personalmente, la consegna potrà avvenire nelle mani di un impiegato o familiare maggiore di quattordici o al portiere dello stabile, se esiste, avvisando il ricevente dell'obbligo a suo carico di consegnare tale copia del provvedimento al debitore e di comunicare il luogo nel quale questi dimori, se lo conosce.

Se invece la notifica sia tentata presso il luogo di lavoro non occasionale dell'ingiunto, la consegna verrà effettuata alla persona che affermi di conoscerlo o, nel caso vi siano impiegati addetti al ritiro della corrispondenza, a questi ultimi. Nella relazione si indicheranno il nominativo del destinatario; la data e l'ora del tentativo infruttuoso di notifica mediante ricerca dell'ingiunto personalmente nonché il nominativo di colui che riceve la consegna della copia dell'atto ed i suoi rapporti con l'ingiunto.

⁴⁸¹ **Serra Domínguez**, *La ley 1/2000*, cit., p. 61, ritiene che la consegna in mani proprie del debitore o di un suo familiare o dipendente dovrebbe essere la sola forma di notifica ammessa per l'ingiunzione di pagamento, dato che costituisce l'unico modo nel quale vi è certezza dell'effettiva conoscenza da parte dell'ingiunto del procedimento a suo carico. Peraltro ha sottolineato come la regolazione attuale della notifica dell'ingiunzione "si presta alla frode, soprattutto tenuto conto del carente funzionamento dell'*Oficina Judicial*" e che il rito monitorio produce effetti di cosa giudicata, perciò "esige la massima prudenza nella pratica dell'ingiunzione".

⁴⁸² Così, p.e., **Armenta Deu**, *Leciones*, cit., p. 576 secondo la quale "il *secretario judicial* o il funzionario da questi designato, consegnerà una copia della *providencia* nella quale si accorda ingiungere il pagamento redigendo verbale della corrispondente attività che sarà firmato dal *secretario* o funzionario che la porti a compimento e dalla persona che la riceva".

Qualora non venga rintracciato nessuno presso il luogo designato per la notifica, il *Secretario judicial* (o altro funzionario delegato) ne darà conto nella relazione di notifica e cercherà di verificare se questi vive o meno lì e, in caso negativo, quale sia il nuovo domicilio, che verrà indicato nella relazione. Se anche così non risultasse possibile conoscere il domicilio dell'ingiungendo, il ricorrente, qualora non avesse indicato nella *petición* altri possibili luoghi a lui noti, a tenore dell'art. 161, 4° comma, potrà fare istanza affinché si procederà alla verifica del domicilio secondo quanto stabilito dall'art. 156 LEC⁴⁸³. In tal senso, come si è visto, l'ufficio giudiziario potrà chiedere informazioni all'anagrafe tributaria, all'istituto nazionale di statistica, agli enti di previdenza, agli ordini professionali o ad altri registri pubblici quando risulti che il debitore esercita una professione per la quale è obbligatoria una simile iscrizione⁴⁸⁴.

Nel caso si verifichi che il soggetto da intimare ha il proprio domicilio o residenza in un luogo diverso da quello originariamente indicato dal ricorrente e che fuoriesca dalla circoscrizione del giudice adito, si può venire a creare un'ipotesi di incompetenza sopravvenuta. Come si avuto modo di specificare nel corso dell'analisi del requisito della competenza territoriale, ciò è vero solo se il mutamento di domicilio o residenza è avvenuto prima del deposito della *petición* poi accolta⁴⁸⁵. Qualora si versi in un'ipotesi del genere si ritiene che il giudice incompetente debba inibirsi per assenza di un presupposto richiesto dalla legge per emettere l'ingiunzione, con conseguente nullità degli atti compiuti⁴⁸⁶.

⁴⁸³ La legge prevede in realtà due ipotesi nelle quali si impone al tribunale di verificare il domicilio del "convenuto" (o ingiunto, nel caso del rito monitorio): il primo caso, come si è visto nel testo, riguarda l'assenza di quest'ultimo presso il domicilio o luogo di lavoro individuato dall'attore (o ricorrente). La seconda ipotesi è invece quella nella quale il ricorrente allega che il domicilio della controparte gli è sconosciuto (pare, a seguito delle verifiche che gli si impone di effettuare utilizzando l'ordinaria diligenza – es. mediante visure camerali o certificati di residenza). Ci pare che questa seconda ipotesi mal si attagli al rito monitorio spagnolo, nel quale, in virtù delle peculiari norme di competenza previste, non sarebbe possibile individuare un giudice competente per l'emanazione dell'ingiunzione e dunque l'eventuale *petición* verrebbe rigettata senza procedere alle attività di verifica del domicilio dell'ingiungendo.

⁴⁸⁴ Per un compiuto esame delle modalità di notifica dell'ingiunzione previste dalla LEC v. **Picó I Junoy**, *Los requisitos*, cit., p. 97 ss. e **Casado Román**, *La notificación*, cit., p. 8 ss.

⁴⁸⁵ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 6.3.4.

⁴⁸⁶ Di nuovo, v. *supra*, cap. 2, par. 6.3.4. Ricordiamo, per comodità del lettore, che il problema della conoscenza sopravvenuta all'emissione dell'ingiunzione del vero domicilio del debitore si è posto spesso nella pratica ed è stato risolto, addirittura dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, nel senso che il trattamento vada equiparato all'incompetenza oggettiva e di conseguenza, nonostante la domanda sia stata ammessa e le sia stato dato seguito con l'emanazione del provvedimento ingiuntivo, il giudice che risulti essere stato erroneamente adito dovrà dichiararsi incompetente d'ufficio. V. *ATS 10.6.2004* in *Repertorio de Jurisprudencia menor Aranzadi*, 2004, 183162 o *ATS 22.4.2004* in *Revista Jurídica de Catalunya, Jurisprudencia*, 2004, p. 3454.

7.2.1. L'ammissibilità della notifica per proclami: dubbi di costituzionalità.

Proprio la costruzione delle modalità di notifica dell'ingiunzione, operata dall'art. 815 mediante rinvio all'art. 161 LEC (salvo per quanto riguarda l'ingiunzione di pagamento di spese condominiali, oggetto di specifiche indicazioni), ha dato adito ad uno dei maggiori dibattiti dall'entrata in vigore della LEC, che ha visto scontrarsi autorevoli posizioni dottrinali e giurisprudenziali e che non sembra del tutto risolto. Il quarto comma di quest'articolo, come di è visto in precedenza, rinvia, a sua volta, all'art. 156 LEC, in tema di attività di localizzazione della controparte, e questo prevede, come ipotesi residuale, nel caso in cui tutte le attività tese a rintracciarla abbiano avuto esito negativo, la possibilità di notificare il provvedimento in forma di proclami. Ci si è dunque chiesti se è possibile praticare in modo generalizzato la notifica dell'ingiunzione secondo tale modalità, possibilità espressamente prevista per la sola ipotesi di pagamento di spese condominiali.

La soluzione dipende in larga misura dalla prospettiva che si intende privilegiare. Com'è stato acutamente osservato, ci si trova infatti davanti alla necessità di ponderare e bilanciare gli opposti interessi del creditore e del debitore, il primo interessato a tutelare rapidamente il proprio diritto di credito, valendosi di un procedimento ben più rapido ed efficace del giudizio ordinario, il secondo a rischio di vedere il proprio patrimonio sottoposto ad esecuzione forzata senza aver avuto alcuna possibilità di difendersi⁴⁸⁷.

Un primo argomento speso a favore della tesi che ammette la notifica per proclami è, appunto, il rinvio operato dall'art. 815 all'art. 161 circa le modalità in cui notificare l'ingiunzione e che quest'ultima norma, a sua volta, rimanda alle verifiche previste dall'art. 156 che, come *extrema ratio*, ammette l'impiego della notifica per proclami ex art. 164 LEC.

È stato altresì sostenuto che l'art. 164, dedicato proprio, alla "comunicazione per proclami", non stabilisce alcun limite per tale forma di

⁴⁸⁷ Così **Casado Román**, *La notificación*, cit., p. 16. L'autore ha rilevato come, *de lege lata*, la notifica per proclami debba ritenersi ammissibile, rispettando i requisiti che anche il *Tribunal Constitucional* si è preoccupato di chiarire, ovvero quale *extrema ratio* impiegabile solo dopo aver tentato tutte le altre modalità di notificazione, indicando anche talune pronunce giurisprudenziali favorevoli. Peraltro, dimostrando una personale preoccupazione per le gravi conseguenze che la formazione di un simile titolo esecutivo può comportare per l'ingiunto, ha proposto, *de lege ferenda*, l'introduzione di un ricorso straordinario contro il provvedimento ingiuntivo ormai definitivo, magari sottoposto ad un termine breve di proponibilità per non vulnerare il principio di certezza del diritto. *Ibid.*, p. 20. Sulla necessità di prevedere un ricorso straordinario avverso l'ingiunzione non più impugnabile, quantomeno per vizi della notifica che ne abbiano impedito la conoscenza da parte dell'ingiunto, concorda **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 182-183.

comunicazione nel caso non si conosca il domicilio del destinatario né sia possa rintracciarlo altrimenti; mentre taluni hanno ricavato una ulteriore conferma della praticabilità di questa forma di notifica dal fatto che la stessa sia espressamente richiamata dal secondo comma dell'art. 815 LEC per l'ipotesi di ingiunzione di pagamento delle spese condominiali⁴⁸⁸.

Tuttavia, un altro importante filone di pensiero, ha indicato chiaramente che l'obiettivo da perseguire nella comunicazione dell'ingiunzione "deve essere la notifica personale ad ogni costo", a tutela del diritto di difesa del debitore⁴⁸⁹, motivo per il quale dottrina e giurisprudenza hanno sostenuto l'inadeguatezza della notifica per proclami rispetto alla struttura del rito monitorio, date le gravi conseguenze legate al silenzio dell'ingiunto che si converte in argomento indiretto di certezza della pretesa azionata⁴⁹⁰.

Si è detto anche che si tratta di una forma di notifica eccezionale, utilizzabile solo quando non sia possibile valersi delle altre, perciò, laddove il legislatore la ammette, lo esprime apertamente mentre in questo caso non lo fa, operando un semplice rinvio all'art. 161 quanto al modo di effettuare la notifica (consegna in mani proprie dell'ingiunto o a persone ed in luoghi che abbiano con questo un legame qualificato)⁴⁹¹. Essa può avere senso all'interno del processo ordinario nel quale, in ogni caso, si ha un'attività istruttoria sufficiente a provare l'esistenza del diritto dell'attore; un'attività che precede la condanna del convenuto, la cui contumacia gli preclude

⁴⁸⁸ **De la Llana Vicente**, *El proceso*, cit., p. 1655, ammette questa possibilità di notificazione come *extrema ratio*, a fronte dell'infruttuosità di tutti gli altri tentativi e ricerche del debitore. Purtuttavia avanza dei dubbi di costituzionalità sulla stessa, sospettata di essere lesiva del diritto alla tutela giudiziale effettiva e del diritto di difesa garantiti dall'art. 24 della Costituzione spagnola.

⁴⁸⁹ Cfr. **Ramos Méndez**, *Guía*, cit., p. 724, secondo il quale è questo il motivo per cui la legge si rivolge alla formula solenne della comunicazione mediante consegna di copia della risoluzione o della relativa cedola.

⁴⁹⁰ Cfr. **Armenta Deu Leciones**, cit., p. 577: "La trascendenza giuridica del silenzio del debitore al non rendere ragioni né opporsi, conduce facilmente a segnalare l'assenza di una garanzia sufficiente in questa forma di notifica per proclami. (...) Così non è possibile inferire dal silenzio del debitore un elemento indiretto di certezza". V. anche **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., p. 1368, secondo il quale "sebbene la regola generale è che la notificazione si realizzi nella forma prevista nell'art. 161 di questa legge, si deve ritenere che non è ammissibile la comunicazione per proclami. (...) Tenuto conto degli effetti che si collegano alla mancata comparizione del debitore nel monitorio, risulterebbe difficilmente ammissibile procedere ad una notificazione per proclami".

⁴⁹¹ In questo senso anche **Bonet Navarro**, *Derecho Procesal*, cit., p. 987, secondo il quale la notificazione per proclami ex art. 164 non è possibile riguardo all'ingiunzione in quanto inadeguata alle gravi conseguenze derivanti dalla mancata comparizione del debitore per cui è in gioco il suo diritto di difesa e perché il rinvio che l'art. 815 opera all'art. 161 riguarda solamente la modalità di notificare (consegna di copia del provvedimento) mentre, quando il legislatore ha ammesso la forma per proclami, lo ha fatto in modo esplicito. Pertanto "la notificazione dev'essere fatta personalmente [all'ingiunto] o, al massimo, nelle forme intermedie previste dal citato art. 161 LEC".

solamente di poter formulare talune eccezioni. Viceversa nel procedimento monitorio il ricorrente ottiene un titolo esecutivo con efficacia di giudicato proprio a fronte del silenzio del debitore, senza dover offrire, il più delle volte, alcun supporto documentale che possa definirsi una vera e propria prova dei fatti costitutivi del diritto azionato⁴⁹². Poiché l'attitudine passiva dell'ingiunto è l'elemento indiretto di certezza che conferma la pretesa del creditore, se la notifica avviene per proclami, non sembra si possa sostenere che il debitore abbia in qualche modo (vale a dire indirettamente, con il proprio silenzio) confermato il diritto di credito azionato in via monitoria e perciò attribuire all'ingiunzione non opposta nel termine l'efficacia che la legge prevede⁴⁹³. D'altronde lo stesso *Tribunal Constitucional* ha definito i tre requisiti necessari per poter ricorrere a questa forma di notifica:

- eccezionalità: la regola generale è la notifica in mani proprie dell'interessato, pertanto si consente solo eccezionalmente la notifica per proclami quando non sia stato possibile portare a compimento la notifica presso il domicilio, ovvero questo non risulti dalle verifiche effettuate o sia sconosciuto;
- sussidiarietà: debbono previamente essere state esaurite tutte le altre modalità di notifica previste dall'ordinamento e si possa dimostrare di averle tentate;
- ragionevolezza: occorre che il giudice, attraverso l'esame delle circostanze del caso, giunga ragionevolmente a convincersi dell'inutilità degli altri mezzi di notificazione ed autorizzi questa modalità di notifica mediante un provvedimento motivato⁴⁹⁴;

⁴⁹² Si ricordi quanto si è detto *supra*, nei par. 3 e 7.5.

⁴⁹³ La giurisprudenza lo ha affermato chiaramente ribadendo che “il carattere eccezionale sul quale si fonda il processo monitorio: presumere che il convenuto riconosce il credito che si pretende attraverso il suo silenzio, richiede di avere la certezza che tale silenzio si è prodotto in modo volontario e ciò si consegue solo dopo che risulti che l'ingiunzione di pagamento sia stata fatta personalmente. E tale certezza non si ottiene mediante la via edittale che si sostiene sulla finzione di considerare che il debitore ha avuto conoscenza dell'ingiunzione con la sua mera esposizione nel tabellone degli annunci del tribunale...”. V. *AAP Guipuzcoa*, 3.12.2004, f.j. 2°, in *La Ley* 980, 2004, n. 6252, p. 15. Lo stesso principio è affermato anche dall'*AJPI Bilbao* 20.06.2001 in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 1042, secondo il quale sarebbe come costruire una *fictio iuris* su un'altra, violando il nucleo stesso della tutela giudiziale effettiva. “Il giudizio monitorio suppone una inversione del principio (...) secondo il quale il silenzio del convenuto rappresentava il mero inadempimento di un onere e si presumeva di diritto che il citato o resistente si opponeva alla domanda (...). L'inversione del principio presume di diritto, nel giudizio monitorio, che il convenuto riconosce, con il proprio silenzio, l'esistenza del debito che gli si attribuisce, una volta che gli sia stato ingiunto di pagare mediante l'apporto di un principio di prova documentale. Questa finzione legale non può andare d'accordo con il nucleo essenziale della tutela giudiziale effettiva se, a sua volta, la si costruisce su di un'altra finzione legale, come indiscutibilmente risulta essere la comunicazione per proclami (...)”.

⁴⁹⁴ Cfr. **Picó I Junoy**, *Los requisitos*, cit., p. 97 ss., **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 182

e proprio quest'ultimo requisito non può ritenersi soddisfatto nel rito monitorio, ove non si può ritenere inutile che l'ingiunzione sia portata a conoscenza del destinatario in forme più garantiste.

Lo stesso argomento della previsione della notifica per proclami nel caso di ingiunzioni di pagamento di spese condominiali provate mediante *CIGCCP*, impiegato da alcuni per sostenere l'ammissibilità della notifica per proclami⁴⁹⁵ in via generale è stato rovesciato per affermare il contrario. Si è argomentato, infatti, che le norme sul procedimento monitorio hanno carattere speciale e sono pertanto di stretta interpretazione e che la stessa LEC, nell'Esposizione dei motivi, afferma di voler evitare i rinvii interni. Pertanto il rinvio all'art. 161 va inteso come riferito soltanto alle modalità di consegna del provvedimento ed alle verifiche da effettuare per rintracciare il vero domicilio del debitore mentre la previsione del secondo comma dell'art. 815, circa la notifica per proclami in relazione alle spese condominiali, ha carattere eccezionale e dunque limitato alle sole ipotesi per le quali il legislatore l'ha espressamente prevista⁴⁹⁶. Le differenze in tema di spese condominiali sono infatti un'eredità del rito monitorio introdotto dalla LPH che prevedeva un ordine gerarchico e peculiare di forme di notifica, espressione del *favor* legislativo verso il condominio: nel domicilio indicato dal debitore per le comunicazioni attinenti alle questioni condominiali, nell'appartamento o locale di sua proprietà, la notifica per proclami, mantenuto nel nuovo e generale istituto monitorio della LEC⁴⁹⁷.

Un ultimo argomento, speso assieme agli altri per sostenere l'inammissibilità della notifica per proclami nel rito monitorio è quello storico, in base al quale è sempre stata chiara la volontà del legislatore di escludere le forme di notifica che non garantissero la reale conoscenza

⁴⁹⁵ E, tuttavia, già oggetto di critica in quanto sospettato di incostituzionalità. Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Propiedad Horizontal*, cit., p. 2005 ss.

⁴⁹⁶ Così la *AAP Guipuzcoa*, 3.12.2000 ult. cit. ma anche l'*AJPI Bilbao* 20.06.2001 in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 1042 secondo il quale "la mancata previsione espressa per il procedimento monitorio generico, secondo il principio generale ermeneutico del diritto, 'se la legge tace non vuole perché quando vuole lo dice', rende inapplicabile questa previsione a tutte le ipotesi di procedimento monitorio. v. anche **Ramos Méndez**, *Guía*, cit., p. 724, nell'affermare che "la legge contiene una previsione speciale per le pretese relative a comunità di proprietari" e **Díez-Picazo Giménez**, *Comentarios*, cit., p. 1367: "Rispetto alla modalità in cui poter effettuare l'ingiunzione, esistono due norme: una generale, quella stabilita nel par. 2° del comma 1, l'altra speciale, per i crediti del condominio". Più di recente, **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1476.

⁴⁹⁷ Cfr. **Toribios Fuentes**, *El proceso*, cit., www.der.uva.es/procesal/monitorio.htm, che afferma, tra l'altro, come si tratti di un sistema di norme imperativo, diverso, sia dalla disciplina prevista in tema di monitorio generico, sia da quella generale in materia di comunicazione di atti giuridici ex art. 161 LEC. Come già esposto, l'ammissione della notifica edittale è una sorta di sanzione dato l'onere del condomino di stabilire un luogo "per le notifiche e citazioni di ogni indole relazionate con le questioni della comunità di proprietari". Cfr. **Ramos Méndez**, *Guía*, cit., p. 724.

dell'ingiunzione ed il problema odierno è sorto a causa di una carenza tecnica legislativa. Infatti, nella prima bozza di Avanzoprogetto, l'art. 807, 2° co., imponeva la necessità di notificare l'ingiunzione "nei modi previsti dalla presente Legge e (...) personalmente al convenuto". Nella redazione dell'Avanzoprogetto (art. 805, co. 2) era invece sparito il riferimento alla notifica in mani proprie che, tuttavia, tornava nel Progetto di LEC, il cui art. 813, co. 2°, operava un rinvio, circa le modalità di notifica dell'ingiunzione, all'allora art. 160, il quale faceva riferimento soltanto alla consegna di copia del provvedimento, senza menzionare la notifica per proclami. Era dunque chiaro che quest'ultima modalità di notifica non era ritenuta ammissibile nel rito monitorio. Nel testo della LEC, il riferimento passa dall'art. 160 al 161, norma che ne ricalca integralmente il contenuto salvo aggiungere l'ultimo paragrafo sopra menzionato, che rinvia, a sua volta, all'art. 156 il cui ultimo comma, come si è visto, ha dato luogo all'odierna diatriba. Si è però fatto notare che tale aggiunta, frutto di un emendamento del Gruppo Parlamentare Catalano, era tesa soltanto ad imporre alle corti l'obbligo di effettuare le necessarie verifiche per rintracciare la parte destinataria dell'atto onde consentirne la consegna ma, nell'approvare l'emendamento, non venne minimamente tenuto conto della peculiarità del rito monitorio⁴⁹⁸.

Sulla base di queste argomentazioni si è dunque sostenuto che: "Se non si può garantire la notifica personale dell'ingiunzione, il giudice dovrà archiviare gli atti (*archivar las actuaciones*), senza pregiudicare il diritto dell'attore di richiedere il pagamento attraverso il processo ordinario corrispondente per valore", ovvero con un provvedimento privo di efficacia di giudicato⁴⁹⁹. Si tratta di una soluzione che sembra più in linea con l'elaborazione del diritto di difesa e ad una tutela giudiziale effettiva operata dal *Tribunal constitucional* in relazione alla notifica per proclami. L'Alta Corte ha infatti sancito la nullità di un procedimento penale speciale nel quale "la citazione del denunciato a comparire in giudizio costituisce l'unico mezzo che gli si offre per conoscere l'esistenza del procedimento e, dunque, per preservare il precetto costituzionale secondo il quale nessuno può essere condannato senza prima conoscere l'accusa formulata contro di lui"⁵⁰⁰. Ci sembra che il principio sia pienamente predicabile anche rispetto al rito monitorio nel quale, la notifica dell'ingiunzione, è il solo atto che consenta

⁴⁹⁸ Cfr. **Picó I Junoy**, *Los requisitos*, cit., pp. 98-99, autore fermamente contrario all'impiego della notifica per proclami nel rito monitorio.

⁴⁹⁹ Cfr. **López Sánchez**, *El proceso*, cit., p. 202 o anche **Gómez Amigo**, *La introducción*, cit., p. 1199 e **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., pp. 1476-1477. La giurisprudenza di merito ha sostenuto che, in una simile situazione, non vi sarebbe un giudice competente per conoscere del procedimento monitorio. Cfr. l'*AJPI di Bilbao del 20.06.2001* in **Cordón Moreno**, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 1043.

⁵⁰⁰ *STC 235 del 21.6.1997*, relativa al *juicio de faltas*, riportata da **Picó I Junoy**, *Los requisitos*, cit., p. 90.

all'ingiunto di avere notizia del procedimento avviato nei suoi confronti e di far valere le proprie ragioni.

7.3. Il problema dell'incompetenza del giudice quando la notifica debba avvenire all'estero.

In via di principio, non vi sono norme in tema di notifica che ostino alla comunicazione all'estero dell'ingiunzione, sulla scorta di quanto in precedenza previsto per il "nostro" decreto ingiuntivo. La Spagna, Paese membro dell'Unione Europea, ha aderito agli strumenti previsti in ambito intracomunitario per le attività di notificazione tra soggetti residenti in Stati membri diversi (da ultimo il Reg. CE 1393/2007 che ha modificato il precedente Reg. CE 1348/2000). Tuttavia, nonostante alcuni autori abbiano ritenuto possibile tale forma di notificazione⁵⁰¹, una simile soluzione ci sembra difficilmente prospettabile a causa delle stringenti regole di competenza territoriale previste per potersi valere dell'istituto monitorio. Se infatti il giudice competente è soltanto quello del luogo di domicilio o residenza del debitore, ovvero quello del luogo ove questi possa essere rintracciato ai fini della notifica dell'ingiunzione, non si vede come possa configurarsi la competenza di un giudice spagnolo quando l'ingiungendo risieda all'estero.

7.4. Una possibile riforma: la notifica mediante *procurador*.

Per ovviare alle perplessità suscitate da questo sistema di notificazione ed offrire maggiori garanzie circa l'affidabilità ed il corretto funzionamento delle attività di comunicazione, la dottrina ha proposto l'adozione, da parte del Codice di rito spagnolo, di una soluzione "alla francese" che preveda di affidare la notifica dell'ingiunzione ai *procuradores*, mediante delega del *Secretario judicial* dell'ufficio giudiziario che abbia emanato il provvedimento, a condizione che ciò non renda eccessivamente costoso il procedimento monitorio⁵⁰². Al momento, la proposta è stata parzialmente accolta nel senso che le operazioni di notifica rimangono tendenzialmente affidate alla *Oficina judicial* ma si ritiene, qualora l'istante lo richieda nella *petición*, che il *Secretario* possa

⁵⁰¹ **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 184-185.

⁵⁰² Cfr. **Id.**, *Ibid.*, pp. 185-188.

autorizzare il *procurador* a portare a compimento l'attività di notificazione dell'ingiunzione⁵⁰³.

8. I possibili esiti della fase senza contraddittorio.

Ricevuta la notifica dell'ingiunzione, salvo l'ipotesi eccezionale per cui il ricorrente rinunci spontaneamente agli atti⁵⁰⁴, il destinatario si trova di fronte ad una triplice opzione: pagare e dare prova dell'avvenuto pagamento al tribunale, proporre opposizione all'ingiunzione ovvero rimanere inerte e confermare così la validità della pretesa azionata nei suoi confronti, col rischio di vedere aggredito esecutivamente il proprio patrimonio. Di seguito si analizzeranno separatamente i tre possibili esiti dell'ingiunzione.

8.1. Il pagamento da parte dell'ingiunto.

Se il debitore decide di pagare, l'art. 817 LEC gli impone l'onere di documentare il pagamento davanti al giudice nel termine di venti giorni dal ricevimento dell'ingiunzione, pena il rischio di veder aggredito in via esecutiva il proprio patrimonio. Tuttavia, l'ingiunto che abbia pagato e si veda comunque sottoposto ad esecuzione, potrà far valere il pagamento come motivo di opposizione in questa sede, allegandolo come fatto estintivo del diritto di procedere ad esecuzione forzata⁵⁰⁵.

La norma è piuttosto peculiare, in quanto prevede che, non appena l'ingiunto offra prova al tribunale dell'avvenuto pagamento, questo gli rilascerà una "ricevuta di pagamento". Poiché il debitore deve "*acreditar el pago*" davanti alla corte questi dovrà già essere in possesso di un documento, ad esempio una quietanza, rilasciatagli dal creditore, dunque riceverà una ricevuta per un pagamento già documentalmente provato.

A differenza di quanto avviene nel procedimento cambiario, in questo caso non è prevista alcuna condanna alle spese per l'ingiunto, si

⁵⁰³ Cfr. **V. Magro Servet**, *Las reformas del proceso monitorio en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de Noviembre (1)*, in *La Ley Digital*, 671/2010, www.laleydigital.es.

⁵⁰⁴ Secondo la dottrina, la possibilità del *desestimio unilateral* deve ritenersi ammissibile, con le modalità ed effetti di cui all'art. 20 LEC. Cfr. **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1477.

⁵⁰⁵ Pare dunque che anche questa attività vada compiuta nel termine di venti giorni dal ricevimento dell'ingiunzione, anche se, nel caso si sia pagato ma non lo si sia documentato davanti al Giudice, si potrà sempre opporre il pagamento quale eccezione all'esecuzione. Cfr. **De La Llana Vicente**, *El proceso*, cit., p. 1656, secondo il quale la documentazione del pagamento è un onere che grava sul debitore, suscettibile comunque di sanatoria.

ritiene per analogia con l'art. 395 LEC in tema di acquiescenza alla pretesa del creditore⁵⁰⁶ per cui saranno ripetibili solo i costi (ovvero gli esborsi effettivi) documentati ed inseriti nella *petición*. Pertanto, come si è visto analizzando le pretese deducibili in via monitoria, la somma da versare sarà esattamente quella indicata nell'ingiunzione, senza l'aggiunta degli ulteriori interessi che possano maturare dal deposito della *petición* al pagamento effettivo⁵⁰⁷. Si tratta quindi di una previsione in certo modo favorevole al debitore (e, in questo senso, tesa a promuovere l'adempimento spontaneo) dato che questi risparmierà delle somme rispetto al caso in cui si veda sottoposto ad esecuzione forzata, con intervento di avvocato e procuratore e maturazione degli interessi moratori sul credito.

Ante riforma del 2009⁵⁰⁸, un profilo problematico suscitato da questa ipotesi era l'assenza di un qualsiasi provvedimento che ponesse fine al procedimento, in sostanza prendendo atto dell'acquiescenza dell'ingiunto al contenuto del medesimo con conseguente produzione di effetti sostanziali di giudicato in relazione al suo oggetto. Il testo dell'art. 816 LEC prevedeva infatti soltanto l'*archivo de las actuaciones*. La dottrina aveva così sostenuto che il provvedimento che disponeva l' "archiviazione degli atti" dovesse permettere di individuare il procedimento al quale si riferiva (indicandone gli elementi soggettivi ed oggettivi) e che fosse in grado di essere utilizzato non solo come fatto estintivo dell'azione esecutiva ma anche come elemento per fondare l'eccezione di giudicato nel caso di successiva richiesta di pagamento (o restituzione) delle somme versate in adempimento dell'ingiunzione⁵⁰⁹.

Non risulta invece regolamentata l'ipotesi di un pagamento parziale della somma ingiunta, il che ha dato luogo ad opinioni discordanti tra chi ritiene che, in tal caso, sia evidente che l'ingiunto contesta la debenza della restante parte (e dunque si oppone, anche se non viene chiarito come possa ritenersi valida una simile opposizione, dato che l'art. 818 richiede che il debitore si opponga per iscritto)⁵¹⁰ e chi invece (soluzione dominante) lo ritiene ammissibile, previa accettazione del creditore⁵¹¹. In questo caso, verrà autorizzata l'esecuzione per il residuo⁵¹².

⁵⁰⁶ **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 201.

⁵⁰⁷ Cfr. *supra*, in particolare, par. 7.3.

⁵⁰⁸ Che ha inserito nelle LEC un nuovo provvedimento, denominato *decreto*, la cui emanazione spetta al *secretario judicial*.

⁵⁰⁹ Cfr. **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1484 ed anche, **Bonet Navarro**, *Derecho Procesal*, cit., p. 987, che espressamente richiama le tesi del precedente autore.

⁵¹⁰ **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., pp. 1482-1483.

⁵¹¹ Cfr. **Bonet Navarro**, *Derecho Procesal*, cit., p. 987, che fonda questa tesi sull'art. 1169 C.C. in base al quale, salvo che il contratto lo autorizzi espressamente, non si potrà richiedere al creditore di ricevere parzialmente le prestazioni nelle quali consista l'obbligazione.

⁵¹² *Ex plurimis*, **De La Llana Vicente**, *El proceso*, cit., p. 1657.

8.2. La mancata opposizione nel termine e il *despacho de la ejecución*.

Se il debitore non paga e non propone opposizione nel termine assegnatogli, a norma dell'art. 816 LEC (ante riforma del 2009), lo stesso giudice dell'ingiunzione⁵¹³ deve emanare un *auto* con il quale autorizzerà l'esecuzione forzata per l'importo dovuto, esecuzione che "si svolgerà secondo quanto previsto per le sentenze giudiziali, potendosi proporre l'opposizione prevista in questi casi; tuttavia il ricorrente in via monitoria ed il debitore esecutato non potranno richiedere nuovamente in un giudizio ordinario la somma azionata nel monitorio o la restituzione di quella corrisposta mediante l'esecuzione". Autorizzata l'esecuzione, il paragrafo 2 del secondo comma della suddetta norma, stabilisce altresì che il credito maturerà gli interessi ai quali fa riferimento l'art. 576 LEC (ovvero gli interessi di mora processuale)⁵¹⁴.

Si è già visto come questa regolamentazione abbia dato luogo a numerosi problemi pratici, generando prassi discordanti tra le corti circa il dovere di emanare d'ufficio l'ordinanza di autorizzazione dell'esecuzione, ovvero la necessità di presentare la *demanda ejecutiva* da parte del ricorrente o la sufficienza di un'integrazione dei dati da parte di quest'ultimo⁵¹⁵, problemi tali da aver spinto il legislatore ad intervenire, in occasione della riforma del 2009, inserendo un nuovo provvedimento a chiusura della fase monitoria, ovvero un decreto con il quale il *Secretario judicial* dichiara concluso senza opposizione il procedimento ed invita il ricorrente a richiedere l'autorizzazione dell'esecuzione⁵¹⁶.

⁵¹³ Si ritiene che si versi in un'ipotesi di competenza che l'ordinamento spagnolo espressamente definisce funzionale, prevista dagli artt. 61 e 545, co, 1 LEC. In tal senso, il giudice (pare inteso come ufficio giudiziario) che ha conosciuto del procedimento monitorio è competente anche per qualsiasi attività incidentale ad esso, per dare compimento ai provvedimenti che abbia emanato, per dare esecuzione all'*auto despachando ejecución* nonché per la trattazione dell'eventuale opposizione. Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 112.

⁵¹⁴ L'art. 816, come si è visto in precedenza (*supra* par. 2), è la norma chiave per la ricostruzione dell'efficacia di giudicato dell'ingiunzione non opposta che si ritiene formalizzata dalla formula impiegata, secondo la quale il ricorrente non potrà chiedere nuovamente la somma ingiunta in un successivo giudizio né l'esecutato potrà ripetere quanto pagato in adempimento dell'ingiunzione, rendendo intangibile il risultato ottenuto. Inoltre, la totale equiparazione, da questo punto di vista, ad una sentenza è completata dal secondo paragrafo: solo le sentenze possono infatti produrre gli interessi di mora ex art. 576 LEC.

⁵¹⁵ Cfr. *supra*, par. 2 e, **Corra Delcasso**, *El auto despachando ejecución*, cit., p. 246, nonché la giurisprudenza riportata da **Picó I Junoy – Adan Domenech**, *Los procesos*, cit., pp. 174-175 e da **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., pp. 1481-1482.

⁵¹⁶ Sul punto si tornerà alla fine del capitolo, nel paragrafo dedicato ad un rapido cenno ai principali cambiamenti introdotti dalla riforma del novembre 2009 che abbiano rilievo in relazione al procedimento monitorio. In questo caso, come detto, si tratta del *decreto* del

Vigente il vecchio testo dell'art. 816, la ricostruzione preferibile, maggiormente rispettosa del dettato e delle finalità perseguite dalla LEC, oltre che dei canoni interpretativi delle norme giuridiche, può esporsi nei seguenti termini:

- stante la specialità delle norme in materia di rito monitorio, istituto contiguo all'esecuzione forzata, poteva e doveva ritenersi implicito che, nel suo atto introduttivo, fosse contenuta la richiesta di avvio dell'esecuzione per il caso in cui l'ingiunto non si opponesse: in questo modo si rispettava il principio dispositivo⁵¹⁷;
- il giudice doveva autorizzare d'ufficio l'esecuzione alla scadenza del termine per opporsi: il dettato legislativo sul punto era chiaro nell'affermare che, in assenza di opposizione da parte dell'ingiunto, il giudice *despachará ejecución*, la quale, a norma del secondo paragrafo dell'art. 816, "proseguirà in conformità a quanto previsto per le sentenze". La presentazione della *demanda ejecutiva* è infatti attività che ordinariamente precede il *despacho de la ejecución* mentre qui l'esecuzione era già stata autorizzata per poi proseguire come se si trattasse di dare concreta attuazione ad una sentenza di condanna⁵¹⁸;
- in tal caso il titolo esecutivo, equiparato alla sentenza di condanna, era costituito dallo stesso *auto despachando ejecución*, nel quale si doveva dare atto dell'avvenuta notifica dell'ingiunzione e della mancata opposizione dell'interessato nel termine di legge⁵¹⁹;
- ritenuto che le informazioni richieste per l'attività esecutiva (normalmente oggetto della relativa *demanda*), non sono necessarie per la sua autorizzazione quanto per l'effettiva fruttuosità della stessa; al ricorrente si doveva concedere un termine per integrare la richiesta con gli elementi necessari al proseguo dell'esecuzione forzata, consentendogli di nominare avvocato e procuratore, nel caso la loro assistenza fosse obbligatoria in ragione del valore della

secretario judicial che dichiara concluso il procedimento monitorio ed invita il ricorrente a richiedere il *despacho de la ejecución*, dichiarando all'uopo sufficiente una mera richiesta (*solicitud*).

⁵¹⁷ Cfr. **Bonet Navarro**, *Derecho Procesal*, cit., p. 989.

⁵¹⁸ V. le osservazioni di **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1480.

⁵¹⁹ Si tratta di un qualcosa di simile al visto di esecutorietà previsto dal nostro Codice di rito: la conferma del diritto del ricorrente, che fino a quel momento si fonda su meri principi di prova allegati dal solo ricorrente, è offerta dal silenzio dell'ingiunto debitamente intimato e si è sempre ritenuto che tale titolo potesse essere impiegato per far valere l'eccezione di cosa giudicata, producendo copia o *testimonio* dell'*auto despachando ejecución* nell'eventuale successivo giudizio ove la questione venisse in rilievo. Cfr. **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1480.

pretesa azionata e di indicare i beni da pignorare, ovvero di richiedere le opportune misure tese a localizzarli⁵²⁰.

Questa ricostruzione permetteva altresì di superare i dubbi generati dal fatto che il legislatore avesse ommesso di stabilire un termine massimo entro il quale l'ingiunzione non opposta doveva essere convertita in un titolo esecutivo: trattandosi di un'attività officiosa il giudice era tenuto ad effettuarla nel più breve tempo possibile, con facoltà per l'interessato di sollecitarne comunque il compimento. Il nuovo testo, che attribuisce invece al *Secretario judicial* il compito di dichiarare concluso il procedimento monitorio ed invitare il ricorrente a richiedere l'avvio dell'esecuzione, si presta alla critica di non aver introdotto alcun termine massimo per la proposizione di tale richiesta.

Circa la possibile condanna alle spese, si deve ricordare che la normativa in tema di monitorio la esclude, salvo nel caso di pretese fondate su una *CIGCCP*. Pertanto, al di là di questa peculiare ipotesi, chi si sia avvalso dell'ausilio di avvocato e procuratore nel procedimento monitorio ne sopporterà il costo, non ripetibile dalla controparte, mentre saranno ripetibili le spese legali dovute all'intervento di questi professionisti nella fase esecutiva, qualora esso sia obbligatorio in ragione del valore della pretesa eseguita.

L'equiparazione della disciplina dell'esecuzione del titolo formatosi in seguito alla mancata opposizione dell'ingiunto nel termine di legge con quella prevista per le sentenze comporta un'altra conseguenza rilevante: ad essa si potranno applicare le relative norme, ovvero, per quanto qui interessa, gli articoli 575 e 578 LEC che, rispettivamente, consentono l'ampliamento dell'esecuzione agli interessi non ancora scaduti e che scadranno durante l'esecuzione nonché alle spese necessarie per quest'ultima ed alle rate ovvero alla totalità dell'obbligazione dedotta in giudizio che vengano a scadenza dopo l'autorizzazione dell'esecuzione.

Su quest'ultimo punto si è generata una vivace polemica che però riguarda soprattutto le spese condominiali: vigente il monitorio introdotto dalla LPH vi era infatti una norma speciale e del tutto peculiare, inserita nell'art. 21, che riteneva cumulabili nell'esecuzione anche le quote di ripartizione di spese maturate successivamente, a condizione che venissero provate mediante una nuova *CIGCCP* debitamente comunicata al condomino moroso. Tale norma, sparita nel coordinamento con il nuovo e generale istituto monitorio, aveva una formulazione molto simile, per non dire analoga, all'odierno art. 578, pertanto si sono scontrate, anche in giurisprudenza, posizioni diverse circa l'ammissibilità o meno di cumulare

⁵²⁰ Cfr., nuovamente, **Bonet Navarro**, *Derecho Procesal*, cit., p. 989; ma anche quanto affermato dalla giurisprudenza riportata da **Picó I Junoy**, *La interpretación*, cit., p. 1891.

nell'esecuzione anche le ulteriori quote di spese condominiali, maturate dopo l'autorizzazione dell'esecuzione⁵²¹.

La posizione maggioritaria e, ci pare, più corretta dal punto di vista interpretativo, è quella che nega la cumulabilità di tali quote, trattandosi in realtà non di successive rate o della scadenza definitiva dell'unica obbligazione dedotta in giudizio ma di obbligazioni separate. Al contrario, questa stessa tesi ci pare offra un appiglio sicuro per affermare che, azionato in via monitoria il pagamento di un certo importo per delle rate di un contratto di durata rimaste insolute (es. somministrazione di gas naturale), sia possibile cumulare nella successiva esecuzione, ai sensi dell'art. 578 LEC, le rate successive, venute a scadenza dopo l'attivazione del procedimento monitorio, trattandosi dell'adempimento della stessa obbligazione già dedotta in giudizio, per cui è superfluo dover attivare un nuovo giudizio di cognizione su di essa⁵²². La soluzione è peraltro conforme alla tesi dell'efficacia di giudicato propria dell'ingiunzione non opposta, equiparata a quella di una sentenza, efficacia che, nella concezione spagnola, possiede limiti molti ampi, tali da ricomprendere, per espressa proposizione normativa⁵²³, anche l'eccezione di compensazione e "la nullità del negozio sulla cui validità si fondava la pretesa"⁵²⁴. È chiaro dunque che, se non si potrà più mettere in discussione la validità del contratto dal quale sorge l'obbligazione periodica, non vi sono ostacoli per ammettere l'ampliamento dell'esecuzione alle prestazioni che, non ancora scadute al momento della condanna, vengano a scadere successivamente.

8.2.1. L'efficacia dell'ingiunzione non opposta.

Il tema dell'efficacia del provvedimento monitorio divenuto definitivo per la mancata opposizione (ed il mancato pagamento) nel termine assegnato all'intimato, ha suscitato un grade dibattito nella dottrina processualistica, soprattutto italiana.

In Spagna, data la scarsa regolamentazione dell'istituto monitorio e l'assenza di un'esplicita norma che espressamente attribuisca efficacia di giudicato all'ingiunzione non opposta, vi sarebbe stato, potenzialmente,

⁵²¹ Cfr. l'interessante studio della giurisprudenza offerto da **A. A. Pérez Ureña**, *¿Es posible acumular nuevas cuotas de gastos comunes en la fase de ejecución tras un proceso monitorio? Praxis judicial*, in www.laleydigital.es, 19335/2009, p. 1 ss.

⁵²² Cfr. **Picó I Junoy**, *Los procesos*, cit., p. 176.

⁵²³ Si tratta di una conseguenza del richiamo che l'art. 222 LEC, relativo alla "cosa giudicata materiale" fa all'art. 408 LEC, comma 2, relativo alla nullità del negozio giuridico sul quale si fonda la domanda, per ritenerlo coperto dal giudicato formatosi su una domanda che tale validità abbia come presupposto.

⁵²⁴ Cfr. **M. Ortelles Ramos**, nel volume da lui stesso curato, *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 570.

spazio per un dibattito altrettanto vivace. Al contrario, si deve rilevare come l'idoneità di questo provvedimento a generare la cosa giudicata materiale è stata sostanzialmente oggetto di un'immediata e generalizzata accettazione e non molto si sia discusso in relazione all'estensione del giudicato prodotto dall'ingiunzione non opposta.

Si è avuto modo di sottolineare come il legislatore del 2000 avesse stabilito che il giudice, una volta decorso inutilmente il termine per pagare od opporsi all'ingiunzione, dovesse emanare direttamente l'*auto despachando ejecución* che, pertanto, avrebbe contenuto due provvedimenti: l'accertamento del diritto con condanna al pagamento e l'autorizzazione a dargli esecuzione, situazione oggetto di riforma nel 2009 allorché si è introdotto un *decreto* che dichiara concluso il procedimento monitorio (e che quindi costituirà il vero e proprio titolo giudiziale del quale autorizzare l'esecuzione). Attenta dottrina aveva comunque sottolineato come, determinante per il prodursi dell'efficacia di giudicato, più che l'emanazione dell'*auto despachando ejecución*, fosse la preclusione del diritto di proporre opposizione, tesi confermata dal fatto che l'art. 816 LEC, come norma speciale, prevedesse l'immediata autorizzazione dell'esecuzione d'ufficio da parte del giudice, perciò, anche in quella prassi (sostanzialmente *contra legem*) fatta propria da alcune corti, di emanare una *providencia* ove si prendeva atto dell'intervenuta preclusione dichiarando che "fosse possibile il *despacho de ejecución*", richiedendo al ricorrente di presentare la relativa *demanda*, l'efficacia di giudicato avrebbe dovuto essere ricollegata a questa *providencia* e non certo al susseguente *auto* di autorizzazione dell'esecuzione⁵²⁵.

Questa riflessione ci sembra interessante, dal punto di vista comparatistico, perché questa prassi di alcune corti spagnole, era venuta a creare una sorta di "visto di esecutorietà" dell'ingiunzione, nel quale si attestava, sostanzialmente, la corretta conclusione della procedura senza opposizione da parte dell'ingiunto e dunque la non impugnabilità del provvedimento, autorizzando a procedere con l'esecuzione forzata. Si tratta cioè di qualcosa di molto simile a quanto avviene nell'ordinamento italiano (ma anche francese, pur con le indicate differenze, dato che qui è il cancelliere ad apporre il "visto"⁵²⁶), ove il giudice, verificata la regolarità della notifica e l'assenza di opposizione, dichiara definitivamente esecutivo il decreto ingiuntivo e manda al cancelliere per l'apposizione della formula. Sembra dunque evidente che, nel dubbio interpretativo generato da una normativa scarna ed innovativa nell'ordinamento spagnolo, l'argomento comparatistico e la circolazione dei modelli processuali abbiano giocato un ruolo importante nella ricerca di soluzioni da parte degli interpreti, sia pur,

⁵²⁵ Si veda l'interessante analisi di E. Vallines García, *La preclusión en el proceso civil*, Madrid, 2004, p. 293 ed ivi nota 499.

⁵²⁶ V. *supra* Cap. 1, par. 3.2.

nel caso di specie, con risultati che non ci sembrano condivisibili alla luce del dato normativo e delle finalità legislative.

Tornando all'efficacia di giudicato sostanziale del provvedimento, essa è proposta dalla stessa Esposizione dei Motivi della LEC che espressamente equipara l'ingiunzione non opposta alla sentenza passata in giudicato⁵²⁷. Essa, inoltre, viene fondata sulla (sia pur ambigua) formulazione dell'art. 816 LEC secondo la quale l'esecuzione proseguirà in conformità a quanto stabilito per le sentenze giudiziali potendo essere proposta solo la limitata opposizione prevista in questi casi (es. per estinzione dell'azione esecutiva a seguito del pagamento) “ma il ricorrente nel processo monitorio ovvero l'esecutato non potranno pretendere in un successivo giudizio quanto richiesto in via monitoria ovvero quanto corrisposto in sede di esecuzione”. Si tratta di una formula che, per il giurista italiano, sembra richiamarsi da vicino alla tesi della presunzione-preclusione *pro iudicato* proposta dal Redenti⁵²⁸, secondo la quale, l'efficacia dell'ingiunzione non opposta sarebbe qualitativamente uguale ma quantitativamente minore rispetto a quella di una sentenza di condanna, per cui da essa non potrebbero desumersi “effetti o conseguenze che vadano oltre i limiti della pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione”. In base a questa ricostruzione, all'ingiunzione non opposta non sarebbero dunque ricollegabili né il “giudicato implicito” né accertamenti incidentali⁵²⁹.

Al di là delle critiche a suo tempo formulate a questa teoria⁵³⁰, oggi nessuno in Spagna dubita dell'efficacia di cosa giudicata del provvedimento

⁵²⁷ “Este juicio [riferendosi al monitorio] es entendido como proceso ordinario y plenario y encaminado, por tanto, a finalizar, en principio, mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada”. V. *Exposición de motivos a la LEC*, par. XIX.

⁵²⁸ Ora in **E. Redenti – M. Vellani**, *Diritti processuale civile*, Milano, 1999, III, p. 91 ss. Più di recente, **Proto Pisani**, *Lezioni*, cit., pp. 80-81 e p. 561. All'esito di un'accurata analisi, una posizione sostanzialmente identica è sostenuta anche da **Ronco**, *Struttura*, cit. p. 571 ss.; nonché, più di recente da **Balena**, *Istituzioni*, cit., p.208 ss. Per un'interessante panoramica del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che illustra entrambe le ricostruzioni dell'efficacia del provvedimento ingiuntivo, piena equiparazione al giudicato proprio delle sentenze, ovvero preclusione *pro iudicato*, v. **P. Leanza – E. Paratore**, *Il procedimento per decreto ingiuntivo*, Torino, 2008, pp. 120-125.

⁵²⁹ Cioè il giudicato su questioni o punti fondamentali non oggetto di espressa pronuncia ma logicamente e giuridicamente necessari per giungere alla condanna e l'accertamento delle questioni pregiudiziali che, in Italia, a tenore dell'art. 34 c.p.c., possono formare oggetto di separata pronuncia con efficacia di giudicato.

⁵³⁰ In primo luogo, l'inesattezza nel mettere assieme concetti come quello di cosa giudicata e di preclusione, compiutamente evidenziata da **G. Chiovenda**, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1933, p. 3 ss., 42-43, 45, secondo il quale la preclusione opera esclusivamente all'interno del processo nel quale essa si verifica: la preclusione è infatti “la perdita o estinzione o consumazione (...) di una facoltà processuale per il solo fatto che si sono raggiunti i limiti segnati dalla legge al suo esercizio”; la cosa giudicata è la “la *res in iudicium deducta*, dopo che fu *iudicata*; in altri termini è il bene della vita che è perseguito in giudizio dopo che il giudice lo ha

che chiude il procedimento in assenza di opposizione⁵³¹, e non molto ci si è interrogati circa i limiti della stessa. La soluzione della questione sarebbe stata certamente più semplice se il legislatore avesse almeno previsto dei rimedi straordinari per impugnare l'ingiunzione definitiva, rendendo così più agevole l'accostamento del provvedimento ad una sentenza non più appellabile. Rovesciando invece i termini della questione, come vedremo tra breve, tali rimedi sono stati indicati dalla dottrina, partendo dall'assunto che l'ingiunzione non opposta sia da equiparare ad una sentenza di condanna passata in giudicato. Dunque, al fine di evitare problemi di incostituzionalità si è ritenuto debba trattarsi degli stessi strumenti previsti per le sentenze.

L'interrogativo circa l'estensione del giudicato materiale collegato all'ingiunzione non opposta è stato proposto in termini che, in qualche misura, ricalcano la teoria della *preclusione pro iudicato* e segnatamente:

- l'efficacia del provvedimento è accostata a quella della sentenza contumaciale, per cui si può certamente ritenere che il contenuto di questa "sentenza fittizia" sia una pronuncia di accoglimento della domanda;
- non altrettanto pacifica è l'individuazione di eventuali pronunce sui fatti provati o sugli elementi di diritto posti a fondamento della domanda che, in una sentenza, si rinvergono non solo nel dispositivo ma anche nella motivazione, sostanzialmente assente nella *providencia* che accoglie la *petición*. Per questo, l'ingiunzione non opposta avrebbe sicuramente l'effetto preclusivo del *ne bis in idem* (ovvero la funzione "negativa" della cosa giudicata) ma lo

riconosciuto o lo ha negato, e così è diventato incontestabile". Dunque la preclusione è un mezzo per giungere a questo risultato: preclusa la facoltà di contestare il *decisum* dalla sentenza, il bene della vita attribuito al vincitore non può più essergli tolto, col che il "giudicato", nella sua funzione di "preclusione finale, ha per effetto di escludere la proponibilità di tutte le questioni, fatte o non fatte, decise o non decise, che abbiano per fine rimettere in contestazione il bene che fu oggetto della pronuncia". Il giudicato riguarda dunque l'identità del bene della vita mentre la preclusione fa riferimento all'identità delle questioni decise. In secondo luogo, una volta ritenuto che il diritto consacrato nell'ingiunzione non opposta sia incontrovertibile, non può negarsi alla stessa ingiunzione l'efficacia di giudicato sostanziale solo per l'assenza di effettivo contraddittorio. Questa, infatti, è dovuta, al pari di quanto avviene in un giudizio contumaciale, all'inerzia della controparte, perciò così come non si nega che la sentenza contumaciale non appellata produca la cosa giudicata, ad eguale soluzione deve pervenirsi in relazione al provvedimento ingiuntivo definitivo. Per una critica puntuale alla tesi della *presunzione preclusione pro iudicato*, v. **Garbagnati**, *Il procedimento*, cit., p. 10 ss.

⁵³¹ L'idea, presente fin dai primi commenti, cfr. **Moxica Román**, *El proceso monitorio*, cit., p. 1 o **De La Llana Vicente**, *El proceso*, cit., p. 4, è oggi pressoché unanimemente condivisa da dottrina e giurisprudenza. V. **Bonet Navarro** in *Derecho procesal*, cit., pp. 980, 988-989; nonché **Picó I Junoy – Adan Domenech**, *Los procesos*, cit., p. 174 e la giurisprudenza ivi richiamata. Sia pur con atteggiamento critico, data la sua impostazione teorica di fondo, esposta e confutata in precedenza, l'affermazione è confermata anche da **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit. p. 1477 ss.

stesso non sarebbe facilmente sostenibile circa la funzione “positiva” o “pregiudiziale” del giudicato che si intendesse far valere in un successivo giudizio con oggetto connesso a quello dell’ingiunzione non opposta⁵³². Soprattutto qui ci pare di scorgere un accostamento alla tesi redentiana: sulla base di questa impostazione, infatti, non sarebbe deducibile, in un giudizio sulla validità del contratto, l’eccezione di giudicato fondata sull’ingiunzione non opposta relativa al pagamento di una singola rata di esso.

Di contro, a sostegno della tesi dell’efficacia di giudicato equiparabile (anche come estensione) a quella di una sentenza ci pare stiano alcuni dati normativi:

- l’esistenza di un termine perentorio di preclusione dell’opposizione dell’ingiunto che, se il risultato conseguito con l’ingiunzione definitiva potesse essere nuovamente messo in discussione per motivi allegabili nell’opposizione, non avrebbe altrimenti alcuna ragion d’essere⁵³³;
- il fatto che la condanna monitoria esprima, come detto, esercizio di una funzione giurisdizionale cognitiva, per cui ragioni di economia processuale si oppongono a che un altro giudice possa tornare sulla stessa *res litigiosa*;
- il disposto dell’art. 816 LEC, in particolare nella parte in cui prevede che, emanato l’*auto despachando ejecución*, il credito maturerà l’interesse previsto dall’art. 576 LEC che fa espresso riferimento ad “ogni sentenza o provvedimento che condanni al pagamento di una somma di denaro liquida”; e, soprattutto, ove afferma che l’esecuzione del provvedimento ingiuntivo seguirà le forme di quella prevista per le sentenze, ritenendo ammissibile la sola opposizione ex art. 556 LEC che è limitata ai soli casi di pagamento, caducazione dell’azione esecutiva o esistenza di un patto di *non petendo*⁵³⁴, con impossibilità, perciò, di far valere motivi di merito o comunque allegabili nel giudizio di opposizione. Come ci ha insegnato la migliore dottrina italiana, se il giudice dell’esecuzione non può dichiarare che l’ingiunto nulla deve al creditore è perché esiste già una pronuncia giudiziale che afferma il contrario e che, chiaramente, non è altro che un accertamento del diritto che deriva dalla cognizione iniziale del giudice e dall’atteggiamento di acquiescenza (*rectius* dal formarsi di una preclusione sull’indagine delle eccezioni) del debitore che non si oppone⁵³⁵. L’affermazione è

⁵³² Cr. **Vallines García**, *La preclusión*, cit., p. 293 ed ivi nota 500.

⁵³³ Cfr. **Garbagnati** *Il procedimento*, cit., p. 7 ss.

⁵³⁴ Cfr. **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit. p. 1479.

⁵³⁵ **Ronco**, *Struttura*, cit. p. 573. L’equiparazione della mancata opposizione ad una *facta confessio* è sostenuta anche da **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit. p. 190.

rafforzata poi, confermando l'efficacia *extra litem* all'accertamento contenuto nell'ingiunzione, per cui il risultato ottenuto non può essere rimesso in discussione in un successivo giudizio tra le stesse parti.

Sulla base di un percorso argomentativo simile, la quasi totalità della dottrina spagnola (nonché la giurisprudenza) ritiene applicabile all'ingiunzione la concezione ampia dei limiti del giudicato fatta propria dalla LEC, anche sulla base del fatto che si possa ritenere coperto da esso tutto ciò che sarebbe stato possibile allegare in sede di opposizione ma non lo è stato e che dunque si ritiene accertato in forza della maturata preclusione (idea che, peraltro, ci sembra richiamare da vicino gli enunciati di Calamdreì). Pertanto, vi sono autori che, esplicitamente, si sono espressi a favore dell'applicazione analogica delle norme sul giudicato previste per l'accertamento contenuto in una sentenza, in particolare l'art. 400, commi 1° e 2°, in virtù del quale si formerà una preclusione anche su quei "fatti essenziali o differenti titoli" dai quali potesse trarre origine il credito reclamato che fossero allegabili al momento della proposizione della domanda e che, invece, non siano stati allegati nella *petición*. Essi, pertanto non potranno più essere impiegati in un giudizio successivo per pretendere il pagamento di quell'importo inizialmente azionato in via monitoria⁵³⁶.

La concezione ampia dei limiti del giudicato, ricavata dal combinato disposto degli artt. 222, 400 e 408 LEC, si estende anche all'esistenza di eventuali controcrediti compensabili e alla validità del negozio giuridico che abbiano costituito il presupposto della pronuncia sul rapporto dedotto in giudizio e, più in generale, a tutti quei fatti ed eccezioni che potevano essere allegati in un giudizio e non lo sono stati⁵³⁷.

L'equiparazione del titolo ad una sentenza di condanna non può impugnabile, come anticipato poc'anzi, ha permesso alla dottrina di ritenere

⁵³⁶ Concorda sostanzialmente con questa ricostruzione **Vallines García**, *La preclusión*, cit., pp. 292-294.

⁵³⁷ Si veda l'interessante esempio proposto da **Vallines García**, *La preclusión en el proceso civil*, cit., p. 325, nota 549, in relazione a due diversi crediti contrattuali, denominati P ed H, tra gli stessi soggetti. In virtù delle stipulazioni, la scadenza del credito P è condizione di quella del credito H. Il creditore, prima della scadenza del credito P, ottiene un'ingiunzione per il pagamento di esso ed il debitore non si oppone nel termine, lasciando che tale provvedimento si consolidi. In tal caso, se il creditore agisse per ottenere il pagamento del credito H, il debitore non potrebbe più allegare che, in realtà, il credito P non è ancora scaduto (e, di conseguenza, non lo è il credito H) poiché la facoltà di allegare la mancata scadenza del credito P è ormai irrimediabilmente preclusa a causa della mancata opposizione alla precedente ingiunzione. Il creditore potrà quindi far valere l'efficacia positiva del giudicato formatosi su tale provvedimento. In sostanza si ritiene che la corte che conobbe del primo procedimento abbia rigettato l'eccezione di mancata scadenza del credito P (la scadenza del credito è infatti posta a fondamento dell'emanazione dell'ingiunzione e si considera confermata dall'atteggiamento passivo del debitore che non l'ha contestata) ed il secondo tribunale adito sarà vincolato da tale pronuncia.

applicabili ad esso, in via analogica, i rimedi straordinari previsti dalla legge per le sole sentenze. In particolare, si è sostenuto che l'ingiunto potrà avvalersi:

- della *rescisión de sentencia firme del demandando rebelde* di cui agli artt. 501 e ss. LEC, quando sia rimasto sempre involontariamente contumace: in sostanza si tratta di un rimedio avverso l'inesistenza o nullità della notificazione che abbiano generato una contumacia involontaria. Questa impugnazione consente di ottenere la sospensione dell'esecuzione già *despachada* e, se accolta, assolve in sostanza alle stesse funzioni per le quali in Italia è prevista l'opposizione tardiva, consentendo all'ingiunto di poter ridiscutere il merito della questione (cfr. art. 507 LEC);
- della *revisión de sentencias firmes* (revocazione straordinaria), di cui agli artt. 509 a 516 LEC;
- dell'*incidente de nulidad de las actuaciones* (nullità degli atti), quando gli siano preclusi i precedenti rimedi e ricorrano i motivi previsti dall'art. 225 che questi non abbia potuto far valere mediante uno dei rimedi previsti dall'ordinamento o che non siano stati rilevati d'ufficio dal giudice;
- del ricorso di *amparo*, per violazione del diritto di difesa e ad una tutela giudiziale effettiva⁵³⁸.

8.3. L'opposizione dell'ingiunto: i problemi di coordinamento con la fase senza contraddittorio.

L'ultima possibile conclusione del procedimento monitorio in senso stretto (ovvero della sua fase senza contraddittorio), che in pratica ne suppone il fallimento, è l'opposizione del debitore regolarmente proposta nel termine assegnatogli di venti giorni dal ricevimento della notifica dell'ingiunzione. Circa il computo del termine – oggetto anche in Italia di un lungo e vivace dibattito soprattutto in relazione alla sospensione feriale – lo si equipara al termine per proporre un'impugnazione, pertanto sono considerati validi tutti i giorni dell'anno, escluse le domeniche, le festività nazionali e quelle della Comunità Autonoma o locali considerati festivi a effetti lavorativi, nonché la sospensione feriale per il mese di agosto⁵³⁹.

Come si è visto⁵⁴⁰, il legislatore spagnolo ha scelto un modello ibrido di procedimento monitorio per cui, con la mera proposizione dell'opposizione si ritiene concluso il procedimento monitorio con totale caducazione dell'ingiunzione ed il giudizio di opposizione si avvicina al modello "puro", ovvero si tratterà di un giudizio autonomo avente ad

⁵³⁸ Cfr. **Correa Delcasso** *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 199-200.

⁵³⁹ Così **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 208.

⁵⁴⁰ In particolare *supra*, par. 3.

oggetto esclusivamente il merito della pretesa azionata e destinato a concludersi con sentenza che accerterà l'esistenza o meno del diritto di credito e, se del caso, condannerà il debitore a pagare⁵⁴¹.

A tenore dell'art. 818 LEC, l'opposizione deve essere presentata mediante atto scritto, con l'intervento di avvocato e procuratore se necessario in ragione del valore della pretesa azionata (ovvero 900,00 Euro); previsione superflua atteso che, se si ritiene che si tratti di un giudizio autonomo sul merito della pretesa, è evidente che saranno applicabili le ordinarie regole in tema di *ius postulandi*⁵⁴². La sola ipotesi oggetto di specifica regolamentazione è quella dell'opposizione fondata su *plurispetito*: in tal caso, il legislatore ha operato un esplicito rinvio all'art. 21 LEC. Pertanto il giudizio di cognizione verterà soltanto sulla parte di credito contestata mentre per il resto si riterrà che il convenuto abbia prestato acquiescenza alla domanda dell'attore⁵⁴³. A tenore dell'art. 21, infatti, "su istanza dell'attore, il tribunale potrà emanare immediatamente un'ordinanza (*auto*) di accoglimento delle pretese oggetto di detta acquiescenza. (...) Questa ordinanza (*auto*) sarà eseguibile in conformità a quanto previsto dagli artt. 517 e seguenti di questa Legge"⁵⁴⁴. Si tratta di una previsione normativa destinata a svolgere la stessa funzione che, nell'ordinamento italiano, è attribuita all'ordinanza per il pagamento delle somme non contestate prevista dall'art. 186-bis del Codice di rito e si tratta di un chiaro esempio di impiego del principio di non contestazione per favorire la rapida formazione di un titolo esecutivo⁵⁴⁵.

A questo punto occorre però precisare meglio i caratteri di questa predicata "autonomia" del giudizio di opposizione che hanno rilievo sotto vari profili, in particolare la competenza dell'organo giudiziario, l'onere della prova e la modificabilità della domanda originariamente proposta col ricorso per ingiunzione.

Innanzitutto si deve sottolineare come la situazione in Spagna sia complicata dalla sussistenza di due diversi riti processuali nei quali può

⁵⁴¹ Anche tra autori che hanno punti di vista diversi sul procedimento monitorio, vi è accordo su questo aspetto: con la presentazione dell'opposizione termina il procedimento monitorio che si converte in un giudizio di cognizione nel quale il legislatore non ha tassato i motivi di opposizione spendibili ma che è aperto a qualsiasi eccezione e difesa. Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 211-212, 221; **Picó I Junoy**, *Los procesos*, cit, p. 183; **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1485.

⁵⁴² Nello stesso senso, v. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 210.

⁵⁴³ Così **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1485.

⁵⁴⁴ Per poter operare questo meccanismo, lo stesso art. 21 LEC richiede, ovviamente, che in base alla natura delle pretese, sia possibile una pronuncia separata sulle stesse che non pregiudichi le rimanenti questioni, il che non sembra porre alcun problema nel caso di pagamento di una somma di denaro – oggetto del rito monitorio e dunque dell'opposizione.

⁵⁴⁵ Cfr. i puntuali rilievi di **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 227-229.

svolgersi il giudizio ordinario – e dunque anche il giudizio di opposizione: il *juicio verbal* ed il *juicio ordenario*. Il criterio per decidere attraverso quali modalità debba svolgersi il giudizio di opposizione all'ingiunzione è unicamente quello del valore della pretesa dedotta in giudizio⁵⁴⁶: per crediti inferiori a 3.000,00 Euro (oggi 6.000,00 a seguito della riforma del novembre 2009), si procede nelle forme del *juicio verbal*, al di sopra di tale soglia in quelle del rito ordinario.

Questo sdoppiamento dell'opposizione secondo due modalità processuali piuttosto diverse, che ha notevolmente complicato i rapporti tra fase monitoria e giudizio di opposizione, si deve, forse, ad un difetto nella redazione della LEC. Inizialmente, infatti, grazie all'equiparazione del limite di valore previsto per l'accesso tanto al rito monitorio quanto al *juicio verbal* si era stabilito che, in caso di opposizione dell'intimato, il procedimento avrebbe sempre e comunque dovuto essere trattato nelle forme del rito *verbal*. Elevando, in seguito, il limite di valore per l'accesso al rito monitorio ma non quello stabilito per la trattazione nelle forme del rito *verbal*, si è venuta a creare la situazione odierna, in cui, a seconda del valore del credito azionato, il giudizio di opposizione seguirà l'uno o l'altro *iter* processuale.

In entrambi i casi, comunque, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento italiano, non si produce alcuna inversione formale del ruolo delle parti: proposta l'opposizione, e venuta meno l'ingiunzione, ciascuna di esse conserva il proprio ruolo di attore (il ricorrente) e convenuto (l'ingiunto). La disciplina spagnola, pertanto, ha permesso di superare agilmente la questione dell'onere della prova che, in Italia, presenta alcuni profili peculiari, soprattutto in relazione alla concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto impugnato⁵⁴⁷.

La concezione del giudizio di opposizione e del suo rapporto con il procedimento monitorio che lo abbia preceduto è dunque alla base di una serie di aspetti problematici, oggetto di vivace dibattito dottrinale e spesso privi di una soluzione univoca in giurisprudenza. Si tratta, in modo particolare, della competenza del giudice dell'opposizione; della necessità o meno di motivare l'atto di opposizione; della possibilità di produrre nuovi

⁵⁴⁶ In effetti il criterio del valore non è l'unico volto a determinare quale sia il "procedimento adeguato" (*proceso adecuado*) per la trattazione di una causa. Gli artt. 249 e 250 LEC indicano chiaramente quali sono le pretese da trattare secondo il rito *ordenario* e quali secondo il rito *verbal*, utilizzando in genere il criterio della materia (es. le questioni attinenti all'onore, riservatezza e all'immagine o alla violazione di altro diritto fondamentale, salvo il diritto alla rettifica, vanno sempre trattate secondo il rito *ordenario*; gli interdetti possessori secondo il rito *verbal*). Il criterio del valore è soltanto l'ultimo preso in considerazione ma, in relazione all'opposizione ad un'ingiunzione è l'unico rilevante, dato che la pretesa originariamente azionata può essere soltanto il pagamento di una somma di denaro.

⁵⁴⁷ Cfr. **A. A. Pezzuti**, *Casi e questioni controverse in materia di opposizione a decreto ingiuntivo*, in appinter.csm.it/incontri/vis_relaz_inc.php?&ri=NTE00A%3D%3D, p. 3 ss.

documenti nel giudizio di merito e della possibilità di allegare motivi di opposizione diversi da quelli già proposti e/o di modificare la domanda originariamente azionata in via monitoria nel successivo giudizio di opposizione. Se ne proporrà dunque un esame separato salvo poi tornare ad una prospettiva d'insieme, in sede di conclusioni.

8.3.1. Il giudice competente per l'opposizione all'ingiunzione.

La concezione del giudizio di opposizione come autonomo ed il richiamo alle regole previste per gli ordinari giudizi di cognizione operato dall'art. 818 LEC induce ad interrogarsi sul problema della competenza del giudice davanti al quale proporre l'opposizione, a maggior ragione per il fatto che, per l'ingiunzione, sono previste regole speciali di competenza esclusiva che vietano gli accordi di proroga del foro, regole che però, secondo questo schema, vengono meno rispetto al giudizio di opposizione.

Come insegnano i fiumi di inchiostro versati dalla migliore dottrina e giurisprudenza italiana, la questione della competenza per il giudizio di opposizione si poteva prestare ad ampio dibattito e a differenti e variamente argomentabili ricostruzioni⁵⁴⁸, tanto più in ragione del silenzio del legislatore sul punto: le norme in tema di rito monitorio non fanno infatti menzione del giudice competente per l'opposizione. Tuttavia questa polemica in Spagna non ha mai raggiunto gli stessi livelli, in quanto gli autori e la giurisprudenza sono stati concordi nel ritenere applicabile, in via analogica, alla fattispecie l'art. 61 LEC, secondo il quale il giudice di una determinata causa è competente anche per decidere sui relativi giudizi incidentali, per dare compimento ai decreti ed alle ordinanze emanati e per dare esecuzione alla sentenza, agli accordi o alle transazioni che vengano approvate. Pertanto si considera che il solo ufficio giudiziario competente a conoscere dell'opposizione sia quello che ha emanato l'ingiunzione

⁵⁴⁸ Si pensi al lungo dibattito al quale hanno preso parte numerosi autori nonché la stessa Corte di cassazione, con l'introduzione del concetto di competenza funzionale inderogabile e di "impugnazione di primo grado" per stabilire la competenza per conoscere del giudizio di opposizione in capo allo stesso giudice che ha emesso l'ingiunzione. Cfr. **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 350 ss. ed ivi anche la ricca bibliografia richiamata in nota 18; o anche gli scritti di **M. G. Vagliasindi**, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione* in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, II, p. 79 ss.; **F. De Stefano**, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione* in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, II, p. 105 ss.; **Barreca**, *Procedimento monitorio*, cit., p. 175; **M. M. Chiarini**, *Questioni controverse in materia di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, II, p. 223; **G. Salmè**, *Aspetti problematici del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, II, p. 271.

opposta⁵⁴⁹. Tuttavia emerge qui un primo profilo problematico, che può determinare una irragionevole disparità di trattamento delle stesse ipotesi. A norma dell'art. 818 LEC se il valore della pretesa non eccede quello previsto per il *juicio verbal*, le parti sono direttamente citate per l'udienza, in caso contrario si stabilisce che “se il ricorrente non proporrà la corrispondente domanda nel termine di un mese dalla comunicazione dello scritto di opposizione, il procedimento si estinguerà e si condannerà il creditore al rimborso delle spese. Se presenterà la domanda, se ne darà comunicazione al convenuto in conformità a quanto previsto dagli artt. 404 e seguenti della presente Legge”.

Questa soluzione ci sembra possa essere pacificamente applicata alla presentazione dello scritto di opposizione che impedisca all'ingiunzione di acquisire quella tendenziale stabilità propria di un accertamento giudiziale non soggetto ai mezzi ordinari di impugnazione. Tuttavia in relazione al giudizio di opposizione, ovvero a quel giudizio di cognizione vero e proprio che si apre dopo che l'ingiunto ha presentato, nelle forme e nei termini richiesti dalla legge, il proprio scritto di opposizione.

Alcuni autori hanno fatto discendere dalla concezione del giudizio di opposizione quale autonomo giudizio sul merito della pretesa, la possibilità che le parti formulino un accordo sulla competenza, per far sì che sulla lite si pronunci una diversa corte. A questa ipotesi, ci pare di dover affiancare quella della presenza di una valida clausola di proroga del foro, contenuta nel contratto posto alla base della richiesta di ingiunzione che individui la competenza di un foro diverso da quello presso il quale è stata ottenuta l'ingiunzione. Tuttavia, guardando al coordinamento con l'introduzione del giudizio di opposizione, si è affermato che simili accordi sono possibili soltanto quando l'opposizione venga trattata nelle forme del *juicio ordenario*, mentre nel caso del *verbal*, poiché le parti sono direttamente convocate per l'udienza, non vi sarà spazio per la proroga espressa del foro (né, ci pare, per l'eccezione di incompetenza di cui sopra). In tal caso, la dottrina ritiene che la competenza spetterà, *ex lege*, esclusivamente al giudice del monitorio⁵⁵⁰.

La tesi però non appare completamente soddisfacente, soprattutto perché opera una disparità di trattamento di ipotesi fattuali identiche soltanto in ragione delle modalità processuali del giudizio di opposizione, identificate, queste ultime, esclusivamente in ragione del valore economico; disparità che pone seri dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost.

In caso emerga soltanto in questo momento l'incompetenza territoriale del giudice adito, vuoi perché non apprezzata in sede di

⁵⁴⁹ Così, chiaramente **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., pp. 212-213.

⁵⁵⁰ **Id.**, *Ibid.*, p. 213.

valutazione dell'ammissibilità della *petición*, vuoi per l'esistenza di un foro elettivo che riprende vigore in sede di giudizio di opposizione, il giudice, a norma dell'art. 58 LEC deve compiere la valutazione "immediatamente dopo la proposizione della domanda", previa audizione del Pubblico Ministero e delle parti costituite e, se si ritiene incompetente, dichiararlo con *auto* e rimettere gli atti al giudice ritenuto competente. Nel caso di esistenza di un foro elettivo, si atterrà alle indicazioni dell'attore.

Di nuovo, ci pare di scorgere un problema di disparità di trattamento della stessa ipotesi, a seconda che l'opposizione segua le forme del rito ordinario o del *verbal*, in quanto, in quest'ultimo caso, l'attore non ripresenta alcuna domanda ed il giudizio si regge, in sostanza, sulla *petición*. Se pertanto la verifica dell'incompetenza non è avvenuta in sede di valutazione della *petición*, non vi sarà spazio per una nuova valutazione d'ufficio ed al convenuto non rimarrà che proporre la relativa *declinatoria* di competenza.

Quest'ultima specifica eccezione è proponibile nei primi dieci giorni del termine previsto per opporsi all'ingiunzione ovvero nei cinque giorni successivi alla citazione per l'udienza, quando l'ingiunto abbia proposto opposizione nel termine e questa debba seguire le forme del rito *verbal*⁵⁵¹.

La questione della possibilità di valersi della *declinatoria de competencia* in sede di opposizione al monitorio e dell'individuazione del giudice competente per tale giudizio è giunta, almeno in relazione ad un'opposizione da trattare secondo il rito *ordenario*, fino al *Tribunal Supremo*, il quale ha ritenuto corretta la prospettata soluzione, sostenendo che l'applicabilità delle regole di competenza esclusiva stabilite dall'art. 813 LEC in deroga al regime generale è circoscritta al solo procedimento monitorio, "altrimenti le regole della LEC sulla competenza territoriale potrebbero essere facilmente aggirate mediante la semplice presentazione di un richiesta iniziale di procedimento monitorio" (affermazione che ci pare condivisibile dal punto di vista ermeneutico, in quanto, trattandosi di norme speciali, esse sono di stretta interpretazione), mentre nel successivo giudizio di cognizione che si apra a seguito dell'opposizione non si può predicare un' "ipotetica competenza funzionale [dello stesso giudice] per connessione [con il precedente procedimento monitorio]"; anzi, le norme sull'accettazione espressa o tacita della competenza riprendono pieno vigore in quella sede, stante il richiamo operato dall'art. 818 LEC agli artt. 404 e ss. LEC⁵⁵².

Concludendo: l'atto di opposizione si deve presentare presso la stessa corte che ha emesso l'ingiunzione contestata, dopodiché, nel successivo giudizio di merito si potranno concludere accordi di proroga del

⁵⁵¹ Cfr., ancora, **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio de la nueva Ley*, cit., p. 215.

⁵⁵² Si veda l'interessante *ATS 12 luglio 2007, n. 75*, in www.poderjudicial.es ed ivi le indicazioni.

foro ovvero si potrà far valere l'incompetenza territoriale del giudice adito in via monitoria ed ottenere che gli atti vengano trasmessi ad altro giudice ritenuto competente, ovvero, in caso di conflitto negativo di competenza tra i due, ottenere la pronuncia della corte che sia gerarchicamente sovraordinata ad essi secondo le ordinarie regole previste dalla LEC.

8.3.2. La necessità di motivare l'atto di opposizione.

La necessità o meno di motivare lo scritto di opposizione è stata al centro di un vivace scontro dottrinale, del quale si trovano i riflessi in alcune pronunce giurisprudenziali discordanti.

Vi sono autori che sostengono che lo scritto di opposizione non richiede alcuna motivazione. Queste tesi valorizzano la concezione del giudizio di opposizione come autonomo, tanto che, nel caso debba seguire il rito *ordenario* è richiesto all'attore di presentare la relativa domanda nel termine di un mese. Fanno altresì leva sul dato normativo per cui, a tenore dell'art. 816 LEC "se il debitore non compare (non se non presenta opposizione, dunque) davanti al tribunale" nel termine di venti giorni, verrà autorizzata l'esecuzione nei suoi confronti per cui è sufficiente manifestare il proprio disaccordo con il contenuto dell'ingiunzione per considerare l'opposizione regolarmente proposta. Inoltre, si osserva che la necessità o meno di motivare lo scritto di opposizione non toglie né aggiunge nulla al successivo giudizio di cognizione che seguirà le regole ordinarie; anzi, se addirittura lo si collega all'impossibilità di addurre motivi diversi nella comparsa di risposta, finisce soltanto per imporre al opponente un onere difensivo non previsto da alcuna norma. Se si ritenesse che l'omessa motivazione è equiparabile alla mancata proposizione dell'opposizione, si dovrebbe emanare un *auto* che autorizza l'esecuzione sul patrimonio dell'ingiunto e produce effetti di giudicato sostanziale, "grave conseguenza non prevista dal legislatore ed essenzialmente contraria alla natura del procedimento monitorio che basa l'autorizzazione dell'esecuzione sull'inattività del debitore"⁵⁵³.

Secondo queste posizioni, dunque, l'atto di opposizione ha soltanto la finalità di evitare che l'ingiunzione divenga definitiva con conseguente *despacho de la ejecución* ma non ha niente a che spartire col successivo giudizio di cognizione. Per questo può fondarsi anche sull'assenza di un presupposto per la concessione dell'ingiunzione, solitamente l'inidoneità del

⁵⁵³ Cfr. **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., pp. 1487-1489. La frase virgolettata è del *CJM di Barcellona*, riportata da **Picó I Junoy**, *La interpretación*, cit., p. 1891.

documento allegato dal ricorrente, discutendosi poi il fondamento della pretesa azionata in via monitoria nel successivo giudizio⁵⁵⁴.

Altri, viceversa, ritengono necessario indicare succintamente le motivazioni poste a fondamento dell'opposizione. Innanzitutto, spinge in questo senso un dato pratico, ovvero la volontà di garantire il successo pratico dell'istituto. Se infatti si consente di porre in discussione la valenza dell'ingiunzione senza alcun "ostacolo", mediante una semplice dichiarazione di volontà dell'ingiunto, è chiaro che si rischia di favorire un uso indebito dell'istituto dell'opposizione, con finalità meramente dilatorie: se la finalità del rito monitorio è di evitare le lungaggini di un giudizio ordinario in tutti quei casi nei quali il debitore non abbia argomenti concreti da opporre alla pretesa e, semplicemente, non paghi perché non vuole (o non ha i mezzi per) farlo, è chiaro che questa rischia di vedersi totalmente frustrata se, a quello stesso soggetto, si consente di opporsi alla pretesa senza alcuno sforzo, costringendo il creditore a rivolgersi al giudizio ordinario di cognizione⁵⁵⁵. È evidente che in questi casi, il solo "contrappeso" è costituito dall'importo dell'eventuale condanna alle spese, che però è futura ed incerta e non sembra poter costituire un serio strumento di pressione sulla volontà di un debitore incallito⁵⁵⁶.

Queste posizioni dottrinali – che appaiono maggioritarie nella prassi giurisprudenziale⁵⁵⁷ – valorizzano, da un lato, il dato letterale dell'art. 815 LEC, il quale richiede che l'ingiunto "compaia in tribunale ed alleggi succintamente, in uno scritto di opposizione, le ragioni per le quali, a suo parere, non deve, in tutto o in parte, la somma richiesta"; dall'altro il coordinamento con il giudizio di opposizione, soprattutto se di tipo *verbal*, per il quale le parti sono direttamente citate per l'udienza. Gli autori che le sostengono, avvicinano pertanto il contenuto dell'atto di opposizione a quello della *demanda sucinta* propria del *juicio verbal*, richiedendo una, sia pur sommaria, esposizione dei motivi sui quali l'opposizione si fonda⁵⁵⁸. A nostro avviso, la ricostruzione in esame permette anche di dare un senso

⁵⁵⁴ Così, p.e., *JJM Extremadura*, in **Picó I Junoy**, *La interpretación*, cit., p. 1891.

⁵⁵⁵ L'esigenza di eliminare azionieramente defatigatorie del convenuto è storicamente una delle principali ragioni di adozione dell'istituto monitorio, come ci ricorda **G. Tota**, *Il procedimento per ingiunzione: profili storici e di diritto comparato*, in **Capponi B.** (a cura di), *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2005, p. 3.

⁵⁵⁶ La prassi sembra in effetti aver dimostrato come troppo spesso si producano opposizioni meramente dilatorie a fronte delle ingiunzioni di pagamento, riportando i creditori nella stessa situazione precedente alla riforma del 2000. Cfr. i rilievi critici di **J. Domingo Manforte** – **M. L. Vinuesa Galiano**, *Tutela procesal y sustantiva del crédito. Procesos en reclamación de deudas*, in *Economist&Jurist*, n. 125, novembre 2008, p. 16 ss., in particolare p. 20.

⁵⁵⁷ V. *SAP Valencia*, 18.10.2005, in *Actualidad Civil*, 205/2164.

⁵⁵⁸ Cfr. **Bonet Navarro**, *Derecho Procesal*, cit., p. 990. V. anche quanto riportato, sia pure con un punto di vista fortemente critico, da **Garberi Llobregat**, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1486-1487.

all'obbligatorietà dell'assistenza tecnica che, secondo il legislatore, riprende vigore non solo nel giudizio di opposizione ma anche per la presentazione di questo scritto, col che si è portati a ritenere che esso debba rivestire una qualche complessità tecnico-giuridica.

8.3.3. La produzione dei documenti dimostrativi del credito nel rapporto tra ingiunzione e giudizio di opposizione.

Un secondo problema riguarda la possibilità di produrre nuovi documenti nel giudizio di merito che si apre a seguito dell'opposizione dell'ingiunto, in particolare quando questo segue il rito *verbal* e dunque le parti siano direttamente convocate per l'udienza. In questa ipotesi, l'atto introduttivo del giudizio è evidentemente costituito dalla stessa *petición* monitoria, il cui contenuto, peraltro, ben si può assimilare a quello della *demanda sucinta* e pertanto i documenti sui quali fondare la pretesa dovrebbero essere già stati allegati con questa⁵⁵⁹.

La dottrina maggioritaria, studiando il *juicio verbal*, si era già espressa a favore del fatto che l'attore che abbia iniziato il procedimento mediante *demanda sucinta*, possa presentare i documenti rilevanti per provare i fatti costitutivi del proprio diritto anche direttamente all'udienza, momento processuale nel quale si è tenuti a sviluppare ed argomentare le motivazioni in fatto ed in diritto a sostegno della pretesa. Solo in questo modo era infatti possibile garantire la parità delle parti nel processo⁵⁶⁰.

Il problema sorge a causa del disposto dell'art. 265 LEC, inserito tra le norme comuni a entrambi i tipi di procedimento di cognizione, il cui primo comma impone di allegare alla domanda i documenti, relativi al merito della pretesa, sui quali le parti fondino il proprio diritto. A questa regola generale sono previste varie eccezioni⁵⁶¹. Per quanto qui interessa, la stessa norma, al terzo e quarto comma, prevede la possibilità di produrre ulteriori documenti, rispettivamente nell'udienza preliminare, trattandosi di *juicio ordenario*, o in quella di trattazione nel *verbal*, quando divengano rilevanti a seguito delle allegazioni formulate della controparte nella comparsa.

⁵⁵⁹ Nel senso che i documenti dimostrativi del credito debbano essere già stati allegati alla *petición* pena la successiva improducibilità nel giudizio di opposizione, cfr. l'*auto* 20.9.2006, AP Barcellona, in *Revista Jurídica de Catalunya, Jurisprudencia*, 2007, I, 166-167.

⁵⁶⁰ Sebbene la questione non sia del tutto pacifica. V. C. Blasco Soto, *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, Jiménez Conde coord., Murcia, 2002, p. 322.

⁵⁶¹ Per un rapido esame si rinvia a F. Gallego Sánchez, *Excepciones a la presentación de la prueba documental juntamente con la demanda o la contestación*, in *www.laleydigital.es*, 38791/2008, p. 9.

Si è dunque ritenuto del tutto legittimo che il ricorrente in via monitoria, stante il disposto dell'art. 818 LEC, possa limitarsi ad allegare qui elementi di prova documentale ivi indicati, rispettando con ciò il proprio onere di allegazione. Quindi, nel caso di *juicio verbal* sorto a seguito dell'opposizione dell'ingiunto in un procedimento monitorio, gli si dovrà consentire, in applicazione analogica del principio di cui all'art. 265, co. 3 sopra menzionato, di produrre quei documenti relativi al merito della pretesa azionata che siano resi necessari dalle allegazioni e difese dell'opponente⁵⁶².

Questa ricostruzione ci sembra valorizzare ancor più la necessità che l'atto di opposizione contenga delle, sia pur succinte, motivazioni, tali da consentire all'ingiungente-attore di valutare la necessità di completare il supporto documentale dimostrativo della propria pretesa.

8.3.4. L'allegazione, in sede di giudizio di opposizione, di motivi diversi da quelli indicati nell'atto di opposizione.

Anche questo problema “affonda le proprie radici in quella più generale relativa a se opposta l'ingiunzione di pagamento nel procedimento monitorio questo muore o si trasforma e, in questo secondo caso, qual'è la ampiezza ed il limite di detta trasformazione”⁵⁶³. La soluzione che si offre a tale questione discende infatti dalla concezione che si sostenga del giudizio di opposizione. Le tesi che ammettono la possibilità di allegare, nel giudizio di cognizione, motivazioni diverse da quelle indicate nello scritto di opposizione, si basano sull'idea della totale autonomia di esso rispetto al procedimento monitorio che lo abbia preceduto, per cui l'atto di opposizione ha soltanto il compito di privare di efficacia l'ingiunzione impedendole di acquisire l'efficacia esecutiva e di accertamento che altrimenti verrebbe a possedere. Non si tratta dunque di una comparsa di risposta rispetto ad un processo non ancora in essere ma di un atto che ha soltanto lo scopo di manifestare che non si è d'accordo con il contenuto dell'ingiunzione e dunque non pregiudica la libertà delle parti di allegare tutto ciò che desiderino nel successivo giudizio di cognizione⁵⁶⁴.

Si tratta di tesi piuttosto diffuse in giurisprudenza, in virtù delle quali si è anche ritenuto ammissibile che il ricorrente in via monitoria, il quale vanta un credito maggiore di quello stabilito come limite per l'accesso al rito

⁵⁶² Cfr. l'interessante analisi, con riferimenti giurisprudenziali, di **Gallego Sánchez**, *Excepciones*, cit., pp. 9-11. V. anche l'affermazione del *CJM di Barcellona* riportata da **Picó I Junoy**, *La interpretación*, cit., secondo la quale “se, per via dell'opposizione, dal procedimento monitorio deriva un *juicio verbal*, all'udienza si deve consentire al creditore di completare la prova documentale dimostrativa della sua pretesa”.

⁵⁶³ Cfr. **A. A. Pérez Ureña**, *¿En el juicio declarativo posterior al monitorio, cabe alegar razones o motivos distintos a los expuestos en el escrito de oposición? Praxis judicial*, in *www.laleydigital.es*, 12505/2009, p. 2.

⁵⁶⁴ Cfr. la giurisprudenza riportata da **Pérez Ureña**, *¿En el juicio declarativo*, cit., pp. 2-3.

monitorio e dunque lo abbia frazionato o ne abbia richiesta soltanto una parte⁵⁶⁵, possa poi pretendere il pagamento dell'intero ammontare nel successivo giudizio di opposizione ovvero cumulare altre azioni a quella inizialmente esercitata nei limiti previsti dagli artt. 71 e ss. LEC (connessione in ragione della *causa petendi*)⁵⁶⁶.

Vi è poi una tesi eclettica, maggioritaria nella giurisprudenza di merito, secondo la quale la modifica o introduzione di nuovi motivi sarebbe possibile nel caso l'opposizione segua le forme del *juicio ordenario* mentre sarebbe esclusa nel caso di rito *verbal*. Questa ricostruzione si fonda sulla diversità di disciplina che la legge ha stabilito per il prosieguo dell'attività giurisdizionale dopo la presentazione dello scritto di opposizione. Nel caso si ricada nell'ambito del *juicio verbal*, infatti, le parti sono direttamente convocate per l'udienza, per cui l'atto introduttivo del giudizio è costituito dalla *petición* del ricorrente in via monitoria che diviene attore nel giudizio di merito e dallo scritto di opposizione dell'ingiunto che costituirà la sua comparsa e, sulla base della quale, l'attore articolerà la propria pretesa e l'eventuale richiesta o produzione di mezzi istruttori resi necessari dalle difese della controparte, direttamente nell'udienza di trattazione. Viceversa, nel caso si debba passare al rito *ordenario*, la necessità che l'attore riproponga la domanda, con conseguente applicazione delle regole ordinarie sul giudizio, fa sì che questi possa allegare nuovi fatti ed elementi di prova del tutto liberamente. Nessuna limitazione appare infatti imposta dalle norme speciali in tema di procedimento monitorio che anzi richiamano le norme sul *juicio ordenario*, facendo riferimento agli artt. 404 ss., né vi è il rischio di una violazione del diritto di difesa del convenuto che potrà sempre difendersi liberamente, nelle forme e termini stabiliti dalla legge per rispondere alla domanda ordinaria.

Infine, si riscontrano tesi radicalmente contrarie all'ammissibilità di indicare nuovi motivi di opposizione nel giudizio di opposizione, tanto se questo segua il rito *ordenario* che quello *verbal*. Queste ricostruzioni si basano su due argomenti chiave. Un primo filone si fonda essenzialmente sulla cosiddetta "teoria degli atti propri", applicazione del principio generale secondo cui *nemo potest contra proprium actum venire*. Questo principio, quale limitazione all'esercizio di un diritto soggettivo o di una facoltà, trova il proprio fondamento normativo nell'art. 7, co. 1° del *Código Civil*, che ha accolto nell'ordinamento spagnolo il concetto di buona fede nel comportamento giuridico; principio altresì fatto proprio, in campo processuale, dalla LEC del 2000, che impone alle parti un comportamento coerente che non violi il legittimo affidamento altrui. La buona fede processuale impone dunque di non nascondere alle altre parti il fondamento

⁵⁶⁵ Si ricordi però la problematicità di questa ipotesi che può generare un *fraude de ley*. Cfr. *supra*, par. 7.4.

⁵⁶⁶ Cfr. la giurisprudenza riportata da **Picó I Junoy**, *La interpretación*, cit., p. 1891.

della propria pretesa ma di esplicitarlo, sebbene talvolta il legislatore si accontenti di un'esposizione succinta.

Una simile ricostruzione si basa anche su una consolidata giurisprudenza del *Tribunal Supremo* in materia di applicazione della "teoria degli atti propri", per cui: l'atto che si contesta deve essere stato adottato liberamente; deve sussistere un nesso causale tra l'atto compiuto e la successiva incompatibilità che si contesti; l'atto dev'essere certo e concludente, costituendo manifestazione di volontà volta a creare, modificare o estinguere un diritto, creando una situazione discorde dalla successiva condotta del soggetto. Riferito alla questione che ci interessa, è chiaro che l'atto di opposizione è una libera manifestazione di volontà, certa e concludente, dell'ingiunto, destinata a produrre effetti giuridici e che necessita di una motivazione, quantomeno succinta. Pertanto, cambiare successivamente la posizione assunta con esso è contrario alla buona fede. Le sentenze che accolgono questa impostazione considerano dunque inammissibili le motivazioni poste a fondamento della comparsa di risposta che siano contraddittorie rispetto a quelle proposte nello scritto di opposizione. Tuttavia, a questa tesi si possono opporre due rilievi critici: innanzitutto essa vale per escludere motivazioni contrastanti ma non che si possano allegare motivi ulteriori o diversi che, di per sé, non confliggano con le precedenti affermazioni. Inoltre, autorevole dottrina ha sottolineato come, a stretto rigore, la "teoria degli atti propri" valga per il diritto sostanziale ma non sia trasferibile *de plano* in ambito processuale e che, se l'applicazione di questa tesi si dovesse fondare su un'esigenza di economia dei giudizi di natura costituzionale o di ordine pubblico, l'obiettivo non verrebbe raggiunto, dato che il giudizio dovrebbe comunque svolgersi per giungere ad una sentenza che affermi il diritto del ricorrente-attore e neghi la validità degli argomenti contraddittoriamente allegati dal convenuto. Questa critica, rileva come, *de lege lata*, non si possa configurare, in ambito processuale, una preclusione basata esclusivamente sulla contraddittorietà logica, posto che nessuna norma la prevede e che la certezza del diritto impone che un soggetto possa rinvenire nell'ordinamento elementi sufficienti per conoscere in anticipo le conseguenze della propria condotta e dei propri atti rispetto ai propri diritti e facoltà⁵⁶⁷.

Un secondo filone fa invece leva soprattutto sul dato normativo costituito dall'Esposizione dei motivi e dalla lettera degli artt. 815 e 818 LEC. La prima offre argomenti per ritenere il giudizio di opposizione come limitato alla pretesa azionata dal ricorrente ed ai motivi di opposizione allegati dall'ingiunto. In essa si legge che "se il debitore si oppone, il suo disaccordo rispetto al creditore verrà trattato nelle forme processuali del giudizio che gli corrisponda, sulla base del valore del credito azionato"⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Cfr. **Vallines García**, *La preclusión*, cit., in particolare, p. 258 ss.

⁵⁶⁸ Cfr. l'Esposizione dei Motivi della LEC.

Quanto all'art. 815 LEC, se si ammettesse la libera modificabilità dei motivi di opposizione, se ne vanificherebbe il contenuto nella parte in cui richiede che, nello scritto di opposizione, l'ingiunto indichi succintamente le ragioni per le quali non considera dovuta la somma richiesta, peraltro imponendogli l'obbligo di assistenza tecnica secondo le regole ordinarie. Infine, l'art. 818 LEC stabilisce che, presentata l'opposizione nel termine "la questione verrà risolta definitivamente nel corrispondente giudizio", dunque oggetto di questo sarà quella stessa pretesa azionata dal ricorrente e contestata dall'ingiunto⁵⁶⁹.

8.3.5. A modo di conclusione: un (problematico) tentativo di ricostruzione unitaria.

Si è avuto modo di anticipare come le varie questioni oggetto di analisi nei paragrafi precedenti siano una diretta conseguenza della ricostruzione che si scelga di adottare rispetto al rapporto tra procedimento monitorio in senso stretto e giudizio di opposizione. Si cercherà pertanto di evidenziare alcuni punti fermi e di proporre un *iter* ricostruttivo il più coerente possibile con il dato legislativo, il formante dottrinale e giurisprudenziale consolidato ed i corretti canoni di interpretazione del diritto, non senza valersi del supporto offertoci dalla comparazione giuridica con l'istituto monitorio italiano.

Innanzitutto, è innegabile che, anche in Spagna, l'opposizione è lo strumento processuale mediante il quale l'ingiunto, condannato in "forzosa contumacia" sulla base delle sole prove o "quasi prove" del ricorrente, può, per la prima volta, far sentire la sua voce ed esercitare così il diritto di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione spagnola⁵⁷⁰.

In secondo luogo non sembra corretto differenziare la soluzione che si scelga di dare alla questione a seconda che il giudizio di opposizione segua il rito *ordenario* o *verbal*, per il solo fatto che, nel primo caso si obblighi il ricorrente a ripresentare la domanda ordinaria mentre nel secondo le parti siano direttamente convocate per l'udienza. Si tratterebbe di un'irragionevole disparità di trattamento di identiche situazioni di fatto, seriamente contestabile nella sua legittimità costituzionale. La ricostruzione deve pertanto essere univocamente soddisfacente per entrambe le fattispecie.

Si è intravisto, soprattutto in relazione alla necessità o meno di motivare lo scritto di opposizione, come le due opposte tesi proposte riecheggino ricostruzioni già note in Italia. Coloro che ammettono opposizioni prive di qualsiasi motivazione sposano la tesi secondo la quale l'opposizione influirebbe solamente sull'esecutorietà dell'ingiunzione, per

⁵⁶⁹ Si veda l'interessante e puntuale analisi di **Pérez Ureña**, *¿En el juicio declarativo*, cit., p. 3 ss.

⁵⁷⁰ In questi stessi termini, per l'Italia, v. **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 340.

cui la sua proposizione impedirebbe soltanto che venga emanato l'*auto despachando ejecución*⁵⁷¹. Queste concezioni, talvolta sembrano richiamare le tesi di Carnelutti dell'ingiunzione come "titolo esecutivo soggetto alla condizione sospensiva della non opposizione nel termine prescritto", poiché in tale procedura il giudice prima condanna e poi accerta, ove ve ne sia bisogno (cioè se l'intimato propone opposizione, chiedendo dunque una verifica in contraddittorio dell'esistenza del rapporto sostanziale dedotto in giudizio)⁵⁷². Non si può però dimenticare che a questa soluzione è sottesa una certa concezione del rito monitorio quale procedimento avente il solo fine di fornire un titolo esecutivo al ricorrente, privo di valore di accertamento del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, il cui esito può sempre essere rimesso in discussione, ad esempio mediante un giudizio di accertamento negativo della pretesa azionata in via monitoria. È facile quindi replicare con gli stessi argomenti proposti dalla dottrina italiana e basati anche su un solido dato normativo e di consolidata interpretazione: se è vero che la finalità principale del rito monitorio è quella di far ottenere rapidamente un titolo esecutivo a chi ne sia privo⁵⁷³, questa non è l'unica⁵⁷⁴ o comunque non è la sua unica conseguenza, poiché, se la concessione o meno dell'azione esecutiva passa attraverso la cognizione e la decisione del giudice, si ha una sorta di "effetto di trascinamento o di implicazione necessitata: la formazione giudiziale del titolo porta inevitabilmente con sé la formazione di un accertamento sulle ragioni che giustificano il titolo stesso"⁵⁷⁵. Questa tesi, in Spagna, trova un valido supporto normativo. Infatti, a prescindere dalla maggior o minore ampiezza dei confini che si intenda attribuire all'accertamento contenuto nell'ingiunzione non opposta, è chiaro (ed è un dato acquisito in dottrina e giurisprudenza) che la formulazione dell'art. 816 LEC impedisce di rimettere in discussione il risultato acquisito e dunque il rapporto sostanziale dedotto in giudizio quale oggetto della *petición*, una volta scaduto il termine per opporsi all'ingiunzione. Proprio questa preclusione dà un senso alla previsione di un termine perentorio per proporre opposizione che, altrimenti, non avrebbe ragion d'essere.

⁵⁷¹ **G. Tomei**, voce *Procedimento d'ingiunzione*, in *Digesto civ.*, XXIV, Torino, 1996, 562, 564 e 571.

⁵⁷² **F. Carnelutti**, *In difesa del titolo ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, pp. 192, 196.

⁵⁷³ Finalità che è alla base dell'idea di **Chiovenda**, del decreto ingiuntivo come "accertamento con prevalente funzione esecutiva". V. **Id.**, *Principii di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 1928, pp. 58 e 201.

⁵⁷⁴ Anzi, per **E. Garbagnati**, *Preclusione "pro iudicato" e titolo ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 317: "Esso ha 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".

⁵⁷⁵ **Ronco**, *Struttura*, cit., pp. 342-343.

La Spagna realizza in questo senso “la massima linearità concettuale e la perfetta rispondenza all’indicato canone costituzionale [del rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio e di economia dei giudizi che] vorrebbero, da un lato, che il decreto ingiuntivo non fosse mai, all’atto della sua pronuncia, immediatamente esecutivo, e, dall’altro, che l’opposizione – per il solo fatto di essere proposta – lo facesse cadere nel nulla o quantomeno gli impedisse di assumere valore di titolo esecutivo”⁵⁷⁶. Non essendo prevista alcuna ipotesi di provvisoria esecuzione dell’ingiunzione, si rispetta in pieno il principio del contraddittorio: la condanna contenuta nella *providencia* emanata sulla base della cognizione parziale e superficiale del giudice è fonte di un accertamento claudicante, “imperfetto”, per così dire, che si consoliderà soltanto con l’inutile decorso del termine per proporre opposizione – fenomeno non tanto da accostarsi all’acquiescenza dell’ingiunto alla volontà del ricorrente, quanto alla preclusione del potere processuale di quest’ultimo di far valere, validamente, le proprie ragioni (alla stregua di quanto avviene con la perdita della facoltà di contestare i fatti per mancata risposta all’interrogatorio⁵⁷⁷) e solo allora sarà idoneo a “fare stato” tra le parti. In questo senso, l’ordinamento considera l’inerzia del convenuto come assimilabile alla sua acquiescenza ovvero come tacito riconoscimento della fondatezza della pretesa avversaria.

L’opposizione ha dunque la finalità di impedire questo consolidamento e la correlata esecutorietà del titolo.

Una volta che sia stata proposta opposizione, tanto il preteso creditore che il preteso debitore non possono venirsi a trovare in una posizione peggiore rispetto a quella che avrebbero in un ordinario processo di cognizione: caduta la “speranza” che l’ordinamento nutra circa la giustizia dell’ingiunzione – speranza fondata proprio sull’esistenza di un *fumus boni iuris* circa il credito del ricorrente – sarà il creditore-attore a dover offrire piena prova dell’esistenza del proprio diritto, potendo la controparte assumere tutte le iniziative difensive messe a disposizione dall’ordinamento medesimo e la questione verrà decisa con una sentenza di primo grado.

Inoltre, consentire un’opposizione priva di qualsiasi motivazione, rischia seriamente di frustrare l’esigenza di evitare giudizi meramente defatigatori da parte del debitore che nulla di serio abbia da argomentare ed inoltre svalorizza eccessivamente l’opera di cognizione del giudice. Infatti, la possibilità di opporsi semplicemente manifestando la propria non adesione all’ingiunzione ricevuta è tipica del modello puro, come quello adottato in Germania, nel quale, però, l’ingiunzione è emessa senza alcuna verifica circa l’esistenza o meno del diritto sostanziale del ricorrente, circostanza che viene puntualmente indicata nel testo della stessa a cura del *Rechtspfleger*.

⁵⁷⁶ Così, **Ronco**, *Struttura*, cit. p. 344.

⁵⁷⁷ Così **Chioventa**, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., p. 5.

Viceversa, si è visto come in Spagna il giudice debba compiere, oltre ad una valutazione degli altri presupposti dell'azione, un vaglio circa la presumibile fondatezza della pretesa azionata, anche se non con la profondità propria dei poteri attribuitigli in un giudizio ordinario ma sulla base di un convincimento prossimo a quello richiesto in materia di procedimenti cautelari.

A questo punto, valorizzando il dato normativo dell'art. 815 LEC – che richiede all'intimato di comparire in tribunale ed allegare succintamente le ragioni per le quali ritiene non dovuta la somma ingiunta –, ci pare corretto ritenere che l'atto di opposizione debba essere (sia pur succintamente) motivato, quale manifestazione della posizione dell'ingiunto rispetto al rapporto sostanziale dedotto in giudizio con la richiesta monitoria, e non si dovrebbero consentire modifiche delle motivazioni in un momento successivo, specie se in contrasto con quelle in precedenza addotte. Questa ci sembra la ricostruzione più coerente con l'esistenza di una preclusione, intesa, secondo gli insegnamenti di Chiovenda, come “perdita, o estinzione o consumazione di una facoltà processuale”⁵⁷⁸. Essa ha infatti tre profili operativi, in base ai quali viene in rilievo: la si subisce per non aver osservato l'ordine, emanato dalla legge al suo esercizio (p.e. i termini perentori) ma anche in relazione al compimento di attività incompatibili con l'esercizio della facoltà (es. proporre un'eccezione incompatibile con un'altra) nonché per consumazione vera e propria della facoltà stessa, già validamente esercitata in precedenza. È facile notarne l'operatività rispetto al rito monitorio: se non esercitata nel termine perentorio di venti giorni dalla notifica del provvedimento, stabilito per opporsi, ne è precluso l'esercizio, con conferma del contenuto dell'ingiunzione. Se si esercita detta facoltà, si consuma il relativo potere e non si potrà poi compiere un'attività incompatibile con tale esercizio, quale sarebbe, appunto, proporre, nel giudizio di merito, difese incompatibili con quelle inizialmente dedotte nello scritto di opposizione. Si aggiunga che il rispetto del diritto di difesa e della parità delle parti impone che il ricorrente in via monitoria possa sapere contro quali difese si dovrà scontrare nel giudizio di merito. Peraltro, soltanto seguendo questa ricostruzione ci sembra giustificabile il fatto che la legge imponga l'obbligo di assistenza tecnica per presentare lo scritto di opposizione, la cui redazione è quindi affidata ad un soggetto competente ed in grado di valutare e decidere la strategia difensiva che ritenga più appropriata. Questa convinzione è rafforzata dal fatto che, se si passa al *juicio verbal* su di esso e sulla *petición* si regge l'intero giudizio, salva la facoltà di integrazione delle motivazioni – che per la normativa in tema di *juicio verbal* deve avvenire in udienza – e dei mezzi istruttori che deve essere concessa per rispettare le regole della pienezza del contraddittorio proprie del giudizio di cognizione.

⁵⁷⁸ Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., p. 5.

Si aggiunga l'ulteriore dato letterale dell'art. 818 LEC, a norma del quale, se l'ingiunto propone opposizione nel termine, "la questione verrà risolta definitivamente nel giudizio corrispondente", con sentenza idonea a passare in giudicato. Il riferimento ci sembra chiaro: l'accertamento del rapporto sostanziale oggetto della *petición* ancora non definitivo nell'ingiunzione di pagamento, costituirà l'oggetto del giudizio di opposizione, ove su di esso si deciderà in via definitiva. Questo ci porta ad escludere che il ricorrente-attore possa modificare la domanda proposta in via monitoria nel successivo giudizio oltre i limiti della mera *emendatio libelli* (in questo senso si potrebbe sollecitare la condanna al pagamento degli ulteriori interessi maturati e maturandi fino al saldo effettivo) mentre il convenuto potrà svolgere ogni attività propria del giudizio di primo grado, incluse la chiamata di un terzo dal quale pretenda di essere garantito, ovvero la formulazione di un'eccezione o domanda riconvenzionale nei confronti del ricorrente

La lettura del richiamo agli artt. 404 e ss. LEC, operato dallo stesso art. 818, come argomento decisivo per considerare del tutto autonomo il giudizio di opposizione che debba svolgersi secondo il rito *ordenario* rispetto al precedente procedimento monitorio (differenziando così la soluzione ricostruttiva a seconda della trattazione secondo l'uno o l'altro rito) non ci sembra corretta.

Come ci insegna la dottrina italiana, l'atto di opposizione è sostanzialmente privo del requisito dell'*editio actionis* poiché questa è stata introdotta dal ricorrente in via monitoria, dunque avrà per contenuto minimo soltanto l'indicazione del provvedimento contestato, la manifestazione della volontà di opporsi, la proposizione delle difese e la presa di posizione sui fatti affermati dal ricorrente in via monitoria⁵⁷⁹; motivazioni che, nello scritto di opposizione spagnolo, per espressa previsione legislativa (art. 815) possono essere validamente espresse anche soltanto in modo succinto. Il riferimento agli artt. 404 ss. avrà allora il valore di imporre, laddove si passi al rito *ordenario*, il completamento del contenuto dei rispettivi atti di parte nel rispetto delle regole e dei requisiti che le relative norme processuali stabiliscono per la validità di essi nel giudizio di merito. La sanzione imposta al ricorrente che non riproponga la domanda non influisce infatti sulla riproponibilità, anche in seguito, dell'azione (a condizione che essa non sia estinta per prescrizione del diritto) ma, per un elementare canone di giustizia, sanzionano la condotta contraria a buona fede di chi "presti la faccia nel procedimento monitorio e la nasconda nel giudizio ordinario"⁵⁸⁰, imponendo però alla controparte di accollarsi delle spese per la presentazione dello scritto di opposizione che non avrà poi ragion d'essere.

⁵⁷⁹ Ronco, *Struttura*, cit., p. 385.

⁵⁸⁰ Garberi Llobregat, *El cobro ejecutivo*, cit., p. 1491.

Per concludere, consapevoli della problematicità della ricostruzione della natura e della collocazione sistematica del giudizio di opposizione, siamo propensi a riproporre alcune osservazioni proprie della dottrina italiana che dimostrano come l'opposizione all'ingiunzione, anche in Spagna, si avvicini, per certi profili, alle impugnazioni mentre per altri ad un mero atto di impulso processuale.

Come le impugnazioni:

- si rivolge a contestare una condanna (anche se non definitiva) e la sua proposizione è solo eventuale e rimessa all'iniziativa di parte;
- è previsto un termine perentorio perché possa essere utilmente introdotta;
- ove ciò non avvenga, l'accertamento contenuto nell'ingiunzione e la sua valenza esecutiva non possono più essere contestati;

a differenza delle impugnazioni però:

- si esercita per consentire lo svolgimento di attività difensive che, nel corso del procedimento che ha portato alla pronuncia del decreto, non erano in alcun modo ammissibili;
- introduce un procedimento il cui rito è identico a quello del procedimento di primo grado;
- è destinata a sfociare in una sentenza di primo grado;
- è attivabile solo su istanza di una parte, l'ingiunto, e non di una qualunque sulla base della soccombenza.

Per quanto riguarda l'atto di opposizione, rispetto agli atti di impulso processuale presenta la somiglianza di non richiedere la formulazione di una *causa petendi* né l'enunciazione specifica dei motivi per i quali si ritiene ingiusta l'ingiunzione ma, a differenza di essi, è rimesso non al soggetto che ha agito ma a chi ha subito l'iniziativa altrui.

Non ci pare, tuttavia, che per la Spagna si possa sostenere compiutamente il concetto di impugnazione, tesa a rimuovere gli effetti di un provvedimento di condanna già pronunciato, o il concetto, per così dire "intermedio", di impugnazione di primo grado, quale mezzo tipico e specifico previsto dall'ordinamento perché l'ingiunto possa impedire il consolidamento di una condanna meramente presuntiva, contenuta nell'ingiunzione di pagamento, ed ottenere l'attivazione di un giudizio di cognizione di primo grado sul rapporto sostanziale inizialmente dedotto in giudizio dal ricorrente in via monitoria, che certa dottrina ha proposto per l'Italia⁵⁸¹.

Volendo offrire una ricostruzione unitaria del rapporto tra fase senza contraddittorio ed opposizione, valevole qualsiasi sia il rito processuale da applicare al giudizio ordinario, si può osservare quanto segue: nell'ordinamento spagnolo è necessario differenziare tra l'atto (o *escrito*) di opposizione ed il giudizio di opposizione che ne consegue: lo scritto va

⁵⁸¹ **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 350 ss.

infatti presentato necessariamente allo stesso giudice che ha emanato l'ingiunzione. Lo si deduce, inequivocabilmente, dal combinato disposto degli artt. 815, 816 ed 818 LEC, in virtù dei quali si deve presentare, nel termine di venti giorni, uno scritto di opposizione comparso davanti al tribunale che ha emanato l'ingiunzione. Nel successivo giudizio, si potrà poi far valere l'esistenza di clausole di proroga del foro, ovvero concludere gli accordi sulla competenza consentiti dalla legge.

L'atto di opposizione, nel caso di *juicio verbal*, costituisce una vera e propria comparsa secondo le regole di questo rito, tanto che le parti sono direttamente citate per l'udienza.

Vi è dunque un collegamento "funzionale" tra la fase senza contraddittorio e quella di opposizione che di essa rappresenta la fase dialettica in cui si discute del rapporto sostanziale dedotto in giudizio nel contraddittorio di tutte le parti: il giudizio non è infatti rivolto alla revoca o conferma di un provvedimento, che si ritiene sia già venuto meno non appena l'opposizione sia stata proposta, ma ha ad oggetto solo e soltanto il merito della pretesa, il rapporto sostanziale inizialmente dedotto in giudizio dal ricorrente in via monitoria, ovvero quello più ampio, risultante dalle allegazioni (ed eventuali domande riconvenzionali o chiamate in garanzia) dell'opponente-convenuto, al pari di quanto avviene in un normale giudizio di cognizione in cui la *res* litigiosa è definita dagli scritti di entrambe le parti⁵⁸².

La lite, infatti, è già pendente con l'accoglimento della *peticion* e la sua successiva notifica, per questo l'attore potrà modificare la domanda solo nei limiti dell'*emendatio libelli* e non della *mutatio*, rimanendo impregiudicato però il suo diritto di proporre domanda riconvenzionale o di chiedere la chiamata di un terzo che si siano rese necessarie a causa delle difese, ovvero della riconvenzionale spiegata dal convenuto.

In questo modo non occorre adottare soluzioni diverse a seconda che si passi ad un giudizio secondo il rito *verbal* o *ordenario*: la previsione della necessità di riproporre la *demandata ordenaria* si spiega per il bisogno di rispettare i canoni di questo procedimento, dovendo le parti intergrare i propri scritti che, nella succinta redazione propria della fase senza contraddittorio fino alla sua chiusura segnata dallo scritto di opposizione, non sarebbero idonei a sorreggerlo. In questo senso, la mancata riproposizione, nelle dovute forme, della domanda, ci sembra possa valere come causa di estinzione del procedimento per inattività delle parti, tanto è vero che essa non pregiudica il diritto di azione dell'originario ricorrente in

⁵⁸² In questo, senso, per quanto riguarda la Spagna, ci sentiamo di preferire la ricostruzione di **A. Segni**, *L'opposizione del convenuto*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1965, II, p. 1014 ss.; sulla quale concordano molti altri autori. Per una rassegna bibliografica, v. **A. Tedoldi – C. Merlo**, *L'opposizione a decreto ingiuntivo*, in **B. Capponi** (a cura di), *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2005, p. 358, ed ivi nota 2.

via monitoria (a condizione che il credito non si sia frattanto prescritto) e non nuoce all'ingiunto-opponente, in quanto il provvedimento ingiuntivo è ormai venuto meno. La condanna alle spese del ricorrente è soltanto un modo per l'ordinamento di responsabilizzare ciascun attore della scena giuridica rispetto alle conseguenze dei propri atti: poiché con la sua condotta negligente avrà imposto delle spese alla controparte, impregiudicata la decisione sul suo diritto sostanziale, se ne punirà il comportamento processuale contrario alla diligenza ed alla buona fede che abbia effettivamente causato un "danno" (nel senso di esborso economico) alla controparte.

Questa ricostruzione, che segna una continuità tra fase senza contraddittorio e fase a contraddittorio pieno, consente anche di ritenere che le eventuali misure cautelari ottenute in sede di procedimento monitorio possano essere mantenute fino all'esito del giudizio a cognizione piena ad esso susseguente ovvero venir meno in caso di estinzione di esso per inattività delle parti, qualora non sia presentata l'integrazione degli atti (riproposizione della domanda nelle forme ordinarie) o le stesse non si presentino all'udienza fissata per il *juicio verbal*.

Infine, ben si raccorda con quella giurisprudenza che ha indicato come le regole di competenza inderogabile proprie della fase senza contraddittorio non valgano per il giudizio a cognizione piena sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio, alle quali le parti possono derogare per accordo reciproco ovvero per l'esistenza di una clausola di proroga del foro. In questo caso, la prospettata ricostruzione consente la *translatio iudicii* senza tutti i problemi interpretativi sorti in Italia. Ci sembra cioè che si possa ritenere che la "funzionalità" della competenza sia riferita soltanto all'atto di ricevere lo scritto di opposizione mentre il giudizio di opposizione rimanga disciplinato dalle regole ordinarie⁵⁸³: presentato lo scritto di opposizione non vi è infatti alcuna ingiunzione da confermare o revocare, per cui non si pone la questione della declaratoria di nullità del decreto con successiva possibile prosecuzione del giudizio, teso soltanto ad accertare la fondatezza della pretesa creditoria, mediante riassunzione davanti al giudice competente, ovvero se il giudizio di opposizione debba ritenersi definito con la sentenza che dichiari l'incompetenza del giudice adito annullando il decreto⁵⁸⁴.

Dunque, l'art. 818 LEC non enuncierebbe una regola di competenza ma un'esigenza di collegamento tra l'ultimo atto della fase senza contraddittorio ed il primo della fase a contraddittorio pieno: la

⁵⁸³ Si tratta di una posizione dottrinale che in Italia non ha sostanzialmente avuto seguito nella giurisprudenza, specie della Suprema Corte. V. **Tedoldi – Merlo**, *L'opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., p. 377.

⁵⁸⁴ Circa le problematiche esposte ed una rassegna delle soluzioni dottrinali e giurisprudenziali offerte dal panorama italiano, v. **Tedoldi – Merlo**, *L'opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., p. 361 ss.

presentazione dello scritto di opposizione; realizzatosi il quale il giudizio proseguirà secondo le normali regole e potrà essere traslato davanti ad altro giudice per esistenza di una clausola di proroga del foro o per accordo tra le parti. In questo senso ci sembra si possa leggere il disposto della norma laddove afferma che “el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda”: la questione verrà dunque risolta nel giudizio a ciò confacente, cioè quel giudizio davanti al giudice individuato secondo le normali regole⁵⁸⁵.

9. Le novità introdotte dalla l.n. 13/2009 finalizzata all'introduzione dell'*Oficina Judicial*: verso il monitorio “puro”?

A soli nove anni dalla grande riforma del processo civile nel suo complesso, il legislatore spagnolo ha di nuovo messo mano a importanti riforme destinate ad incidere non solo sul processo civile ma su tutta l'organizzazione giudiziaria e sugli organi ausiliari del giudice. Con una tecnica che ormai contraddistingue non solo l'Italia, si è approfittato di atti legislativi non direttamente dedicati al processo civile per introdurre importanti cambiamenti: le norme in questione sono infatti inserite nella [Ley 13/2009 de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial](#) e la *Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios*⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Si tratta di una lettura che è stata proposta anche in Italia, in relazione all'art. 645 c.p.c. v. **Ronco**, *Struttura*, cit., p. 427 ss., nonché quanto riportato da **Tedoldi – Merlo**, *L'opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., pp. 379, 385-386.

⁵⁸⁶ La riforma entrerà in vigore il prossimo 4 maggio ed è già stata oggetto di commenti, per lo più critici. Per una panoramica di tutte le novità, curata dal Ministero della giustizia, v. **Ministerio de la Justicia**, *La nueva oficina judicial y el nuevo modelo procesal*, in *Boletín de información del Ministerio de la Justicia*, Febbraio 2010, p. 13 ss.; disponibile sul sito www.mju.es ed ivi le indicazioni. Per i primi commenti alla riforma v. **V. Magro Servet**, *Las reformas del proceso monitorio en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y ley 19/2009, de 23 de noviembre*, in www.laleydigital.es, 671/2010, p. 1 ss.; **Id.**, *Análisis práctico de la reforma procesal civil por la Ley 13/2009, de 23 de noviembre, de la Oficina Judicial*, in www.laleydigital.es, 333/2010, p. 1 ss.; **C. Blasco Soto**, *La nueva estructura (o desestructura) del proceso. La admisión de la demanda en el proceso civil* in www.laleydigital.es, 21929/2009, p. 1 ss.; **A. Martínez De Santos**, *El nuevo papel del Secretario judicial en la tramitación de los procedimientos civiles*, in www.laleydigital.es, 669/2010; **J. M. Asencio Mellado**, *Una reforma compleja*, in www.laleydigital.es, 667/2010, p. 1 s.; **F. J. Sánchez-Pego**, *Reflexiones constitucionales sobre la reforma procesal*

Limitando l'analisi al rito monitorio, vi è da dire che soltanto l'art. 814 LEC è uscito indenne da questa pioggia di riforme che hanno toccato, in maniera più o meno profonda, il disposto di tutte le altre norme ad esso relative.

Una novità fondamentale, sebbene non stabilita in via esclusiva per il procedimento monitorio ma per l'intero contenzioso civile, è l'affidamento dell'attività di valutazione dell'ammissibilità della domanda al *Secretario judicial*, funzionario pubblico che dipende dal Ministero della Giustizia e che, a partire da questa riforma, svolgerà funzioni simili a quelle attribuite in Germania al *Rechtspfleger*⁵⁸⁷. Si ricorderà che, in Spagna, la domanda

de 2009, in www.westlaw.es, 2009/1666, p. 1 ss. V. anche il commento offerto dal **Consejo general de los procuradores de España**, *VI jornada de juntas de gobierno, Reformas legislativas*, Gijón, 13-14 novembre 2009, sul

sito http://www.cgpe.es/doc/boletin/BoletinEspecial02/resumen_ponencias.pdf.

⁵⁸⁷ Si tratta di funzionari del "Minsiterio de Justicia", che hanno funzioni di direzione e controllo del processo oltre a collaborare direttamente con giudici e magistrati tramite relazioni tecniche o con altri provvedimenti. Esercitano in modo autonomo ed indipendente il potere di attribuire pubblica fede giudiziale agli atti. Dirigono gli aspetti tecnico-processuali dell'*oficina judicial* (in sostanza i nostri uffici N.E.P.) e dettano provvedimenti per organizzare il razionale svolgimento dei procedimenti. Requisito indispensabile per accedere al concorso pubblico è la laurea in giurisprudenza. Nell'ordinamento spagnolo il *Secretario judicial* possiede il rango di autorità dello Stato con funzioni proprie ed indipendenti da quelle di giudici e magistrati. La sua figura è regolata dalla Ley Orgánica del Poder Judicial (in particolare si vedano gli artt. 440, 452, 454 e 456) e dal Reglamento Orgánico del Cuerpo Superior de Secretarios Judiciales. Ulteriori informazioni sono disponibili sul sito del Ministero della giustizia, <http://www2.mjusticia.es> ed ivi le indicazioni. Circa le nuove funzioni attribuite al *Secretario judicial*, v. **L. F. Andino Axpe**, *El secretario judicial ante la reforma de las normas procesales para la implantación de la nueva oficina judicial*, in *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2009, 767, pp. 8-11; **A. Fernández de Buján**, *El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial*, in www.laleydigital.es, 1235/2009, p. 1 ss.; **R. Lacueva Bertolacci**, *Los Secretarios judiciales y la ejecución civil: la reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial*, in www.laleydigital.es, 12359/2009, p. 1 ss.; **A. Arnaiz Serrano – J. J. Tomás Porter**, *La nueva oficina judicial: un estudio sobre la organización y funciones en la oficina judicial y los procesos judiciales tras la reforma de la legislación procesal operada por la Ley 13/2009*, in *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 2010, 33, pp. 69-93.

giudiziale era sottoposta ad un primo vaglio di ammissibilità da parte del giudice, superato il quale, essa veniva notificata alla controparte per l'instaurazione del giudizio diretto dal giudice fino alla decisione sul merito della *res litigiosa*. Orbene, mancando questa seconda fase nel procedimento monitorio *stricto sensu*, è chiaro che l'attività del giudice di valutazione dell'ammissibilità della domanda si confondeva con il suo accoglimento e conseguente emanazione dell'ingiunzione. Solo con la proposizione dell'opposizione da parte dell'ingiunto si otteneva la chiusura di questo procedimento speciale e la riattivazione del canale ordinario corrispondente, per valore, alla pretesa dedotta in giudizio, da svolgersi davanti al giudice e destinato a concludersi con sentenza.

A fronte dell'affidamento al *Secretario judicial* del vaglio dell'ammissibilità della domanda, si è finito per attribuire a questo soggetto il compito di emanare le ingiunzioni di pagamento al pari del *Rechtspfleger* tedesco. Questo sembra spingere la Spagna verso il modello "puro" di procedimento monitorio, tuttavia, a differenza di quanto avviene in Germania ove non si ha alcun vaglio "nel merito" della pretesa azionata e dunque il funzionario svolge un mero controllo di regolarità formale della richiesta, si deve sottolineare che in Spagna non è venuta meno l'esigenza di offrire un supporto probatorio a corredo della richiesta di ingiunzione. Pertanto, a meno di una rilettura in senso "formalistico" dei requisiti richiesti dalla legge per l'accesso all'istituto, teso a svuotare di contenuto l'operazione di vaglio della documentazione prodotta, si viene ad imporre ad un soggetto che non è un giudice e non offre dunque le stesse garanzie di terzietà ed imparzialità, di esercitare prerogative tipicamente giurisdizionali, quali la – sia pur sommaria – cognizione sulla fondatezza del diritto di credito azionato. I forti dubbi di costituzionalità sono superati, almeno nella mente del legislatore, dalla previsione che si torni davanti al giudice nel caso il *Secretario* neghi l'accesso alla giustizia, ritenendo inammissibile la *petición* e, pertanto, sia il soggetto costituzionalmente deputato a giudicare su diritti ed interessi legittimi a riprendere pieno possesso delle proprie funzioni e ad avere l'ultima parola sul diritto di accesso ad una corte da parte dei richiedenti giustizia⁵⁸⁸.

Si è già detto, trattando della competenza prevista per l'emanazione dell'ingiunzione⁵⁸⁹, che la modifica al dettato dell'art. 813 LEC – che discorre di *Juzgado* e non più di *Juéz de primera instancia* – non ha aiutato a chiarire i dubbi sorti circa la competenza o meno dei *Juzgados de lo mercantil* ad emanare ingiunzione; questione alla quale crediamo possa continuare ad applicarsi l'orientamento giurisprudenziale formatosi in precedenza, non supponendo questo cambiamento terminologico alcuna modifica del fondamento normativo e concettuale dello stesso.

⁵⁸⁸ V. **Sánchez-Pego**, *Reflexiones constitucionales*, cit., www.westlaw.es

⁵⁸⁹ *Supra*, par. 2.3.

Altra importante riforma, che ripercorre la strada già battuta da altri ordinamenti (come quello francese), è l'innalzamento del limite di valore stabilito per l'accesso all'istituto fino alla somma di 250.000 Euro, col che la stragrande maggioranza dei crediti pecuniari potrà trovare tutela nelle forme del rito monitorio. Si tratta di una riforma le cui premesse erano già *in nuce* nella LEC del 2000, ove si affermava di conoscere la prassi di altri ordinamenti, privi di qualsiasi limitazione, ma che si era ritenuto opportuno inserire una limitazione per ragioni di "sana prudenza", con l'idea, sottolineata da molti commentatori⁵⁹⁰, di un futuro ampliamento dopo un periodo di "rodaggio" che offrisse indici di valutazione positiva del nuovo istituto. L'attuale riforma è stata, in un certo senso, resa necessaria dall'ordinamento europeo, che già con la direttiva 35/2000 aveva imposto agli Stati membri di garantire che un creditore potesse ottenere un titolo esecutivo per la propria pretesa entro novanta giorni dalla domanda, a prescindere dall'importo richiesto e che, con l'introduzione del procedimento europeo di ingiunzione in via regolamentare (reg. 1896/2006), ha reso direttamente applicabile negli Stati membri uno strumento monitorio privo di qualsiasi limitazione in ragione del valore del credito azionato.

La notifica dell'ingiunzione, affidata al *Secretario judicial*, è stata oggetto di chiarimenti ed è ora espressamente escluso (accettandosi dunque l'orientamento prevalente già formatosi in dottrina e giurisprudenza) che possa avvenire per proclami al di fuori dell'ipotesi, specificamente prevista, di ingiunzione di pagamento per spese condominiali fondata su una *CIGCCP*.

La riforma ha tentato anche di porre fine alla lunga diatriba causata dal dettato dell'art. 816 LEC che, in assenza di pagamento ed opposizione da parte dell'ingiunto, prevedeva l'emanazione dell'*auto despachando ejecución*, con tutti i dubbi circa il dovere di procedere d'ufficio o solo previa proposizione della relativa *demanda ejecutiva*, ovvero di autorizzare l'esecuzione, sospendendone però il corso in attesa dell'integrazione con gli elementi necessari per la sua utile prosecuzione a cura del ricorrente. Il nuovo testo prevede che il "*Secretario judicial dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y dará traslado al acreedor para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud*". Dunque si introduce un provvedimento scritto che conclude il procedimento speciale e che viene a costituire quel titolo cartaceo tanto insistentemente reclamato da buona parte della dottrina. Al tempo stesso, però, non si colloca il creditore nella stessa posizione che avrebbe al termine di un procedimento ordinario di cognizione ma, di nuovo, si introduce una deviazione dagli schemi ordinari: a questo soggetto non viene infatti richiesto di presentare la *demanda ejecutiva* per ottenere l'autorizzazione a

⁵⁹⁰ Si rinvia a quanto si è esposto nei Capitoli precedenti, in particolare, cap. 1, par. 4.4. e Cap. 3, par. 1.

procedere con l'esecuzione forzata ma soltanto una mera *solicitud* (richiesta), atto sconosciuto nel diritto processuale spagnolo e del quale non si precisano minimamente i contenuti. Se lo scopo è quello di favorire il creditore – come si è sempre ritenuto proprio dell'istituto monitorio – e se per il suo deposito non si richiede assistenza tecnica (sul punto però non vi è alcuna certezza, dato che nessuna norma lo prevede ma, in generale, vige il principio opposto, dell'obbligatorietà dell'assistenza tecnica), è chiaro che deve trattarsi di uno scritto assai informale, nel quale si dovranno indicare gli elementi necessari per la proficua prosecuzione dell'attività esecutiva, quali i beni del debitore di cui si abbia conoscenza, ovvero tutti i suoi dati personali o i luoghi ove presumibilmente siano rinvenibili beni utilmente aggredibili. Probabilmente sarà d'aiuto il *Secretario judicial* che, in questo senso, dovrebbe svolgere un'opera di informazione ed ausilio ai richiedenti giustizia simile a quella operata dal *Rechtspfleger* rispetto a coloro che intendono proporre una richiesta in via monitoria. Un intervento chiarificatore del legislatore in quest'ambito appare dunque auspicabile.

Quanto all'ipotesi di pagamento del debitore, viene soppressa la “curiosa” previsione del vecchio art. 817 LEC, a tenore del quale il debitore che aveva adempiuto e ne offriva prova alla corte poteva ottenere da questa un *justificante de pago*, dunque una ricevuta per un pagamento già documentalmente provato. Adesso il *Secretario judicial* dovrà verificare il documento giustificativo del pagamento presentato dal debitore (di nuovo, non si capisce quale attività di verifica debba esercitare, se solo formale o che coinvolga, in qualche modo, il creditore-ricorrente) e, all'esito, emanare un *decreto de archivo de las actuaciones*. Si tratta di una formula che, per il giurista italiano, richiama concetti più prettamente processual-penalistici e che, tuttavia, è correntemente impiegata in Spagna quando si tratta di considerare concluso un certo procedimento. Nell'impossibilità di una esatta traduzione, riteniamo che, il caso di specie essere considerato un'ipotesi peculiare di cessazione della materia del contendere, stante l'accordo di entrambe le parti documentato dalla ricevuta di pagamento esibita dal debitore.

Infine, le modifiche introdotte all'art. 818 LEC per il caso di opposizione dell'ingiunto, non sembrano destinate a sopire del tutto le attuali diatribe sul rapporto tra procedimento monitorio e susseguente giudizio di opposizione. Vero è che si introduce un *decreto* del *Secretario judicial* che espressamente dichiara concluso il primo, col che pare che si torni alla tesi di Segni dell'atto di opposizione come ultimo atto del procedimento speciale che ne segna il termine e la trasformazione in giudizio ordinario di cognizione a contraddittorio pieno, con le parti che tornano nei rispettivi ruoli e con pienezza dei poteri. Ma vero è anche che nulla di nuovo si dice circa la competenza per il giudizio di opposizione e circa la necessità di motivare lo scritto di opposizione e la modificabilità dei

motivi nel giudizio seguente, in poche parole, sui rapporti tra i due procedimenti. In sostanza ci si è limitati a spostare dal giudice al *Secretario* le stesse attività e funzioni: citare le parti per l'udienza nel caso di *juicio verbal* ovvero informare il ricorrente della necessità di riproporre la domanda in via ordinaria, nel caso di rito *ordinario*, con la sola particolarità, derivante però dal nuovo regime previsto, in generale, per il vaglio dell'ammissibilità delle domande, per cui sarà il *Secretario* a valutare l'ammissibilità o meno dello scritto di opposizione rimettendo gli atti al giudice solo in caso di valutazione negativa.

In questa sede si attribuisce al *Secretario* un altro potere tipicamente giurisdizionale come quello di dichiarare l'estinzione (*sobreseimiento*) del procedimento e la condanna alle spese del ricorrente in via monitoria che poi non riproponga la domanda nel termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'opposizione della controparte, quando il giudizio debba seguire il rito *ordenario*.

In conclusione, salvo qualche eccezione (es. la chiusura del procedimento per avvenuto pagamento del debitore senza consegnargli ulteriori documenti giustificativi) la riforma finisce col gettare più ombre che luci sull'istituto e non contribuisce significativamente a chiarirne la natura e la collocazione sistematica. Meglio avrebbe fatto il legislatore, con un atto di coraggio, a portare alle estreme (ma diremmo necessarie) conseguenze la sua volontà di riformare e di "degiurisdizionalizzare" il procedimento (chiaramente indicata dall'affidamento delle relative funzioni al *Secretario judicial* e non più al giudice), indirizzando l'istituto verso le sue radici storiche, ovvero verso il modello "puro" (secondo la definizione di Calamandrei), con eliminazione del requisito documentale e di qualsiasi traccia di cognizione che non sia un vaglio, meramente formale, del rispetto dei requisiti richiesti dalla legge, e dunque l'emanazione di un provvedimento di condanna *sine causa cognitione* il cui consolidamento in un accertamento del diritto di credito ivi riconosciuto sia condizionato alla mancata opposizione dell'intimato entro un termine di preclusione e destinato, nel caso di opposizione, a concludersi e a trasformarsi in un giudizio a cognizione piena, questo sì davanti al giudice, senza inversione del ruolo e degli oneri gravanti sulle parti, proponibile, dopo che il *Secretario* abbia dato per concluso il procedimento speciale, nelle forme e nei modi previsti dalle comuni regole sul processo civile di cognizione applicabili (quelle del rito *verbal* o *ordinario*, a seconda del valore), ivi incluse le norme sulla competenza, essendo ormai venuto meno il procedimento (speciale) al quale le norme esclusive di competenza stabilite dall'art. 813 LEC facevano riferimento⁵⁹¹.

⁵⁹¹ Si tratta, ne più e ne meno, della ricostruzione a suo tempo proposta da **Segni**, *L'opposizione del convenuto*, cit., p. 977 ss.

CAPITOLO 4

PROCEDIMENTO EUROPEO DI INGIUNZIONE E *JUICIO MONITORIO* A CONFRONTO: RIFLESSIONI ALLA LUCE DELLA CONVIVENZA TRA MODELLI PROCESSUALI

1. Cenni sull'evoluzione del diritto processuale civile europeo: effettività della tutela e perseguimento della "quinta libertà" nell'ottica del mercato unico.

L'Europa dei Trattati di Roma, impegnata a costruire un mercato comune, inteso come "spazio senza frontiere interne" in cui i fattori produttivi ma anche le persone possano circolare liberamente, rivolge la propria attenzione anche alla tutela delle situazioni giuridiche interindividuali che non si manifestano isolate all'interno di un solo ordinamento giuridico e, correlativamente, alle controversie da esse nascenti la cui cognizione e decisione in un'Europa frammentata dai vincoli della sovranità nazionale incontra il duplice ostacolo del concorso (o conflitto) di giurisdizioni municipali non coordinate, e della territorialità degli effetti delle decisioni giudiziali: barriere erette dal diritto dei singoli Stati e dalla loro pretesa di determinare sovranamente l'ambito del proprio *imperium* (6). L'intento essenziale è la "decostruzione"⁵⁹² di queste barriere che si frappongono alla comunicazione tra ordinamenti e rappresentano un ostacolo per la tutela giuridica degli operatori economici come per i privati cittadini.

È in questa prospettiva che l'art. 220 del Trattato di Roma impegna gli Stati originari della Comunità economica europea ad "avviare fra loro negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini (...), la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca

⁵⁹² Di "decostruzione" delle barriere statali, come obiettivo fondamentale della costruzione di un mercato inteso come "spazio senza frontiere" parla **S. Cassese**, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, p. 909 ss. Per un efficace quadro d'insieme dell'evoluzione del diritto processuale europeo v. **P. Biavati**, *Europa e processo civile: metodi e prospettive*, Torino, 2003; più di recente **Id.**, *I regolamenti europei in materia di processo civile. Profili introduttivi*, in **P. Biavati – M. A. Lupoi**, *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008, p. 9 ss.

Nel preambolo del Trattato CEE, esposti gli scopi ed i fini dell'azione comunitaria (nel campo dell'economia) si parla di *eliminazione degli ostacoli*: che sono raffigurati in senso negativo - abolizione di barriere doganali, soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali - ma al tempo stesso se ne prevedono i rimedi. Fini ed azione della Comunità vengono poi declinati in modo articolato negli artt. 2 e 3 del trattato. Per un'articolata illustrazione ved. **R. Monaco**, *Introduzione storica*, in *Commentario, Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, dir. da **R. Quadri - R. Monaco - A. Trabucchi**, Milano, 1965, I, p. 7.

esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali”⁵⁹³. L’obiettivo è di realizzare una “quinta” libertà da aggiungere alle quattro previste dal Trattato relative alla circolazione di merci, persone, servizi e capitali, consistente nella possibilità di ottenere senza difficoltà il riconoscimento e l’esecuzione in tutti gli Stati membri di una decisione giudiziaria resa in un altro Stato membro.

Nella nota del 22 ottobre 1959 la Commissione della Comunità economica europea ricorda agli Stati che “un vero mercato interno potrà esser realizzato soltanto a condizione che venga garantita una sufficiente tutela giuridica. Sono da temersi perturbazioni e difficoltà nella vita economica della Comunità qualora non si possa far accertare e realizzare, in via giudiziaria se del caso, i diritti individuali che sorgeranno dalla molteplici relazioni giuridiche. Poiché il potere giudiziario, tanto in materia civile quanto in materia commerciale, rientra nella sovranità degli Stati membri, e poiché, d’altra parte, gli effetti degli atti giudiziari restano limitati al territorio nazionale, la tutela giuridica e, di conseguenza, la sicurezza giuridica nel mercato comune dipendono essenzialmente dall’adozione da parte degli Stati membri in comune di una soluzione soddisfacente per quanto riguarda il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni giudiziarie”⁵⁹⁴.

Lo strumento cui si affida l’Europa in questo primo periodo per superare gli ostacoli ed i condizionamenti di una normativa che confina la giustizia civile all’interno dei singoli Stati, come area di esercizio esclusivo della loro sovranità, è quello classico della cooperazione giudiziaria internazionale: una convenzione costruita e concordata dagli Stati, sottoposta alla ratifica dei parlamenti nazionali.

Nuovo o, quantomeno più specifico, rispetto ai “prodotti” tradizionali della cooperazione giudiziaria tra Stati sovrani è l’obiettivo sotteso all’utilizzazione dello strumento in parola: creare un complesso di norme complementari al sistema già realizzato e da realizzare in virtù dei trattati comunitari e del c.d. diritto derivato. Nuovo è anche il preciso

⁵⁹³ Le “formalità” di cui si avverte la necessità di una semplificazione riguardano sia le condizioni ed i requisiti alle quali gli Stati nazionali subordinano il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni pronunciate all’estero, sia il procedimento di delibazione all’uopo previsto, spesso oneroso e lento, a causa della possibilità di un riesame del merito affidato con maggiore o minore larghezza al giudice della delibazione”. A creare una situazione giuridica adeguatamente uniforme non bastavano le convenzioni concluse nella materia; queste, oltre che di numero limitato, e quindi insufficienti per coprire l’intera rete dei possibili rapporti fra gli Stati membri della CEE, si ispiravano spesso a principi diversi e prevedevano rispetto al diritto comune modifiche la cui portata variava sensibilmente a seconda delle convenzioni. Sull’art. 220 del Trattato, v. **P. Fois**, in *Commentario supra* nota 1, III, pp. 1568, 1608.

⁵⁹⁴ V. i riferimenti nella *Relazione Jenard alla Convenzione di Bruxelles*, in **F. Pocar**, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l’esecuzione delle sentenze*, Milano 1986, pp. 255 - 256.

intento delle Parti contraenti di predisporre uno strumento normativo funzionale al perseguimento delle finalità complessive dell'ordinamento comunitario⁵⁹⁵.

Con queste caratteristiche e come frutto della collaborazione tra gli Stati, nel 1968 nasce la *Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* che traduce l'idea di una convenzione generale sulla circolazione dei provvedimenti giurisdizionali integrata con l'elaborazione ed adozione di uniformi criteri di esercizio della giurisdizione. Nel suo disegno ordinatore il gruppo di norme (artt. 2-24) che introducono regole comuni in materia di *competenza* giurisdizionale degli Stati contraenti, si salda con il gruppo di norme (artt. 25- 51) che muniscono le sentenze e, più precisamente, le "decisioni" provenienti da uno Stato membro di efficacia *ipso iure* in ogni altro Stato contraente e ne garantiscono un particolare grado di stabilità semplificando la procedura di esecuzione. Incomincia a prendere forma la costruzione di uno "spazio giudiziario europeo" all'interno del quale, da un lato, sono identici i criteri di esercizio di giurisdizione e, dall'altro, uniformi gli effetti delle sentenze e, più in generale, dei provvedimenti giurisdizionali⁵⁹⁶.

In questo contesto, norme specifiche, come le opzioni giurisdizionali aperte dall'art. 5, n. 1, in tema di *forum contractus* e dall'art. 5, n. 5, in tema di foro della succursale, sono finalizzate anche al rafforzamento della tutela del credito. Lo stesso può dirsi dell'art. 24 della Convenzione, relativo alla giurisdizione in materia di misure provvisorie o cautelari nello spazio comunitario, che consente di ottenere e di eseguire, in seno alla Comunità, provvedimenti rapidi emessi grazie a procedimenti semplificati a cognizione sommaria.

1.1. L'attenzione comunitaria per la tutela giudiziale del credito.

⁵⁹⁵ Testimoniato, tra l'altro, dal coinvolgimento delle istituzioni della Comunità nel processo che conduce alla conclusione delle convenzioni, pur al di fuori di qualsiasi previsione normativa. Basti pensare che la negoziazione degli accordi attraverso la conferenza intergovernativa avviene nell'ambito del Consiglio ed anche la firma viene apposta in seno a tale istituzione. Meno rilevante ma pur sempre significativo, il ruolo di impulso e di preparazione svolto dalla Commissione. Ved. **P. Bertoli**, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p.21 e nota 8.

Sembra corretto affermare che la Convenzione trovi il suo fondamento non soltanto nell'art. ma attinga direttamente ai principi generali dell'ordinamento comunitario, nella specie quello sul ravvicinamento, l'armonizzazione ed il coordinamento delle legislazioni nazionali, espresso nell'art. 3 nonché 100 segg. del Trattato.

⁵⁹⁶ **S. M. Carbone**, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4 ed., Torino, 2006, p. 5 ss.

Nel corso degli anni, l'impegno e l'attenzione dell'Europa si manifestano anche in iniziative specificamente rivolte alla tutela giudiziale del credito e, più in particolare, allo strumento processuale che ha come finalità precipua quella di far ottenere al creditore un titolo esecutivo giudiziale in forme rapide ed economiche, ovvero il procedimento monitorio.

In questo contesto, piace ricordare il lavoro della Commissione Storme, insediatasi informalmente fin dal 1987 col compito di ravvicinare le procedure civili europee. Prende forma un primo progetto di direttiva che, pur non estendendosi all'intero settore del processo civile, ne tocca numerosi aspetti. Particolare attenzione è dedicata proprio al procedimento monitorio, disegnato come istituto utilizzabile per il recupero di crediti pecuniari liquidi, senza limiti di valore, dei quali sia offerta una prova documentale e con un unico termine di quindici giorni per proporre opposizione, in difetto della quale l'ingiunzione avrebbe acquisito efficacia esecutiva e di giudicato. L'opposizione avrebbe "trasformato" il procedimento da speciale in ordinario. Per l'atto introduttivo era previsto un largo impiego di formulari standard, con minuziose indicazioni dei criteri di redazione e, correlativamente, la non obbligatorietà dell'assistenza tecnica⁵⁹⁷.

Alla luce di quanto si è visto in precedenza circa la genesi della LEC, ovvero la preoccupazione della Spagna di "stare al passo" con l'Europa e di non essere più considerata un "paradiso per i debitori", non sembra forzato riprendere l'idea di circolazione (o contaminazione) dei modelli processuali⁵⁹⁸ per rilevare come tra l'istituto che si è venuto formando in Spagna ed il modello elaborato dalla commissione Storme sussistano importanti tratti comuni che vanno dalla limitazione dell'utilizzabilità dell'istituto ai soli crediti di somme di denaro determinate muniti di un supporto documentale alla non obbligatorietà dell'assistenza tecnica e l'uso di formulari per la presentazione del ricorso. Considerando l'apertura del legislatore spagnolo alle esperienze ed alle indicazioni provenienti da altri ordinamenti del Continente, non è certo da escludere che anche il modello della Commissione Storme, così com'è avvenuto per il modello tedesco e quello francese, abbia esercitato un'influenza, quantomeno indiretta, nell'elaborazione del *juicio monitorio* della LEC del 2000.

1.2. Le modifiche istituzionali e le nuove competenze dell'Unione.

⁵⁹⁷ Per la riassuntiva descrizione del procedimento ingiuntivo regolato nel progetto della commissione Storme, v. **A. A. Romano**, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, Milano, 2009, pp. 7-8.

⁵⁹⁸ V. soprattutto il Cap. 1. L'importanza del lascito culturale e tecnico del progetto Storme è stata sottolineata da **G. Tarzia**, *Modelli europei per un processo civile uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 947.

Com'è noto, il Progetto di Codice di procedura civile europeo presentato dalla Commissione Storme nel 1993 non ha avuto un seguito concreto, tra l'altro, per la carenza, all'epoca, di competenze della Comunità in materia di processo civile a livello comunitario. La situazione cambia con i mutamenti che accompagnano l'evoluzione dell'ordinamento comunitario sotto il profilo istituzionale.

Con il Trattato di Maastricht, del 7 febbraio 1992, che fonda la nuova entità dell'Unione europea, dotata di ambizioni non più solamente economiche ma anche politiche, l'Europa guarda, con rinnovato impegno, anche al consolidamento dello spazio giudiziario europeo. Il Trattato di Maastricht, accanto al primo Pilastro comunitario, istituisce due nuovi Pilastri, relativi, rispettivamente alla Politica estera e sicurezza comune ed alla cooperazione tra gli Stati a cui dedica un apposito titolo – il Titolo VI – ed una specifica disciplina agli articoli K – K9, in cui trovano sistemazione numerose questioni, tra le quali, la cooperazione giudiziaria in materia civile, per la cui concretizzazione, lo stesso Trattato prevede l'utilizzo di alcuni strumenti propri della Comunità ma privi, per il momento, di efficacia vincolante, quali azioni e posizioni comuni e, ancora, quello, noto, delle convenzioni fra Stati membri⁵⁹⁹.

Il vero cambiamento avviene con il processo di riforma che il 2 ottobre 1997 porta al Trattato di Amsterdam (in vigore dal 10 maggio 1999), concepito all'insegna di un grande obiettivo di fondo: istituire e sviluppare progressivamente, in Europa, “uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”. In vista di questo disegno, il Trattato di Maastricht è oggetto di numerosi e significativi interventi che non si limitano ad una revisione dei meccanismi decisionali, rivelatisi difficilmente gestibili e scarsamente efficienti, ma toccano il piano istituzionale, portando ad una redistribuzione della competenza in materia di misure attinenti alla giustizia civile.

Dopo il limitato coinvolgimento nella formazione di atti normativi, quali le convenzioni cosiddette del Terzo Pilastro, la Comunità si vede attribuita un'ampia competenza normativa nel settore della cooperazione giudiziaria civile di cui l'Europa si assume ormai il compito e la responsabilità di una propria, autonoma ed organica gestione.

“Allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, esordisce l'art. 61 – che riecheggia la solenne enunciazione dell'art. 2 del Trattato UE – “il Consiglio adotta misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile come previsto dall'art. 65”. Parlando di “misure”, la norma consacra la possibilità, per le

⁵⁹⁹ **Bertoli**, *Corte di giustizia* cit., p. 32 ss. Scrive **F. Salerno**, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, 2000, p. 4: “con il Trattato di Maastricht sull'Unione europea inizia a sfumare il confine tra la cd. “convenzioni comunitarie” e il diritto comunitario”.

istituzioni comunitarie, di ricorrere, nell'esercizio dei propri poteri, a tutto il ventaglio di atti vincolanti e non vincolanti, tipici e atipici, previsti dal Trattato, senza essere condizionati all'adozione di un determinato atto specifico. Notevolmente ampliato è poi il campo delle materie in cui la Comunità è abilitata ad intervenire. Le misure adottabili, secondo il nuovo art. 65, riguardano: "a) Il miglioramento e la semplificazione del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziari; della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali; b) la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale; c) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri". Conseguentemente, le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile hanno uno spettro ben più ampio del miglioramento e della semplificazione delle aree tradizionalmente curate dal diritto processuale internazionale. L' "eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili" e la "promozione della compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri" di cui parla il citato art. 65, lett. c, indicano obiettivi più ambiziosi e valorizzano l'esigenza di forme di tutela giurisdizionale efficaci, idonee a giustificare la recezione del loro prodotto finale negli altri Stati membri.

È vero che l'ampiezza della norma in esame, ed il conseguente conferimento di competenze al legislatore europeo, sono temperati dalle condizioni che la prima parte dell'art. 65 pone all'esercizio della competenza comunitaria, è cioè, che la cooperazione presenti "implicazioni transfrontaliere" e che le misure siano adottate "per quanto necessario al buon funzionamento del mercato interno". Ma, com'è stato giustamente notato, la prima condizione è implicita nell'esigenza di una dimensione comunitaria della cooperazione e la seconda non è sufficientemente specifica per permettere di escludere con certezza una serie di misure che, pur presentando un collegamento ridotto col mercato interno, possano comunque avere su questo una incidenza almeno indiretta. Senza dire che una corretta interpretazione dell'ambito proprio della competenza attribuita dalla Comunità, con gli artt. 61, lett. c e 65, non può in alcun caso prescindere da un riferimento all'obiettivo di fondo che è pur sempre costituito dall'istituzione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", destinato a completare e, insieme, ad assorbire, lo spazio senza frontiere interne del mercato unico⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ **S. Bariatti**, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, p. 261 ss. Rispetto all'attuale art. 65, il futuro art. 69 D del Trattato di Lisbona prevede l'aggiunta di tre settori nei quali il

1.3. La cooperazione nelle controversie con implicazioni transfrontaliere.

Tra le misure idonee a raggiungere l'obiettivo che la componente transfrontaliera delle relazioni commerciali non possa costituire un freno agli scambi, viene individuata la generalizzazione ed il ravvicinamento dei procedimenti speciali per il recupero dei crediti, soprattutto di quelli "non contestati". L'idea trova espressione in una comunicazione della Commissione del 1998, in cui si sottolinea l'esigenza di "una maggiore efficienza nell'ottenimento e nell'esecuzione delle decisioni nell'ambito dell'Unione europea"⁶⁰¹, e si suggerisce l'introduzione, in tutti gli Stati, di procedure monitorie armonizzate. Viene fatta menzione anche del "titolo esecutivo europeo", pur senza collegarlo espressamente all'ingiunzione⁶⁰².

Un significativo passo in avanti è compiuto dal Consiglio europeo riunito a Tampere il 15 e 16 ottobre del 1999, incontro che ribadisce l'importanza del ravvicinamento delle procedure in materia di crediti non contestati e sollecita Consiglio e Commissione a semplificare le procedure per il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, abolendo, in certi settori, l'*exequatur* in favore di un "titolo esecutivo europeo". Al tempo stesso, raccomanda a tali istituzioni l'introduzione di norme processuali comuni per le controversie con implicazioni transfrontaliere, indicando il procedimento monitorio tra gli strumenti più idonei allo scopo⁶⁰³.

Il Consiglio dell'Unione raccoglie l'invito presentando, il 30 novembre 2000, un articolato "progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale", ove, tra le proposte prioritarie, figura proprio l'abolizione dell'*exequatur* per i crediti non contestati, con base normativa nell'art. 65 Tr. CE e si afferma la possibilità di arrivare ad un autentico "titolo esecutivo europeo" ottenuto all'esito di un procedimento uniforme o di una procedura armonizzata tra i vari Stati, secondo principi comuni imposti, magari, mediante direttiva⁶⁰⁴.

Consiglio e il Parlamento europeo possono adottare misure legislative: l'accesso effettivo alla giustizia, lo sviluppo dei metodi alternativi per la risoluzione delle controversie ed il sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari.

F. Frattini, *European Area of Civil Justice - Has the Community Reached the Limits?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2006, p. 232.

⁶⁰¹ In GU C 33, del 31.1.1998, 3, in particolare al punto n. 33. Sul tema, si vedano le osservazioni di **P. Biavati**, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 761.

⁶⁰² Cfr. la comunicazione citata *supra*, nota 4, in particolare punti 39 ss.

⁶⁰³ Si vedano le Conclusioni del Consiglio europeo pubblicata in *NJW*, 2000, p. 1925 e reperibili in vari siti internet, in particolare al punto 38.

⁶⁰⁴ Il progetto è pubblicato in GU C 12 del 15.1.2001, 1. Per un commento v. **G. Porcelli**, *Ingiunzione di pagamento europea e "mercato interno": un concetto da riformare?*, in **AA. VV.**, *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, a cura di **A. Carratta**, Milano, 2007, p. 94.

È stato sottolineato come, proprio in questa precisazione si possa scorgere “il germe della futura distinzione tra ‘l’ingiunzione di pagamento europea’ (i.p.e.), da un lato, ed il ‘titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati’ (t.e.e.), dall’altro”, segnando una netta separazione tra le due figure che, fino ad allora, erano state in gran parte sovrapposte e confuse⁶⁰⁵.

In questo percorso, volto a potenziare la tutela del credito, attraverso l’armonizzazione delle procedure interne e l’introduzione di procedimenti speciali uniformi per tutti gli Stati dell’Unione non si può dimenticare il ruolo della direttiva 2000/35/CE del 29 giugno, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, ove si ribadisce come i problemi nella riscossione del credito aumentano in ambito internazionale, tenuto conto che i tempi di adempimento in certi Stati differiscono sensibilmente dalla media comunitaria.

La direttiva ed i suoi commentatori non mancano di rilevare come le differenze tra gli strumenti di tutela del credito messi a disposizione dagli Stati costituiscano un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno, limitando le operazioni commerciali transfrontaliere e generando distorsioni della concorrenza. Ciò in violazione dell’art. 14 del Trattato istitutivo che intende garantire agli imprenditori la possibilità di commerciare liberamente in tutto il mercato interno alla Comunità, senza che tale attività comporti rischi più elevati rispetto alle vendite nel mercato interno⁶⁰⁶.

Tuttavia, il legislatore comunitario, già all’epoca, ha ben presente che risultati adeguati possano essere raggiunti solo mediante un’azione unitaria portata avanti a livello comunitario. Con una comunicazione al Parlamento ed al Consiglio, nel luglio 2001, la Commissione si interroga sui sistemi migliori per ottenere uno strumento agile ed efficace di lotta alla morosità nelle relazioni transfrontaliere. I commentatori della Comunicazione e della successiva Risoluzione del Parlamento (del 15 novembre 2001) che ad essa tenta di dare risposta indicavano alcuni punti fermi:

- innanzitutto, propendono per fondare l’iniziativa comunitaria sugli artt. 61 e 65 del TrCE, con un incremento della cooperazione giudiziaria internazionale;
- vi è accordo sul fatto che non si potesse lasciare al mercato il compito di portare al ravvicinamento delle legislazioni processuali;
- si ritiene opportuno dedicarsi all’elaborazione di alcuni fondamenti o principi di diritto dei contratti, sulla scorta dei *Principi di diritto contrattuale europeo* elaborati dalla Commissione Lando;

⁶⁰⁵ Cfr. **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., pp. 11-12.

⁶⁰⁶ **V. Magro Servet**, *Hacia un proceso monitorio común europeo*, in *La Ley*, 2002, D-94, p. 1767.

- si reputa necessario procedere a modellare un diritto privato europeo, creando all'uopo un "istituto giuridico europeo"⁶⁰⁷.

Per quanto attiene all'oggetto del presente lavoro, risultano interessanti soprattutto i primi due punti nei quali già si scorgono le premesse teoriche e normative per le successive iniziative regolamentari tese a rafforzare la tutela del credito transfrontaliero.

In merito alla direttiva 2000/35, si è già avuto modo di sottolineare come la stessa imponga agli Stati soluzioni che consentano al ricorrente di ottenere, in assenza di contestazione riguardo al credito o all'ammissibilità della domanda, un titolo esecutivo entro novanta giorni dalla richiesta, senza limiti di valore ed alle medesime condizioni per tutti i creditori stabiliti nel territorio dell'Unione. A tale riguardo la direttiva faceva riferimento soprattutto al procedimento monitorio come strumento atto a raggiungere la finalità perseguita.

Il grande passo verso la tendenziale equiparazione del titolo proveniente da un altro Stato membro ad un titolo esecutivo nazionale viene compiuto con il Regolamento CE 805/2004 del 21 aprile 2004 sul "titolo esecutivo europeo". Il Regolamento si riferisce ai crediti "non contestati" ed esclude le materie elencate nel suo art. 2. Esso consacra il passaggio dal riconoscimento automatico salvo opposizione in ipotesi tassative, alla "certificazione" di una pronuncia giudiziale come "titolo esecutivo europeo" da parte dello stesso organo giudiziario emittente, sulla base del rispetto, nella formazione della pronuncia, di alcune garanzie procedurali uniformi. Si tratta di norme tese soprattutto a garantire il diritto di difesa del convenuto imponendo. A tal fine, si richiede che l'atto introduttivo abbia un certo contenuto circa il credito azionato (es. parti, capitale, interessi, ecc.), che venga notificato in forme idonee a garantire la conoscenza del procedimento da parte del convenuto, e che quest'ultimo riceva un'adeguata informazione riguardo alle conseguenze processuali del procedimento (es. conseguenze della mancata opposizione nel termine indicato)⁶⁰⁸.

In virtù della menzionata "certificazione", il titolo sarà eseguibile "negli altri Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento", ossia come se si trattasse della decisione di un giudice interno allo Stato membro nel quali si intende dargli esecuzione⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ Cfr. **E. Arroyo I Amayuelas – A. Vaquer Aloy**, *Un nuevo impulso para el derecho privado europeo*, in *La ley*, 2002, 2, D-96, p. 1788 ss.

⁶⁰⁸ Cfr. il Capo III del Reg. 805/2004, dedicato alle "Norme minime per i procedimenti relativi ai crediti non contestati".

⁶⁰⁹ Si vedano gli artt. 5, 24, 2° comma e 25, 2° comma del Regolamento citato. Sulla genesi del regolamento v. **F. Carpi**, *L'ordine di pagamento europeo tra efficacia della tutela e garanzie della difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 688 ss. Per un'attenta analisi dell'istituto v. **G. Olivieri**, *Il titolo esecutivo europeo (qualche considerazione sul Reg. 805/2004 del 21 aprile 2004)*, in *www.judicium.it.*; **F. Carpi**, *Dal riconoscimento delle decisioni*

Per genesi storica ed ambito applicativo ristretto ai soli “crediti non contestati”, è chiaro che il provvedimento giudiziale che più di ogni altro il legislatore comunitario aveva in mente come idoneo ad ottenere la certificazione di t.e.e.⁶¹⁰, è proprio l’ingiunzione non opposta. In particolare la previsione normativa si attagliava perfettamente all’ingiunzione spagnola esecutiva per assenza di opposizione anche per la coincidenza dell’ambito applicativo del *juicio monitorio* rispetto al Reg. 805/2004, limitato ai soli crediti di una somma di denaro⁶¹¹.

Questo regolamento ha certamente ottenuto il risultato significativo di equiparare, di fronte all’attività esecutiva, il titolo giudiziale interno a quello proveniente da un giudice “straniero”, a testimonianza di una maggiore integrazione e fiducia nei giudici europei, da tempo protagonisti dell’attuazione dell’ordinamento comunitario⁶¹². Ciò è stato reso possibile mediante l’imposizione di norme procedurali minime uniformi per tutti gli Stati e l’emanazione di una “certificazione” da parte del giudice investito del procedimento terminato col provvedimento al quale si intende dare esecuzione all’estero⁶¹³, ma si trattava pur sempre di procedimenti diversi (per durata, complessità, costi, ecc.) da Stato a Stato.

all’esecuzione automatica, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1136 ss.; **L. Fumagalli**, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2006, p. 23 ss.

⁶¹⁰ Il Reg. CE 805/2004 fa infatti riferimento a decisioni (e transazioni) giudiziarie; atti pubblici; tutte le convenzioni in materia di obbligazioni alimentari concluse davanti alle autorità amministrative o da queste autenticate e, il 1° comma dell’art. 4, sancisce che si deve considerare decisione giudiziaria qualsiasi decreto, ordinanza o sentenza (o mandato di esecuzione, ovvero ancora la determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere).

⁶¹¹ Ciò non è sancito in modo esplicito nell’articolato ma si ritiene definitivamente acquisito sulla base di altri indici normativi. V. **Olivieri**, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., secondo il quale: “dobbiamo però prima appurare se i crediti contemplati dal Reg. 805/2004 debbano necessariamente avere a oggetto somme di denaro, ovvero se possano ammettersi alla libera circolazione europea anche i crediti relativi a obblighi di consegna o di rilascio, ovvero di obblighi di fare (o di non fare) (...). La risposta, che deve essere negativa, si ricava (non dall’articolato regolamentare, ma) dal n. 5 del preambolo (i considerando), che indica la mancata contestazione del debito; ancora più espliciti risultano i testi in francese e in inglese, nei quali si parla di *créance pécuniaire* e di *pecuniary claim*. Del resto, affatto coerentemente, i modelli sui quali dev’essere redatta la certificazione di titolo esecutivo europeo (all. I – IV) contemplano soltanto i debiti pecuniari”.

⁶¹² Per una recente panoramica v. **A. Tizzano**, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 141 ss.

⁶¹³ “Certificazione” che non ha mancato di suscitare le critiche di alcuni settori dottrinali. V., **M. De Cristofaro**, *Il principio del mutuo riconoscimento quale “via processuale” alla circolazione ed armonizzazione dei valori giuridici nello spazio giudiziario europeo: prospettive e limiti*, in **A. Carratta** (a cura di), *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, Milano, 2007, p. 77 ss.

Si comprende così il motivo per il quale la Commissione ritenesse necessario sviluppare un procedimento monitorio comune per tutta l'Europa.

La Proposta di regolamento per l'istituzione di un procedimento monitorio europeo del 25 maggio 2004 ha cura di indicare come non vi sia il rischio di contraddizione o sovrapposizione tra i progetti di titolo esecutivo europeo ed ingiunzione europea tenuto conto della loro chiara limitazione, rispettivamente, alla fase precedente (procedimento monitorio) e a quella successiva (riconoscimento ed esecuzione) ad una pronuncia giudiziale⁶¹⁴. Il Reg. 805/2004, infatti, non dà luogo ad una piena equiparazione dei titoli interni e stranieri ma sostituisce all'*exequatur* una certificazione rilasciata dallo stesso organo che emette la decisione a fronte della verifica del rispetto delle condizioni minime indicate dal Regolamento stesso. Se non si richiede tale certificazione occorre passare attraverso la concessione dell'*exequatur* nello Stato richiesto⁶¹⁵.

Una più penetrante armonizzazione che, di fatto, permette di ottenere la piena equiparazione delle decisioni rese nei vari Stati dell'Unione (eccetto la Danimarca), viene raggiunta con l'istituto che ci interessa direttamente in questa sede, ovvero l'ingiunzione di pagamento europea, istituita con Reg. CE 1896/2006 del 12 dicembre 2006. Limitando l'ambito applicativo ai soli crediti pecuniari di importo determinato nonché mediante specifici presupposti di ammissibilità, si introduce, in via regolamentare, un procedimento uniforme per tutti gli Stati membri. Il procedimento ha carattere facoltativo e si affianca alle procedure interne disciplinate dai singoli ordinamenti nazionali. Il provvedimento che lo conclude è idoneo a circolare liberamente e può essere eseguito in ogni Stato membro⁶¹⁶.

Ci sembra interessante rilevare che l'i.p.e. ha avuto un'elaborazione, per certi versi, simile alla LEC spagnola, che ha visto il serio coinvolgimento di tutte le parti interessate, i cui pareri, critiche e

⁶¹⁴ Sull'evoluzione che ha portato al Regolamento 1896/2006 v. **M. I. González Cano**, *Aproximación al Reglamento (CE) 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo*, in *Unión Europea Aranzadi*, ottobre 2007, pp. 5-29.

⁶¹⁵ **V. F. Gascón Inchausti**, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Cizur Menor, 2005, p. 29, secondo il quale "non esiste (...) un autentico automatismo nell'omologazione, nella misura in cui è necessaria una certificazione, una decisione giudiziaria o amministrativa che attribuisca espressamente ad una pronuncia o transazione giudiziale o ad un atto pubblico la qualifica di titolo esecutivo europeo".

⁶¹⁶ **J. López Sánchez**, *Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social*, in *www.laleydigital.es*, 58/2008, p. 2, ha affermato che "con il monitorio europeo si è fatto un primo passo per creare un'assoluta equivalenza tra le decisioni – provvedimenti giurisdizionali – dei diversi Stati membri dell'Unione europea, sulla base di un principio di fiducia reciproca ed in virtù di una regolazione uniforme del procedimento contenuta nel Regolamento (CE) 1896/2006".

suggerimenti sono stati tenuti in considerazione per elaborare il progetto definitivo.

Analogamente, in sede europea, la Commissione ha predisposto un Libro verde già nel 2002⁶¹⁷, promuovendo la consultazione degli interessati su numerosi aspetti quali l'ambito applicativo dell'istituto, la sua limitazione alle sole controversie transfrontaliere, l'uso del regolamento o della direttiva come strumento regolatore, l'esigenza o meno di allegare alla domanda un supporto probatorio documentale; la configurazione dell'opposizione.

Nel 2004 viene predisposta la prima proposta di regolamento che prevede un procedimento senza prova documentale, a doppia fase di opposizione ed applicabile a tutti i crediti di denaro liquidi ed esigibili, quand'anche la controversia non presenti carattere transfrontaliero⁶¹⁸. La proposta viene trasmessa al Parlamento ed al Consiglio ed avviata alla procedura di "codecisione" ex art. 251 Tr.CE. Su alcuni aspetti, in particolare quelli relativi alla necessità di un supporto probatorio documentale ed alla configurazione dell'opposizione, nasce un vivace dibattito. Il Parlamento, in prima lettura, propone numerosi emendamenti che inducono la Commissione a rivedere profondamente la proposta originaria. Ne viene formulata un'altra nel febbraio 2006⁶¹⁹, oggetto di ulteriori emendamenti poi approvati da tutti gli organi coinvolti nella codecisione. Nasce così il Regolamento che istituisce il "procedimento europeo di ingiunzione di pagamento"⁶²⁰, destinato a svolgersi in modo uniforme in tutti gli Stati, salvo per aspetti non regolati o regolati solo *de minimis*, dallo stesso regolamento⁶²¹.

Le esigenze che hanno spinto verso l'adozione di un procedimento monitorio uniforme sono, da un lato, le stesse per le quali l'istituto è stato introdotto negli ordinamenti nazionali fin dalle sue origini storiche, ovvero offrire uno strumento per la rapida tutela del credito in tutti quei casi nei quali il debitore non abbia una seria contestazione da far valere; dall'altro, quelle di dotare i creditori di uno strumento uniforme, capace di generare un titolo esecutivo liberamente circolante tra gli Stati come un qualsiasi altro bene o servizio.

Un altro elemento che accomuna, dal punto di vista teleologico, la tutela monitoria nazionale e l'i.p.e., viene espresso nell'art. 1, par. 1 del

⁶¹⁷ Cfr. Proposta COM (2002) 159 def., del 18 aprile 2002, GU C 203 E del 27 agosto 2002, p. 14.

⁶¹⁸ Proposta COM (2004) 173 def./3 in GU C 53, del 3.3.2005, 1.

⁶¹⁹ Proposta COM (2006) 57 def., del 7.2.2006.

⁶²⁰ Per una sintetica ma puntuale ricostruzione storica della genesi del Regolamento v. **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., pp. 14-15 ma anche, specie sulle proposte della Commissione che hanno portato all'adozione del regolamento, **G. Porcelli**, *La nuova proposta di procedimento i.p.e.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1259 ss.

⁶²¹ v. le osservazioni di **Romano**, *ult. cit.*, p. 14 ed ivi nota 73.

Regolamento, laddove si afferma che, con essa, si intende “semplificare, accelerare e ridurre i costi dei procedimenti per le controversie transfrontaliere in materia di crediti pecuniari non contestati”.

2. Il *juicio monitorio* e l’ingiunzione europea di pagamento: circolazione/contaminazione tra modelli processuali.

Esula dai limiti di questo lavoro un dettagliato esame della disciplina dell’i.p.e. e delle varie questioni che la dottrina non ha mancato di evidenziare, per le quali non può che rinviarsi all’ampia letteratura già esistente⁶²². In questa sede ci limiteremo ad un’esposizione sommaria delle caratteristiche salienti dell’istituto tale da fornire la cornice per l’analisi, che verrà svolta in seguito, in ordine sia alla possibile contaminazione tra il modello europeo e quello spagnolo sia ai problemi di coordinamento che l’introduzione dell’i.p.e. in Spagna e la sua coesistenza con il *juicio monitorio* pone all’interprete.

Le soluzioni accolte nel Reg. CE 1896/2006 rappresentano, per più di un aspetto, una sorta di compromesso tra le scelte normative proprie dei vari Paesi europei, tese, ci pare, a favorirne l’accettazione ed il successo nella prassi.

L’i.p.e., al pari del *juicio monitorio*, è un procedimento facoltativo, ovvero il creditore la cui pretesa rivesta le caratteristiche che gli consentano di valersene, può scegliere se impiegare questo istituto ovvero qualsiasi altro offertogli dal diritto interno o da quello comunitario.

Nelle pagine che seguono, ci limiteremo a far cenno al procedimento monitorio europeo per quegli aspetti che ci sembrano meritevoli di attenzione in un confronto con il rito spagnolo, vuoi per la comunanza delle soluzioni adottate, vuoi per le distanze che li caratterizzano nonché le possibili contaminazioni derivanti dalla convivenza dei due modelli.

⁶²² Oltre ai già citati **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit.; **AA. VV.** *Verso il procedimento*, cit.; tra i contributi più recenti, si vedano **M. Marinelli**, *Note sul regolamento CE n. 1896/2006 in tema di procedimento ingiuntivo europeo*, in *Il diritto processuale civile nell’avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, Tomo I, p. 579 ss.; **D. Milan**, *L’ingiunzione di pagamento europea*, in **A. Bonomi** (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 293 ss. Più di recente, con interessanti cenni anche a vicende applicative concrete in Italia, **A. Picciotto – M. Carlisi**, *Entra in vigore il Regolamento n. 1896 del 2006: la competitività del sistema Europa passa anche attraverso la rapida esazione dei crediti transfrontalieri*, in www.dejure.giuffre.it/psixshared/temporary/ftmp122203847.htm, p. 1 ss. In lingua spagnola v. **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, Barcellona, 2008; **L. Gómez Amigo**, *El proceso monitorio europeo*, Cizur Menor, 2008.

2.1. Il procedimento monitorio europeo nel quadro della nuova stagione del diritto processuale sovranazionale.

Con il Reg. 1896/2006 si inaugura una nuova stagione del diritto comunitario che, dal semplice ravvicinamento, attraverso l'armonizzazione delle normative processuali dei vari Stati membri, passa ad una vera e propria produzione di strumenti processuali autonomi⁶²³. È stato autorevolmente rilevato che questo regolamento, assieme al Reg. CE 861/2007, dell'11 luglio 2007, relativo alle controversie di modesta entità, segnano la nascita del diritto processuale civile europeo⁶²⁴ in quanto, per la prima volta, l'Unione interviene non su questioni di riconoscimento ed esecuzione di un provvedimento già formato secondo le procedure interne di uno Stato, bensì compie un significativo passo in avanti verso l'ambizioso traguardo della creazione di una procedura civile europea, introducendo uno strumento processuale autonomo in grado di portare all'emanazione di un provvedimento giurisdizionale di condanna al pagamento di una somma determinata. Il principale beneficiario di questa nuova stagione del diritto comunitario è il creditore, soggetto al quale, sempre più, si tenta di offrire strumenti di tutela efficaci ed efficienti avverso la morosità.

Al di là del dato comune dell'abolizione dell'*exequatur* tanto per il prodotto giudiziale certificato come titolo esecutivo europeo quanto per l'ingiunzione europea di pagamento, la differenza tra i due regolamenti è netta, non solo per il diverso momento processuale regolato (tutta la fase precedente, fino all'ottenimento del titolo giudiziale, nel Reg. 1896/2006, la sola fase successiva all'ottenimento di un provvedimento giudiziale da riconoscere ed eseguire in un altro Stato, nel Reg. 805/2004) e dunque per l'oggetto, ma per la stessa filosofia ispiratrice che sta alla base delle due normative.

Il regolamento sul titolo esecutivo europeo è ancora frutto di un'impostazione "liberale", caratterizzata dal fatto di rimettere al singolo la possibilità di scegliere il diritto ed il foro più conveniente ove litigare, in un'ottica mercantilistica nella quale il prodotto giudiziale (ossia gli strumenti posti a disposizione da ciascun legislatore) è valutato e scelto al pari di altri elementi per decidere dove compiere investimenti o, più in

⁶²³ Altri parlano di un "cambiamento di strategia nell'ambito legislativo comunitario: si passa da un sistema tradizionalmente basato sul favorire il riconoscimento e l'esecuzione delle pronunce emanate dalle corti di altri Stati membri a stabilire un procedimento per tutti gli Stati, al quale qualsiasi cittadino dell'Unione può rivolgersi". Cfr. **E. Trigo Sierra – A. Capilla**, *Un paso más hacia la construcción de un espacio europeo de justicia. El proceso monitorio europeo*, in www.vilex.com/vid/468804, p. 1 ss.

⁶²⁴ **E. Guinchard**, *La procédure civile européenne est née. Vive le créancier ! Présentation de l'injonction de payer européenne et de la procédure pour les demandes de faible importance*, in **G. De Leval – F. Georges** (a cura di) *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl*, Anthémis (Belgio), 2007, p. 8.

generale, operazioni di mercato. La loro libera circolazione è la concretizzazione di questa libertà, una sorta di riflesso dell'autonomia negoziale delle parti.

Con l'i.p.e., invece, nonostante il carattere facoltativo ed alternativo rispetto agli strumenti processuali nazionali, si ha un rovesciamento di prospettiva, nel senso che, da un certo punto di vista, si torna all'idea più classica del legislatore accentrato che costruisce e sviluppa un diritto unitario in parallelo con la creazione di un nuovo Stato unitario (ovvero l'Unione europea). Anzi, il carattere facoltativo è funzionale allo scopo perseguito: far conseguire rapidamente un titolo esecutivo in quei casi in cui si presume che l'intimato non abbia contestazioni da sollevare. Rendere obbligatorio l'uso dell'i.p.e. potrebbe invece andare a detrimento del creditore, costringendolo a dare corso ad un procedimento, previo ed ulteriore rispetto a quello ordinario, in tutti quei casi nei quali è evidente che il debitore si opporrà⁶²⁵.

Il Reg. 1896/2006 non regola certo ogni aspetto del procedimento monitorio che introduce (ed in particolare non si occupa della fase a cognizione piena che è totalmente rimessa alle singole legislazioni nazionali) ma ciò non sminuisce l'impatto sul principio dell'autonomia procedurale degli Stati, già da tempo in declino.

Al tempo stesso, non può trascurarsi il fenomeno della circolazione o contaminazione tra modelli processuali che caratterizza l'attuale società, e l'attuale evoluzione non solo europea. Questa, per un verso, permette un rapido e facile accesso al dato normativo di altri sistemi giuridici e, per altro verso, favorisce la "competizione" tra gli stessi, con la conseguenza che, i legislatori, nel far fronte alle esigenze della società, tendono ad ispirarsi a modelli già collaudati piuttosto che elaborarne di nuovi *tout court*⁶²⁶.

2.2. Procedimento ingiuntivo europeo e *juicio monitorio*: un primo approccio "d'insieme" alle scelte di fondo ed alla struttura complessiva dei due istituti.

La Spagna, nel suo impegno verso lo sviluppo in ogni settore e nel desiderio di affermarsi sulla scena internazionale, si è certamente mossa guardando attentamente all'esperienza altrui. Con questo spirito, la riforma della Legge sul processo civile del 2000, ha modificato numerosi istituti e, in modo particolare, ha rafforzato la tutela del creditore in parallelo con l'attenzione che, allo stesso soggetto, è andata dedicando l'Unione europea.

⁶²⁵ Cfr. il par. 3.2.4. del Libro Verde e le osservazioni di **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, cit., p. 36.

⁶²⁶ Concetti simili sono espressi da **E. Guinchard**, *L'Europe, la procédure civile et le créancier: l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges*, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 3/2008, p. 465 ss.

Le osservazioni che ci accingiamo a formulare in questa sede ci sembrano opportune in quanto, per un verso, ci consentono di sottolineare alcuni aspetti che accomunano l'i.p.e. ed il *juicio monitorio* spagnolo e, per altro verso, di evidenziare le problematiche legate all'integrazione tra i due modelli (o comunque all'integrazione dello strumento europeo con il diritto interno spagnolo) e le possibili influenze applicative (o i possibili spunti per una vera e propria modifica legislativa) che possono avere origine dalla "competizione" tra i modelli in questione.

Partiamo dalla scelta di fondo del modello processuale accolto, rispettivamente, dalla LEC e dal Reg. 1896/2006. Si tratta in entrambi i casi di modelli "ibridi", più vicini al modello "puro" o "senza prova" del credito azionato anche se, il rito spagnolo, probabilmente per una certa diffidenza del legislatore nazionale rispetto ad un istituto privo di una lunga tradizione applicativa in Spagna, ha operato una maggiore selezione delle pretese azionabili nelle forme del *juicio monitorio*, valorizzando maggiormente l'opera di cognizione del giudice ed il valore "indiziario" della fondatezza della domanda offerto dal materiale probatorio che deve necessariamente essere allegato alla *petición*. Viceversa, il modello europeo, pur nelle incertezze interpretative legate alla contraddittorietà di certe scelte normative⁶²⁷, dovute probabilmente alla necessità, per il legislatore comunitario, di mediare tra le posizioni dei diversi diritti nazionali, si avvicina di più a quello "puro" di matrice tedesca⁶²⁸. Lo si deduce da una serie di indici quali:

⁶²⁷ Ci riferiamo, in particolar modo, alla valutazione dell'atto introduttivo: da un lato si consente che anche soggetti diversi dal giudice possano espletare questa funzione (funzionari dell'amministrazione in Svezia o "collaboratori della giustizia" (*Rechtspfleger*) in Germania) e si sostiene la possibilità di un trattamento informatizzato delle richieste (al quale si accenna in vari articoli, 7, par. 5-6, 8, ult. parte, 16, par. 5 e 29, par. 1, lett. c, nonché nel considerando 11), inserendo altresì tra i requisiti contenutistici dell'ingiunzione europea la menzione che il provvedimento si basa sulle sole informazioni fornite dall'istante ma non verificate dal giudice. Dall'altro, si chiede di indicare dei mezzi di prova che possano supportare la richiesta e, soprattutto, l'art. 8 afferma che l'autorità giudicante debba valutare, oltre al rispetto delle "condizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 6 e 7", "se il credito sia fondato". Tuttavia la norma va letta in collegamento con l'art. 11, par. 1, lett. b che prevede il rigetto ove la domanda risulti "manifestamente infondata". Ci pare però che questa previsione debba essere intesa alla stregua di quanto avviene nell'ordinamento tedesco, ove il *Rechtspfleger* può rigettare richieste manifestamente infondate, ad esempio, richieste aventi ad oggetto obbligazioni naturali o intrinsecamente contraddittorie ma mai giungere ad un vaglio di conclusione (ossia di buona fondatezza) della domanda. Dunque si tratterà di una valutazione tesa ad eliminare richieste così difformi dal modello normativo che non occorran le competenze di un giudice per rendersene conto. In senso non dissimile si è espresso **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., p. 94 ss.

⁶²⁸ Concordano nell'ascrivere il procedimento monitorio europeo al modello puro **J. M. Ruiz Moreno**, *El proceso monitorio europeo: algunas dudas interpretativas que suscita su aplicación en convivencia con el monitorio de la LEC/2000 (1)*, in www.laleydigital.es, 10937/2009, pp. 5-6; **Gómez Amigo**, *El proceso monitorio europeo*, cit., pp. 51-55; **A. M.**

- il fatto che la domanda possa essere trattata da soggetti non appartenenti alla magistratura ma che siano ausiliari del giudice (es. il *Rechtspfleger* tedesco) o anche funzionari della pubblica amministrazione (ad es. in Svezia);
- il desiderio e la previsione esplicita che si possa passare in modo generalizzato ad un trattamento informatizzato delle domande di i.p.e. in tutta l'Europa.
- la possibilità di opporsi e far cadere nel nulla l'ingiunzione mediante un semplice scritto, redatto sul formulario standard che dev'essere allegato all'ingiunzione notificata ovvero in altra forma idonea, per la cui validità è sufficiente che emerga in modo inequivoco la volontà di opporsi, senza che sia necessaria alcuna motivazione;
- il fatto che l'ingiunzione venga emessa sulla base delle sole informazioni fornite dal ricorrente, tra le quali anche la "descrizione dei mezzi di prova". Si tratta infatti di informazioni che non hanno tanto per destinatario il giudice quanto l'intimato, con la finalità di permettergli di identificare correttamente il credito e di valutare, con cognizione di causa, se opporsi o meno⁶²⁹.
- correlativamente al punto precedente, la circostanza che l'organo giurisdizionale non valuti la rispondenza a verità delle informazioni fornite dal ricorrente, circostanza che, a norma dell'art. 12, par. 4, deve essere indicata espressamente nel provvedimento ingiuntivo.
- infine, come in parte già anticipato, il fatto che la valutazione abbia un carattere formale, basandosi su mere affermazioni del ricorrente e, per quanto attiene al "merito" della pretesa azionata, non vada oltre il vaglio della manifesta infondatezza dell'istanza.

Nel contempo, però, non è difficile notare come, con l'evoluzione della regolamentazione del *juicio monitorio* spagnolo dai progetti introduttivi alle ultime riforme, vi sia stato un progressivo avvicinamento. Comune è il punto di partenza, ossia la volontà di favorire l'accesso alla giustizia, avvicinandola ai cittadini, soprattutto quando sono creditori di importi medio-piccoli (per i quali si assisteva facilmente alla rinuncia ad agire giudizialmente o all'accettazione di accordi transattivi sfavorevoli). In Spagna ciò ha suggerito sia l'introduzione di formulari prestampati sui quali può essere redatto l'atto introduttivo, sia l'esclusione della necessità dell'assistenza tecnica. Considerazioni analoghe sono alla base anche delle scelte del legislatore comunitario. Naturalmente, l'uso dei formulari nel

Lorca Navarrete, *La propuesta de técnica monitoria del reglamento del parlamento europeo por el que se establece un proceso monitorio europeo*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 763/2008, p. 1 ss.

⁶²⁹ Così **Ruiz Moreno**, *El proceso monitorio europeo*, cit., pp. 5-6.

diritto processuale europeo, si rende utile anche per attenuare i problemi di traduzione e facilitare così l'armonizzazione dei diritti nazionali⁶³⁰.

Un altro dato che merita di essere sottolineato è che fin dall'introduzione del *juicio monitorio* era presente l'idea di una sua futura trattazione informatizzata, affidata a soggetti diversi dal giudice. Il passo è stato compiuto con la recentissima riforma del 4 novembre 2009 che ha affidato il compito di valutare la *petición* al *Secretario judicial*.

Si è avuto modo di sottolineare come questa riforma abbia sollevato anche reazioni critiche e perplessità. Dubbi di costituzionalità sono stati prospettati, in particolare, per il fatto che, per le caratteristiche proprie del monitorio spagnolo, un soggetto che non appartiene all'ordinamento giudiziario (e non gode dunque delle relative garanzie di indipendenza), dipendente del Ministero della Giustizia, si veda affidati compiti che vanno ben al di là della mera valutazione formale della "correttezza" dell'atto introduttivo (sull'esempio di quanto avviene in Germania con il *Rechtspfleger*). Con la citata riforma, il legislatore spagnolo sembra orientato a spingere il proprio procedimento monitorio interno verso il modello "puro" di tipo tedesco; tuttavia senza riformare le vigenti norme in materia di allegazione e correlativa valutazione probatoria, rischia di affidare funzioni tipicamente giurisdizionali ad un organo che giudice non è.

In questo senso, il diritto processuale europeo potrebbe avere un'influenza positiva e spingere ad una interpretazione restrittiva delle norme sul *juicio monitorio* in attesa di una riforma da parte del legislatore nazionale.

Nonostante i dubbi generati da alcune ambiguità presenti nel testo del Regolamento che, all'art. 8 parla di valutazione della fondatezza della domanda, una lettura coordinata delle norme porta ad escludere che l'autorità deputata al vaglio della richiesta di i.p.e. possa spingersi oltre un esame formale del rispetto dei requisiti richiesti e della non manifesta infondatezza dell'istanza. Ciò consente di giustificare l'opzione, concessa dal Regolamento, di affidarne la valutazione a soggetti diversi dal giudice, addirittura informatizzandola ed è coerente col fatto che la stessa operi su semplici affermazioni "asseverate" dal ricorrente.

L'organo giudicante, infatti, dovrà compiere un controllo di ammissibilità (o ricevibilità), nel cui ambito valuterà la concorrenza dei presupposti generali dell'azione e quelli speciali dell'i.p.e. (intesi come limiti spaziali ed oggettivi alla sua applicazione – artt. 2, 3, 4, 6 e 7), ed un controllo "di merito", limitato però alla "non manifesta infondatezza" del diritto azionato. Si tratta di un controllo minimo, del tipo di quello operato dal *Rechtspfleger* tedesco, che può condurre al rigetto soltanto di richieste la

⁶³⁰ Lo notava già **G. Tarzia**, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 4, pp. 918-920 e lo sottolinea, più di recente, **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, cit., p. 62.

cui intrinseca contraddittorietà non sia stata sanata sulla base dei meccanismi ex artt. 9-10, o fondate su obbligazioni naturali, ovvero contrarie al buon costume o, pare, connotate da un palese difetto di legittimazione⁶³¹. Si dovrebbe invece escludere un vaglio, cosiddetto, di “concludenza”, nozione di scarso impiego e rilevanza in Italia ma altrove (ad esempio nel diritto tedesco impiegata per definire una domanda che si mostri ben fondata in diritto, implicando cioè una valutazione ben più severa rispetto a quella di “non manifesta infondatezza”).

L’affidamento al *Secretario judicial* della valutazione circa l’ammissibilità delle domande giudiziali in generale, e della *petición* monitoria in particolare, onde evitare seri dubbi di costituzionalità, dovrebbe perciò essere contenuta nei limiti evidenziati ed è auspicabile che una positiva influenza in tal senso possa provenire dall’applicazione del Regolamento sull’i.p.e.

Non è però da escludere neppure il problema opposto, ovvero che siano le autorità nazionali, abituate, nell’applicazione della normativa interna, a “dialogare” con un supporto probatorio, a “nazionalizzare” la valutazione della domanda di i.p.e., spingendo l’esame delle prove che, a norma dell’art. 7, co. 2, lett. e, sono solo descritte ma non allegate, ben oltre la volontà del legislatore europeo nel senso di pretendere che da esso possano trarsi elementi a suffragio della fondatezza del credito (una sorta cioè di *fumus boni iuris*). Il pericolo di una simile evoluzione è reale poiché proprio una valutazione della *buena apariencia jurídica* del credito è quanto sinora è stato demandato al giudice dell’ingiunzione. Ben potrebbe avvenire, quindi, che si faccia un uso distorto dell’art. 8 del Regolamento, escludendo richieste che non offrano un carattere di buona fondatezza in diritto, valutazione che, come si è visto, va ben oltre la non manifesta infondatezza, sconfinando nel vaglio di concludenza dell’istanza.

2.3. I limiti di fruibilità degli istituti.

Al pari dei procedimenti monitori di diritto interno, anche quello europeo limita il tipo di pretese che possono essere fatte valere nelle sue forme. Se lo schema processuale monitorio è potenzialmente utilizzabile per ogni tipo di *res litigiosa* (lo notava già Calamandrei), questo svolge la funzione che maggiormente lo caratterizza (rapida creazione di un titolo esecutivo) solo in quei casi in cui è ragionevole presumere che la presa dedotta in giudizio non verrà contestata.

L’osservazione, fatta propria dallo stesso legislatore comunitario, fa sì che il suo principale campo di applicazione siano le pretese creditorie di somme di denaro liquide, scadute ed esigibili, tendenzialmente derivanti da

⁶³¹ Romano, *Il procedimento europeo*, cit., p. 94 ss.; Picciotto – Carlisi, *Entra in vigore il Regolamento*, cit., p. 10.

accordi contrattuali tra le parti e che, semplicemente, non vengono adempiute dai debitori pur in assenza di una qualsivoglia contestazione sull'esistenza o la quantificazione dell'importo. Non solo: limitare le pretese deducibili in via monitoria ai soli crediti pecuniari, permette l'impiego di formulari e la possibilità del trattamento informatizzato⁶³². Viceversa, se si allargasse il campo applicativo dell'istituto, si rischierebbe di frustrarne la funzione, aumentando notevolmente il numero delle opposizioni. Questa è una delle ragioni che hanno spinto da sempre a considerare il rito monitorio come un'alternativa agli altri strumenti processuali messi a disposizione dell'ordinamento, il cui impiego è rimesso alla scelta del creditore che lo utilizzerà (normalmente) laddove ritenga che il suo diritto sia incontrovertibile. Viceversa, un uso obbligatorio dell'istituto rischierebbe di dilatare anziché abbreviare i tempi della giustizia, costringendo il creditore a svolgere una fase processuale ulteriore prima di iniziare il giudizio ordinario sulla fondatezza della propria pretesa⁶³³.

Ingiunzione europea di pagamento e *juicio monitorio* coincidono nella loro natura di meccanismi alternativi rispetto agli altri strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento e coincidono, in larga misura, per quanto riguarda il novero delle pretese deducibili nelle rispettive forme: soltanto pretese di pagamento di somme di denaro determinate, liquide ed esigibili. Si differenziano però per i requisiti, da un lato più restrittivi e dall'altro più ampi, stabiliti dal Regolamento comunitario. Quest'ultimo, proprio in ragione della sua natura sovranazionale e di compromesso tra esperienze diverse, nonché obiettivamente limitato dalle attribuzioni di competenza consacrate nel Trattato CE, vede la propria operatività limitata alle sole controversie transfrontaliere, offrendo una definizione di questo termine collegata al solo domicilio delle parti. Si considera transfrontaliera una controversia nella quale almeno una delle parti sia domiciliata in uno stato diverso da quello del giudice adito⁶³⁴.

Il procedimento europeo è costretto ad operare anche qualche restrizione al proprio impiego in ragione della materia: a norma dell'art. 2, sono infatti esclusi dal suo campo di applicazione alcuni settori: relazioni matrimoniali, testamenti e successioni, procedure concorsuali, diritto previdenziale nonché i crediti nascenti da obbligazioni extracontrattuali, salvo che siano stati oggetto di accordo tra le parti o vi sia riconoscimento

⁶³² Si veda il *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul Libro Verde sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e sulle misure atte a semplificare ed accelerare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità*, par. 3.1.5.

⁶³³ A livello comunitario le stesse osservazioni sono presenti già nel *Libro Verde sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e sulle misure atte a semplificare ed accelerare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità*, par. 3.2.4.

⁶³⁴ Significato che, come si è visto *supra*, non è considerato l'unico possibile ma solo una delle possibili interpretazioni dell'espressione transfrontaliera all'interno della cornice offerta dall'art. 65 TrCE.

del debito o si riferiscano a crediti liquidi derivanti dal condominio. Non è difficile notare come quest'ultima previsione costituisca proprio un'espressione di quel carattere consensuale e di mediazione al quale si è fatto cenno poc'anzi: si è cioè tentato di tener conto delle esigenze del diritto francese – che, ex art. 1425 NCPC, esclude dal novero delle pretese deducibili in via monitoria quelle di natura extracontrattuale – senza però escludere del tutto la materia extracontrattuale dal campo applicativo dell'i.p.e.

D'altro canto l'i.p.e. non impone alcun limite al valore della pretesa azionabile di talché, proprio in un Paese come la Spagna, si sono posti interrogativi sul senso e la conformità al diritto comunitario della limitazione a 30.000 Euro stabilita dall'art. 812 LEC per il rito interno. Si è visto come già la direttiva 2000/35, in tema di misure per la lotta contro la morosità nelle transazioni commerciali, ponesse dei problemi di compatibilità per il rito spagnolo che, in contrasto con la volontà del legislatore comunitario, limitava il proprio ambito applicativo a pretese inferiori a 30.000 Euro. L'introduzione dell'i.p.e. ha aggravato la questione, portando al paradosso che, adito il giudice spagnolo, sarebbe stato possibile pretendere un credito, in via monitoria, senza limite di valore nei confronti di un debitore residente all'estero ma soltanto un credito contenuto entro i 30.000 Euro contro un debitore residente in Spagna⁶³⁵. La volontà di conformarsi al diritto comunitario sembra tra le ragioni che hanno indotto il legislatore, in sede di riforma del 2009 (che entrerà in vigore il 4 maggio 2010), ad aumentare notevolmente tale importo, fino a 250.000 Euro (ricomprendendo così la quasi totalità dei crediti azionati in giudizio), limite che, tuttavia, è stato mantenuto per le stesse ragioni prudenziali alla base della sua originaria previsione. Lo conferma l'Esposizione dei Motivi, ove si nota: *“La decisión de aumentar la cuantía de los créditos exigibles mediante el monitorio, continúa la estela de prudencia iniciada por el legislador de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en el sentido de que no se suprime el límite cuantitativo para las pretensiones que se hacen valer por este procedimiento, aunque no se desconoce que ésta es la línea seguida a nivel europeo, como ocurre con el proceso monitorio europeo (...)”*⁶³⁶.

Altro aspetto di interesse nel confronto tra i modelli spagnolo ed europeo è la questione dell'azionabilità in via monitoria di una somma non determinata ma determinabile.

A norma dell'art. 4 Reg. 1896/2006, sono deducibili in via di ingiunzione europea pretese di pagamento “di uno specifico importo” di denaro; espressione che viene equiparata al termine “liquido” impiegato

⁶³⁵ V. le osservazioni di **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, cit., pp. 29-30.

⁶³⁶ Si veda l'*Exposición dei Motivi* della Ley 13/2009, par. IV.

nell'art. 2, par. 2, lett. *d* (ii)⁶³⁷, ovvero un importo determinato o determinabile mediante semplici operazioni aritmetiche, a prescindere dalla valuta in cui sia espresso (fattore, quest'ultimo che si deduce dal campo 6 del mod. *standard A* allegato al regolamento)⁶³⁸. Si ritiene così pacificamente azionabile assieme all'importo principale, l'ammontare degli interessi purché ne siano determinabili, in base a parametri oggettivi quali il contratto o la legge, il saggio e la decorrenza⁶³⁹. Tuttavia, la soluzione proposta non sembra soddisfacente. Pare infatti che sia l'autorità giudicante ad effettuare il conteggio ed indicare l'esatto ammontare richiesto, per le singole voci, nel corpo dell'ingiunzione. Come si è visto analizzando la relativa questione nel diritto spagnolo⁶⁴⁰, una soluzione di questo tipo può porre un problema di violazione del principio dispositivo perché se l'organo giudicante sbaglia le conseguenze negative ricadono sull'istante. Meglio allora operare un'interpretazione del tipo proposto per il *juicio monitorio* spagnolo e ritenere che sia il ricorrente a dover calcolare gli interessi scaduti fino alla data della domanda, escludendo quelli successivi che, in effetti, non sono ancora "scaduti" (e dunque peccano di un requisito di accesso all'istituto monitorio). Se l'ingiunto pagherà "spontaneamente" la somma ingiunta, il creditore perderà quella parte di interessi relativi al periodo intercorrente tra la presentazione della domanda ed il pagamento⁶⁴¹. Viceversa, se l'ingiunto non paga né si oppone, in virtù del fatto che l'esecuzione forzata rimane disciplinata dalla legge dello Stato ove questa debba aver luogo, se si tratterà della Spagna si potrà ottenere, sulla base del disposto degli artt. 575 ss. anche il pagamento degli ulteriori interessi che maturino fino all'integrale soddisfazione del creditore (con il limite che il loro importo non superi il 30% della somma capitale – art. 575, co. 1 LEC). Lo stesso dicasi per il caso in cui l'intimato proponga opposizione, aprendo un giudizio ordinario sulla pretesa azionata: anche in tale sede sarà possibile richiedere il pagamento degli interessi in conformità con la normativa generale.

⁶³⁷ Così **F. Fradeani**, *I presupposti per la concessione dell'ingiunzione di pagamento europea*, in *Verso il procedimento*, cit., p. 144.

⁶³⁸ Anche se il successivo pagamento rimane soggetto alla legge regolatrice del credito (es., in Italia, agli artt. 1278 e 1279 C.C.) Cfr. **G. Arieta – F. De Santis**, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto processuale civile*, diretto da **L. Montesano – G. Arieta**, Padova, 2007, I, p. 27; ovvero alla legge regolatrice dell'esecuzione forzata.

⁶³⁹ Si veda, in particolare, l'art. 7, par. 2, lett. *c*.

⁶⁴⁰ *Supra* Cap. 3, par. 3.3.

⁶⁴¹ Abbiamo già affermato (*supra*, Cap. 3, par. 3.3.) che ci pare di poter considerare questo fatto come una sorta di piccolo sacrificio, una contropartita, richiesta dal legislatore per potersi avvalere di questo rito ben più rapido ed economico del processo civile ordinario.

Tra i requisiti c.d. “spaziali” dell’i.p.e.⁶⁴² ha particolare rilievo, nel confronto col modello spagnolo, la nozione di domicilio. Come si è visto, quest’ultimo costituisce l’elemento di estraneità determinante perché possa applicarsi il Regolamento comunitario. La scelta del legislatore europeo è stata nel senso di rinviare al Reg. 44/2001 e, in concreto, ai suoi artt. 59 e 60. Questi ultimi, a loro volta, operano un rinvio al diritto interno, rispettivamente, degli Stati nei quali si assume risiedano le parti.

Manca invece una definizione di residenza abituale; tuttavia, a livello internazionale, il concetto di domicilio (o *domicile* inglese), è più ampio di come lo si intende in Spagna o in Italia e tendenzialmente idoneo a ricomprendere tanto il domicilio quanto la residenza dell’intimato. Mancando il riferimento stesso alla residenza, manca altresì quello alla legge applicabile per la sua individuazione. La dottrina ritiene comunque che si debba procedere ad un’interpretazione autonoma del concetto, se del caso con l’aiuto della giurisprudenza comunitaria⁶⁴³ ma non è escluso che, stante il generale rinvio al diritto interno per gli aspetti non espressamente regolati dal Regolamento, si possa fare riferimento alle nozioni di diritto interno. In Spagna, tuttavia, non pare che possano sorgere particolari questioni, atteso che, a tenore dell’art. 41 del *Código Civil*, il concetto di domicilio e residenza abituale coincidono.

Dal canto suo, l’art. 60, in riferimento alle persone giuridiche, accoglie una nozione prossima a quella offerta dal diritto interno spagnolo: si ritiene che una società sia domiciliata ove abbia la propria sede statutaria, o l’amministrazione centrale o il centro principale delle proprie attività. Si è visto⁶⁴⁴ che anche in Spagna la scelta primaria è per il luogo ove si trovi la sede statutaria dell’ente. In subordine si consente di guardare al luogo ove l’ente svolga la propria attività o, infine (per enti privi di personalità), al domicilio dei gestori. È dunque possibile che l’interpretazione delle norme comunitarie in tema di domicilio di una persona giuridica possano influenzare l’interpretazione del relativo concetto di diritto interno.

2.4. La problematica individuazione del giudice competente per emanare l’i.p.e.

Il Reg. 1896/2006 si preoccupa soltanto di stabilire la competenza giurisdizionale internazionale, ovvero di indicare, attraverso il rinvio alle

⁶⁴² Riprendiamo qui una nozione impiegata dalla dottrina in relazione a quei requisiti previsti dagli artt. 2, par. 3, 3 e 6 Reg. 1896/2006. Cfr. **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., pp. 19, 43 ss.

⁶⁴³ Secondo la quale la residenza è tendenzialmente identificata con il “luogo in cui l’interessato ha stabilito il centro permanente dei suoi interessi”. V. **G. Bonato**, *L’ambito di applicazione del procedimento europeo d’ingiunzione di pagamento e la nozione di controversia transfrontaliera*, in *Verso il procedimento*, cit., p. 220.

⁶⁴⁴ *Supra*, Cap. 3, par. 2.

relative norme del Reg. 44/2001, alle autorità di quale Stato si potrà presentare la richiesta di i.p.e. Solo per i consumatori, soggetti da tempo al centro delle preoccupazioni dell'Unione e dei legislatori nazionali⁶⁴⁵, il Regolamento stabilisce direttamente, come foro esclusivo per la richiesta di un'i.p.e., il domicilio del consumatore (art. 6). Il rinvio al Reg. 44/2001, fa sì che, accanto al foro generale del domicilio dell'intimato, convivano altri fori concorrenti, primo fra tutti il foro contrattuale dell'art. 5, n. 1, che possono consentire al creditore di richiedere l'ingiunzione ai giudici del proprio Stato e poi notificarla all'estero. Se in tal modo si facilita notevolmente l'accesso alla giustizia, di contro si rende più arduo l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'intimato. Probabilmente anche nell'intento di "riequilibrare" la posizione delle parti, la normativa comunitaria stabilisce che lo scritto di opposizione non necessita di alcuna motivazione e può essere redatto sull'apposito formulario o in qualsiasi altra forma scritta, senza il patrocinio di un legale. In relazione a quest'atto si stabilisce altresì che sia sufficiente il suo invio prima della scadenza del termine perché l'opposizione si consideri tempestivamente proposta⁶⁴⁶ mentre il Regolamento tace circa le modalità di "presentazione" dello stesso, per cui non si potrà che fare riferimento al diritto nazionale del giudice adito⁶⁴⁷.

Una previsione che non ha mancato di suscitare perplessità e critiche riguarda il fatto che il Reg. 1896/2006 richiama anche le norme del Reg. 44/2001 in tema di proroga del foro che consentono alle parti di stabilire consensualmente presso quale giudice dovranno essere risolte le liti insorte o insorgende tra loro. Mentre le norme sulla proroga espressa (es. clausola contrattuale scritta e specificamente approvata dalle parti) non pongono particolari problemi ed anche la Spagna, con la riforma del 2009, si è mossa nel senso di accettare simili proroghe del foro nel proprio diritto interno, in relazione al *juicio monitorio*, maggiori difficoltà sorgono rispetto alla proroga c.d. "tacita" del foro. Questa discende dalla mancata contestazione della competenza del giudice adito da parte del convenuto costituito, per cui la si ritiene definitivamente accettata. È chiaro che consentire l'applicabilità di una simile previsione al procedimento monitorio può dar luogo a risultati aberranti, consentendo di ottenere ingiunzioni di pagamento fuori da ogni ipotesi di competenza giudiziaria internazionale salvo contestazione nel successivo giudizio di opposizione (ma in questo caso, si potrebbe pensare, in virtù del sempre più imperante principio di economia dei giudizi, ad una

⁶⁴⁵ La normativa a tutela del consumatore, soggetto "debole" per eccellenza nelle relazioni contrattuali che esulano dalla sua professione, è ormai considerata di ordine pubblico economico a livello comunitario, con pronunce della Corte di giustizia anche piuttosto incisive sui diritti processuali nazionali. Si pensi, al Caso *Mostaza Claro*, con un nostro commento dal titolo: *Rilevabilità della nullità della clausola compromissoria in sede di impugnazione del lodo*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 8/9, pp. 875-883.

⁶⁴⁶ **Picciotto – Carlisi**, *Entra in vigore il Regolamento*, cit., p. 12.

⁶⁴⁷ **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., p. 151 ss.

sorta di sanatoria [l'atto avrebbe raggiunto il suo scopo: intimare la controparte in tempi utili per consentirle di difendersi] che consenta di giungere comunque ad una pronuncia sul merito della questione, salvo eventualmente escludere la condanna alle spese della fase monitoria); ovvero salvo l'esperibilità di un rimedio straordinario successivo all'esecutorietà dell'i.p.e. Meglio allora ritenere che l'organo giudicante possieda, in quest'ambito, un potere di controllo officioso della competenza affermata dal ricorrente, dovendo rigettare quelle domande per le quali la competenza non possa affermarsi se non sulla base di una proroga tacita, non sussistendo un esplicito accordo tra le parti o una norma del Reg. 44/2001 che la preveda. D'altronde lo stesso art. 26 di tale Regolamento prevede il dovere delle corti di uno Stato di dichiararsi incompetenti quando il debitore non compaia e la competenza possa fondarsi esclusivamente sull'accettazione tacita⁶⁴⁸. Tuttavia, l'esercizio di un controllo di questo tipo non sembra possa facilmente pretendersi da quei soggetti che magistrati non sono ed ai quali, tuttavia, è delegata l'emissione dell'ingiunzione europea.

L'apertura operata dal Regolamento a fori diversi da quelli del domicilio dell'intimato rende l'istituto monitorio europeo interessante per i creditori spagnoli che vantino pretese verso soggetti domiciliati in altri Stati dell'Unione. Le rigide regole di competenza esclusiva previste dall'art. 813 LEC per il rito di diritto interno comportano infatti una limitazione di applicabilità dell'istituto nei confronti soltanto di (pretesi) debitori domiciliati o residenti in Spagna: se competente è solo il giudice del domicilio o residenza dell'intimato ovvero del luogo ove questi possa essere rintracciato ai fini dell'ingiunzione, è chiaro che questi debbano trovarsi nel territorio spagnolo per individuare il giudice legittimato ad emanare il provvedimento ingiuntivo. Viceversa, la richiesta di i.p.e., quando la competenza del giudice spagnolo possa essere individuata sulla base, ad esempio, dell'art. 5, n. 1 Reg. 44/2001, potrà comportare l'emanazione di un'ingiunzione che verrà poi notificata all'intimato residente o domiciliato in un altro Stato dell'Unione secondo il disposto del Reg. 1393/2007.

2.4.1. La diversa nozione di “materia civile e commerciale” tra i.p.e. ed ordinamento interno: riflessi sulla giurisdizione.

Il Reg. 1896/2006, d'altro canto, non si occupa della competenza interna, ovvero di quale sia, in concreto, il giudice nazionale davanti al quale presentare la domanda di i.p.e. Questo, a causa della previsione

⁶⁴⁸ Si esprime in questi termini, p.e. **López Sánchez**, *Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos*, cit., p. 7. La soluzione è d'altronde analoga a quella adottata dal diritto interno quando dalla *petición* o dai documenti non risulti che il domicilio dell'intimato rientra nella circoscrizione del giudice adito. Cfr. *supra*, Cap. 3, par. 2.3.

contenuta nell'art. 2 del Regolamento, non ha mancato di suscitare problemi in Spagna. La norma menzionata, infatti, stabilisce che il Regolamento si applicherà "in materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale". Si ritiene correntemente che questa nozione di "materia civile o commerciale" sia correlata a quella fatta propria dai Regg. 44/2001 e 805/2004; nozione comunitaria che, fin dalla Convenzione di Bruxelles, è oggetto di un'interpretazione autonoma rispetto ai diritti nazionali, per cui, ad esempio, questioni di diritto del lavoro rientrano nel campo di applicazione dei regolamenti comunitari⁶⁴⁹.

Proprio questa nozione autonoma dei concetti di materia civile e commerciale genera problemi nell'ordinamento iberico circa l'individuazione del giudice competente ad emettere l'i.p.e. a causa dell'esistenza di alcune giurisdizioni specializzate *ratione materiae*: i *juzgados de lo mercantil* ed i *juzgados de lo social*. Si tratta di corti con competenza esclusiva per materia: le prime, in relazione alle procedure concorsuali, i secondi in materia di diritto del lavoro e previdenza sociale, materie che però non esulano dal campo applicativo del Reg. 1896/2006. A livello comunitario, infatti, si è ritenuto che la domanda tesa ad ottenere il pagamento del salario rientra nel campo applicativo del Reg. 44/2001 e, dunque, per quanto già si è detto, anche in quello dell'i.p.e.

Rimane dunque da stabilire il collegamento con il diritto interno spagnolo, posto che già la convivenza delle giurisdizioni ha creato dubbi interpretativi rispetto all'istituto monitorio di diritto nazionale. Si è visto, infatti, che certe pretese rientravano nella giurisdizione delle corti speciali pur possedendo al contempo i requisiti per essere azionate in via monitoria e che l'art. 813 LEC faceva espressa menzione del solo "*juéz de primera instancia*". Ci si è allora domandati se il foro fallimentare potesse attrarre la competenza per l'emanazione di un'ingiunzione, questione per la quale la soluzione oggi dominante è nel senso di attribuire la competenza anche ai *juzgados de lo mercantil*⁶⁵⁰.

È attualmente in fase di studio una modifica de la LEC "per facilitare in Spagna l'applicazione dei procedimenti europei monitorio e per controversie di modesta entità"⁶⁵¹. Fino a quando il legislatore non avrà provveduto a stabilire norme di competenza *ad hoc*, la competenza per conoscere delle richieste di i.p.e. dovrebbe in teoria spettare ai *juzgados de primera instancia* per via della competenza residuale stabilita, in via generale, dall'art. 85, co. 1 LOPJ. Tuttavia, quando la pretesa dedotta in via di i.p.e. appartenga ad una delle materie indicate dall'art. 86 *ter*, co. 2 LOPJ,

⁶⁴⁹ V. López Sánchez, *Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos*, cit., p. 8 ss.

⁶⁵⁰ si veda *supra*, Cap. 3, par. 2.3.2.

⁶⁵¹ Il Consejo general del poder judicial, a fine gennaio, ha approvato il proprio Informe al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, para facilitar en España la aplicación de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, il testo è disponibile sul sito www.poderjudicial.es.

la competenza “oggettiva”⁶⁵² spetterà ai *juzgados de lo mercantil* e quando appartenga al novero delle pretese elencate dagli artt. 9, co. 5 LOPJ e 1 LPL, spetterà ai *Juzgados de lo social*. Si tratta di ipotesi che possono facilmente riscontrarsi nella pratica, stante la diversa interpretazione del concetto di materia civile o commerciale di cui si è detto, per cui la richiesta di pagamento del salario da parte di un lavoratore – rientrante nel campo di applicazione del regolamento comunitario – è attribuita, nell’ordinamento spagnolo, alla giurisdizione *social* e dovrebbe essere trattata esclusivamente da questi giudici secondo le proprie norme processuali, espressione di un *favor* per la parte debole della relazione contrattuale.

D'altronde, anche in relazione al monitorio interno, nonostante il testo della LEC indichi come esclusivamente competente solo il giudice di prima istanza, le corti hanno individuato la competenza per l’emanazione delle ingiunzioni anche in capo ai *juzgados de lo mercantil* per due motivi: la prima, tecnico-formale, per cui l’art. 86 *ter* LOPJ, in quanto *lex posterior*, essendo cronologicamente successivo alla LEC del 2000 ed attributivo di competenze esclusive per materia, doveva prevalere sull’art. 813 LEC; la seconda legata ad un’interpretazione sistematica. Una volta affermata la competenza funzionale dell’ufficio giudiziario che ha emanato l’ingiunzione anche per il successivo giudizio di merito, escludere la competenza dei *juzgados de lo mercantil* ad emanare ingiunzioni avrebbe comportato che anche il successivo giudizio di merito, vertente su materie loro riservate in via esclusiva, si sarebbe dovuto celebrare davanti al tribunale ordinario.

Un adattamento del diritto processuale interno alle esigenze del monitorio europeo potrebbe altresì essere prefigurato nell’attribuzione della competenza per l’emanazione delle i.p.e. ai *juzgados de primera instancia*, indipendentemente dalla materia, salvo poi far trattare l’eventuale giudizio di opposizione al giudice competente della giurisdizione commerciale o “sociale” (*social*) se l’oggetto della pretesa rientri nelle loro competenze esclusive. Una soluzione del genere era stata però considerata piuttosto problematica per i problemi di coordinamento tra rito monitorio *stricto sensu* e giudizio di opposizione⁶⁵³.

Alla luce della recente riforma del 2009, tuttavia, è possibile che questa soluzione finisca per essere la più coerente con il dettato normativo. Si rispetterebbe così il disposto dell’art. 85, co. 1 LOPJ che attribuisce, in via residuale (in mancanza cioè di un’espressa previsione legislativa), la competenza a conoscere di una domanda giudiziale ai *juzgados de primera instancia*: in assenza di una norma specifica che attribuisca ad un giudice

⁶⁵² Si ricordi che il criterio *objetivo* è uno di quelli impiegati dal diritto spagnolo per l’attribuzione di competenza e che è largamente assimilabile al “nostro” concetto di competenza per materia. V. quanto esposto *supra*, Cap. 3, par. 2.3.

⁶⁵³ Cfr. quanto esposto da **López Sánchez**, *Jurisdicción y competencia en los procesos monitorios europeos*, cit., pp. 10-11.

spagnolo la competenza per emanare un'i.p.e., questa dovrebbe essere sempre demandata ai giudici ordinari di prime cure. Ciò, ci pare, risponderebbe anche alle esigenze di celerità e semplicità sottese al Regolamento i.p.e., agevolando il compito del ricorrente nell'individuazione del giudice competente. D'altro canto, risulterebbe rispettato anche il rinvio alle norme di diritto interno per gli aspetti non regolati dal Regolamento, ovvero per il giudizio di opposizione. Difatti, "archiviato"⁶⁵⁴ il procedimento monitorio con l'emanazione del *decreto* del *Secretario judicial*, per intervenuta opposizione dell'intimato (e dunque dato per concluso il procedimento speciale), non vi sarebbero eccessive difficoltà nel ritenere che, riprendano vigore le ordinarie regole di riparto della giurisdizione, in modo da affidare la trattazione del giudizio di merito alle corti competenti in virtù dell'oggetto della pretesa.

Questa soluzione sembra essere la stessa che si ricava da una lettura coordinata dell' "Avanprogetto di legge di modifica della Ley 1/2000" sopra citato, ove pare si intenda attribuire la competenza "*objetiva*" (ovvero per materia), in relazione al procedimento monitorio europeo in senso stretto, ai *Juzgados de primera instancia* (ma il Consiglio del Potere Giudiziario si è espresso nel senso di auspicare l'estensione anche alle giurisdizioni *mercantil* e *social* quando l'istanza abbia ad oggetto materie rientranti nella loro giurisdizione esclusiva), mentre, a seguito della proposizione dell'opposizione, riprenderanno vigore le regole ordinarie di riparto della giurisdizione e della competenza e quindi del giudizio conosceranno, a seconda dei casi, il *juzgado de primera instancia*, quello *de lo social* o quello *de lo mercantil* territorialmente competenti.

Il Consiglio non ha mancato di sottolineare la problematica connessa al fatto che il *Secretario judicial*, al quale verrà attribuita la trattazione delle istanze monitorie, debba pronunciarsi sulla competenza giudiziale (pronuncia di carattere tipicamente giurisdizionale) e disporre "*la inhibición a favor del órgano jurisdiccionalmente competente cuando no sea el mismo Juzgado que ha tramitado el proceso monitorio*", nonché "*la continuación del asunto*"⁶⁵⁵ (avallando dunque l'idea della prosecuzione del procedimento, originariamente introdotto con l'istanza monitoria, nelle forme del rito processuale corrispondenti).

Si è tuttavia paventato anche il rischio che il rinvio che l'art. 17 Reg. 1896/2006 opera al "processo civile ordinario corrispondente" possa essere inteso dal legislatore nazionale in senso letterale, attribuendo l'emanazione

⁶⁵⁴ Si ricordi che il legislatore spagnolo parla di *decreto de archivo* per definire il provvedimento del *Secretario judicial* che dichiara concluso il procedimento monitorio.

⁶⁵⁵ Cfr. **Consejo general del poder judicial**, *Informe al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 1/2000*, cit., pp. 23 ss., 36 ss. ove si suggerisce che la decisione sia rimessa al giudice il quale provveda soltanto dopo aver sentito le parti ed il pubblico ministero (trattandosi di una questione di ordine pubblico dato che riguarda la giurisdizione e competenza delle corti).

dell'i.p.e. ed il successivo eventuale giudizio di opposizione alla competenza dei giudici ordinari di primo grado mediante una norma attributiva della competenza in ragione del processo e non dell'oggetto della pretesa, cosa del resto già avvenuta, nel diritto interno, per le materia concorsuale, laddove il giudice fallimentare conosce anche di pretese tipicamente rientranti nel diritto del lavoro, in ragione del procedimento concorsuale iniziato davanti ad esso⁶⁵⁶.

2.4.2. La competenza territoriale del giudice spagnolo rispetto all'i.p.e.: problemi di coordinamento.

Esaminata la questione della competenza per materia, rimane da analizzare l'attribuzione della competenza territoriale. Si è sostenuto che, in mancanza dell'intervento del legislatore, le regole applicabili per determinare il giudice territorialmente competente non potranno che essere quelle previste per il processo di cognizione in generale (artt. 50 e 51 LEC), sia perché il rinvio operato dal Regolamento deve intendersi alle norme processuali di carattere generale, sia in quanto la previsione del foro esclusivo del domicilio (o residenza) del convenuto risulterebbe inapplicabile in tutti quei casi nei quali l'i.p.e. sia richiesta ad un giudice diverso da quello del domicilio del convenuto, in applicazione, p.e., dell'art. 5, n. 1 del Reg. 44/2001⁶⁵⁷.

In particolare è stata sottolineata la difficoltà di applicare le norme sulla *declinatoria* della competenza in tutti quei casi nei quali risulti adito un giudice territorialmente incompetente sulla base però di norme derogabili e dunque soggette a deroga espressa o tacita. L'applicazione delle norme generali sul processo civile esclude infatti che l'autorità giudicante possa svolgere un controllo d'ufficio, mentre la contestazione è rimessa esclusivamente alla parte, per cui si intenderà accettata la competenza del giudice adito quando la parte "costituita in giudizio, dopo la proposizione della domanda, [compia] una qualunque attività che non sia quella di proporre compiutamente la *declinatoria*"⁶⁵⁸. La mancata comparizione viene equiparata all'accettazione tacita della competenza del foro adito. Nel monitorio, ovviamente, la *declinatoria* può essere proposta soltanto dopo aver formulato l'opposizione; tuttavia, la proposizione dell'opposizione è

⁶⁵⁶ López Sánchez, *Jurisdicción y competencia en los procesos monitorios europeos*, cit., p. 11.

⁶⁵⁷ López Sánchez, *Jurisdicción y competencia en los procesos monitorios europeos*, cit., p. 15 ss.

⁶⁵⁸ Si tratta dello strumento processuale previsto dagli artt. da 63 a 65 LEC per far valere il difetto di giurisdizione o l'incompetenza del giudice adito e va proposta nei primi dieci giorni del termine per costituirsi e rispondere alla domanda [nel rito *ordenario*] ovvero nei primi cinque giorni successivi alla citazione per l'udienza [in quello *verbal*], ed avrà l'effetto di sospendere, fintanto che non sia decisa, il termine di costituzione" (art. 64).

attività distinta dalla proposizione della *declinatoria* per incompetenza territoriale. Così, una stretta interpretazione delle norme, potrebbe portare al paradosso che l'intimato si veda sottoposto alla competenza del giudice adito in via di i.p.e. Si è allora proposta una lettura coordinata delle norme sui due tipi di procedimento ordinario e sul rito monitorio interno, affermando che:

- se, per valore, l'opposizione va trattata secondo il rito *verbal*, poiché in esso è esclusa l'accettazione tacita della competenza del giudice adito, l'organo giudicante potrà rilevare d'ufficio la propria incompetenza, ovvero l'intimato opporsi e proporre la *declinatoria* nei cinque giorni successivi alla citazione per l'udienza;
- se, invece, l'opposizione debba seguire le forme del rito *ordenario*, tenuto conto che l'art. 56, co. 2 LEC afferma che l'accettazione tacita della competenza si produce soltanto per le attività realizzate dopo la costituzione in giudizio, a seguito della presentazione della domanda, e che l'art. 818, co. 2 LEC impone la concessione di un termine di trenta giorni perché il ricorrente proponga la domanda nelle forme stabilite per il giudizio ordinario di cognizione, l'intimato potrà proporre la *declinatoria* nei dieci giorni successivi alla notifica dell'atto introduttivo del giudizio di opposizione nel quale assuma la qualifica di convenuto.

La stessa soluzione, ovvero, proposizione dell'opposizione e, a seguito dell'interposizione della domanda di giudizio ordinario da parte dell'originario ricorrente, proposizione della *declinatoria* nel termine di legge, è stata sostenuta anche per i procedimenti di competenza dei *juzgados de lo social*⁶⁵⁹.

2.5. Le questioni attinenti l'atto introduttivo del monitorio europeo: *ius postulandi*, effetti processuali e rigetto dell'istanza.

Esaminate le questioni concernenti la competenza giudiziale e le pretese deducibili in via monitoria, si deve sottolineare come, anche in relazione all'assistenza tecnica, agli effetti processuali ed al rigetto della richiesta di i.p.e., si pongono alcune questioni di coordinamento col diritto interno spagnolo.

La richiesta di i.p.e., com'è noto, va redatta sugli appositi formulari uniformi, predisposti sulla base del modello A allegato al Reg. 1896/2006, che si possono facilmente "scaricare" dal sito della rete giudiziaria europea⁶⁶⁰. L'uso dei formulari è stato pensato per facilitare sia la

⁶⁵⁹ V. l'analisi di **López Sánchez**, *Jurisdicción y competencia en los procesos monitorios europeos*, cit., p. 17 ss.

⁶⁶⁰ [www.ec.europa.eu](http://ec.europa.eu). In particolare, per l'accesso diretto all' "Atlante giudiziario europeo in materia civile", http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_it.htm

proposizione della domanda che il suo esame ed è requisito obbligatorio ma, nel caso il ricorrente non se ne sia avvalso, si ritiene che il giudice possa invitarlo a sanare il vizio in applicazione dell'art. 9 della norma comunitaria⁶⁶¹.

Il Regolamento discorre di "presentazione" della domanda, attività che deve avvenire in conformità con la *lex fori* che disciplina altresì la lingua degli atti e le spese di giustizia nonché numerosi effetti processuali e sostanziali. Tra le modalità di "presentazione" della richiesta di i.p.e. ammesse della Spagna vi sono l'invio postale o a mezzo fax⁶⁶².

2.5.1. L'assistenza tecnica per la presentazione della domanda di i.p.e.

Proprio in relazione all'assistenza tecnica, emergono due aspetti degni di nota nel confronto con il modello spagnolo. La prima riguarda il caso in cui il ricorrente decida di avvalersi del patrocinio di un legale per redigere l'atto introduttivo dell'i.p.e.⁶⁶³. Non è infatti del tutto pacifico se il ricorrente possa ripetere i relativi costi, liquidati sulla base delle norme di diritto nazionale del giudice adito, dalla controparte, che dovrebbero venire ingiunti assieme al capitale ed alle ulteriori somme (p.e. interessi o penali contrattuali)⁶⁶⁴. La soluzione positiva, con estensione a tutte le ipotesi di *juicio monitorio* è sostenuta da una parte della dottrina e (ovviamente) dalla classe forense⁶⁶⁵. Altri, tuttavia, con argomenti non meno convincenti, sostengono che, proprio la non obbligatorietà del patrocinio sancita dall'art. 24 del Regolamento, impone di escludere che i relativi costi possano essere addebitati alla controparte. Questa interpretazione è altresì suffragata dal fatto che l'art. 25 indica, come spese di giudizio, le "spese e diritti da pagarsi al giudice" (dunque i costi "vivi" del procedimento quali il "contributo unificato" del nostro ordinamento) e perché il *Considerando*

⁶⁶¹ **Marinelli**, *Note sul regolamento*, cit., p. 589, nota 24 e **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., pp. 78-79. Sulle ragioni per l'impiego dei formulari, v. già il *Libro Verde sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e sulle misure atte a semplificare ed accelerare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità*, par. 3.3.4.3.

⁶⁶² V. la *Comunicazione* inviata dalla Spagna alla Commissione secondo quanto richiesto dall'art. 29 Reg. 1896/2006.

⁶⁶³ Cosa piuttosto probabile, soprattutto, si è sottolineato, in ragione della difficoltà di individuare il giudice competente per l'emanazione dell'ingiunzione. V. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, cit., p. 40.

⁶⁶⁴ In questo senso si è espresso, p.e. **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., p. 87, sostenendo che una diversa ricostruzione "comprimerebbe eccessivamente il diritto di azione dell'istante" – cfr. nota 93.

⁶⁶⁵ **J. P. Correa Delcasso**, *El proceso monitorio en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, in *Revista Xurídica Galega, Actualidade Civil*, 2000, p. 282.

26 auspica che tra le spese di giudizio di cui all'art. 25 non vengano inclusi gli onorari dell'avvocato⁶⁶⁶.

È probabile che questa seconda scelta, vantaggiosa soprattutto per i debitori, non obbligati a corrispondere anche l'ulteriore importo costituito dagli onorari e diritti del difensore della controparte e sicuramente di sprone all'accesso diretto e personale alla giustizia da parte dei creditori, sia quella che maggiormente si affermerà in Spagna, poiché coincidente con la soluzione propria del diritto interno. Viceversa, qualora dovesse affermarsi l'applicazione dell'opposta soluzione nel modello europeo, ciò potrebbe portare a dubbi di legittimità costituzionale di un trattamento differenziato dei ricorrenti dovuto, sostanzialmente, al fatto che i debitori risiedano nel territorio nazionale o all'estero.

Inoltre, nell'individuazione delle spese che possono formare oggetto dell'ingiunzione, la disciplina europea si presenta più elastica di quella interna, dal momento che consente di includere anche il compenso per il rappresentante del ricorrente ed altre spese sostenute dal ricorrente in fase precontenziosa che, al contrario, esulano dal concetto spagnolo di spese (*costas*) di lite⁶⁶⁷.

Altro profilo di interesse è che il Reg. 1896/2006, in particolare all'art. 24 lett. *a*, opera un generico riferimento alle parti o ai loro rappresentanti, espressione che taluni hanno inteso come un'apertura ai rappresentanti legali o volontari delle parti, a prescindere dalla loro qualificazione professionale⁶⁶⁸. L'accoglimento di una simile interpretazione offrirebbe nuova linfa alla polemica (altrimenti sopita) sorta con l'introduzione del *juicio monitorio*, allorché i professionisti forensi avevano temuto che l'art. 814 LEC potesse aprire le porte dell'intervento in giudizio ad altre categorie professionali; timore ben presto scongiurato dalla giurisprudenza che ebbe cura di precisare come la parte possa intervenire personalmente o soltanto attraverso un *procurador*⁶⁶⁹.

Tuttavia ci sembra che, difettando il Regolamento di una definizione esplicita del concetto di rappresentante, la soluzione debba essere rinvenuta nel diritto nazionale del giudice adito e, dunque, nell'ordinamento spagnolo, la rappresentanza per la presentazione dell'istanza di i.p.e. sia limitata ai soli *procuradores*.

⁶⁶⁶ Si sono espressi in questo senso **Picciotto – Carlisi**, *Entra in vigore il Regolamento*, cit., p. 11, adducendo la circostanza che già vi siano state pronunce giudiziali in tal senso che hanno invitato i ricorrenti a modificare la domanda per escludere le spese relative al patrocinio di un difensore. Mancano purtroppo riferimenti specifici alle menzionate pronunce.

⁶⁶⁷ Per un'analisi dei concetti di *costas* e *gastos del proceso* v. **J. L. Vázquez Sotelo**, *Comentarios a la reforma de la LEC*, **Valentín Cortés (coord.)**, Madrid, 1985, pp. 422 ss.

⁶⁶⁸ **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., pp. 81-82.

⁶⁶⁹ Cfr. *supra*, Cap. 3, par. 6.

2.5.2. Gli effetti processuali della domanda ed il problema della litispendenza: una possibile soluzione.

Il rinvio che il Reg. 1896/2006 opera al Reg. 44/2001 ha portato a ritenere applicabili anche i relativi artt. da 27 a 30 in tema di litispendenza e connessione⁶⁷⁰. Tuttavia si presenta assai problematico individuare il momento nel quale la controversia possa ritenersi “pendente” ed il giudice “adito” a tali effetti. Il Reg. 1896/2006 tace sul punto e perciò lascia aperta la porta ad interpretazioni divergenti. In tal senso si è sostenuto che si debba guardare al “binomio unitariamente costituito dall’istanza del creditore e dall’i.p.e. (...) emessa dal giudice insieme ad una copia del modulo dell’istanza”, dunque il momento determinante sarebbe quello dell’emissione dell’i.p.e., a condizione che “non venga omessa la successiva notificazione all’ingiunto”⁶⁷¹.

Una possibile soluzione, rispondente allo schema del procedimento monitorio e che garantisca sia la posizione del ricorrente che quella dell’intimato ci pare possa essere offerta dal confronto con la disciplina che si è ritenuta applicabile al *juicio monitorio* e che, di recente, è stata fatta propria anche dalla nostra Corte di cassazione⁶⁷².

Si potrebbe perciò ritenere che una richiesta di i.p.e. rigettata dal giudice non produrrà litispendenza né sarà idonea ad interrompere la prescrizione del diritto (d’altronde di essa la controparte non avrebbe alcuna notizia) mentre, una volta che l’autorità giudiziaria la ritenga ammissibile e dunque pronunci l’i.p.e., se si procederà regolarmente alla notifica del provvedimento, unitamente al ricorso, gli effetti della domanda retroagiranno al momento del deposito dell’istanza. In questo modo i “tempi tecnici” per l’emanazione del provvedimento, che sono sottratti all’influenza del ricorrente, non avranno effetti negativi nei suoi confronti (p.e. rendendo incompetente il giudice qualora l’intimato modifichi il proprio domicilio nel tempo che intercorre tra la presentazione della domanda e la notifica del provvedimento) qualora questi si dimostri parte diligente provvedendo alla regolare notifica dell’ingiunzione. Né d’altronde, subirà alcun pregiudizio l’intimato, che non si vedrà pregiudicato in assenza di una regolare notifica del provvedimento.

⁶⁷⁰ Cfr. **Marinelli**, *Note sul regolamento*, cit., p. 586-587 ed ivi anche nota 14.

⁶⁷¹ **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., pp. 55-56.

⁶⁷² Cfr. quanto esposto *supra*, Cap. 3, par. 4 ma anche 2.3.4. e l’ordinanza *Cass. SS. UU. 1 ottobre 2007, n. 20596*, in *Foro It.*, 2008, I, col. 2613; ma anche in *Riv. dir. proc.*, 6/2008, p. 1759 ss., con nota di **L. Piccinnini**, *Pendenza del procedimento di ingiunzione, effetti della domanda e criterio di prevenzione*.

2.5.3. La possibilità di integrare, rettificare o modificare la domanda di ingiunzione.

In relazione all'atto introduttivo del rito monitorio, ci pare meriti un cenno la facoltà di completare, rettificare o modificare la domanda della quale il ricorrente dispone espressamente in base agli artt. 9-10 del Reg. 1896/2006.

Al fine di garantire al massimo la conservazione degli atti, è infatti previsto che il giudice possa invitare il ricorrente (mediante il modello *standard B*) ad integrare o rettificare la domanda inficiata da vizi "minori" (es. l'uso di una lingua non accettata dallo Stato del giudice adito o la mancata compilazione di un campo necessario nel modulo, ovvero l'indicazione di domicili diversi nel campo 2 e nel campo 4 del modulo di richiesta) o a modificarla entro un congruo termine che egli stesso fisserà (artt. 9 e 10). Il mancato completamento ovvero la mancata rettifica o modifica nel termine comporteranno il rigetto della domanda.

Rettifica e completamento saranno ovviamente esclusi laddove il giudice ritenga che, nonostante l'emenda, la domanda rimanga manifestamente infondata o difetti *ictu oculi* una condizione speciale di ammissibilità (es. si indichi come criterio di attribuzione della competenza il domicilio del convenuto ma poi si indichi tale domicilio in uno Stato diverso da quello della presentazione della domanda) mentre si ritiene che gli effetti dipendenti dalla data di presentazione della domanda rimangano agganciati alla presentazione della richiesta originaria poi sanata⁶⁷³.

Come si è avuto modo di vedere⁶⁷⁴, si tratta di una facoltà che alcuni procedimenti nazionali (tra i quali quello italiano) conoscono e che, invece, non è prevista nel testo della LEC del 2000 ma è stata ammessa da talune corti, in via di interpretazione *praeter legem*, sussistendo, a tenore dell'art. 231 LEC, un generico potere di sanare eventuali vizi degli atti processuali, oggi rafforzato dal nuovo disposto dell'art. 404 che, nel giudizio di cognizione, consente la sanatoria dei vizi formali della domanda nel termine concesso a tal fine dall'organo giudicante. La possibilità di attribuire un potere del genere al giudice dell'ingiunzione pare sia stata presa in considerazione in vista della riforma operata nel 2009 ma non risulta trasfusa in alcuna delle norme della LEC che sono state modificate.

Anche in questo caso, dunque, la convivenza dei due istituti, di diritto interno ed europeo, potrebbe portare ad una positiva contaminazione del primo, nel senso che si diffonda la prassi di concedere un termine al

⁶⁷³ Romano, *Il procedimento europeo*, cit., pp. 98 ss.

⁶⁷⁴ *Supra*, Cap. 1, par. 2. e 3. e Cap. 3, par. 5.

ricorrente per sanare vizi non decisivi o integrare una prova ritenuta non del tutto sufficiente, in un dialogo costruttivo che avvicini la giustizia ai cittadini⁶⁷⁵.

Per quanto attiene, invece alla possibilità di modificare la domanda ed alla correlativa possibilità di emanare un'ingiunzione solo parziale rispetto al credito azionato, il relativo invito può prefigurarsi nelle ipotesi (che appaiono però poco verosimili) in cui il giudice, all'esito della propria valutazione, ritenga che la domanda di i.p.e. possa essere accolta solo in parte (es. perché una parte del credito risulti inesigibile). Tali ipotesi, che ricevono discipline diverse nei vari Stati⁶⁷⁶, sembrano essere state oggetto di una soluzione di compromesso con la quale il legislatore comunitario, preoccupato dalla possibilità di frazionare il giudizio su uno stesso diritto di credito, ha vietato l'emanazione dell'i.p.e. in assenza di modifica della domanda da parte dell'istante nel termine concessogli ma ha lasciato agli ordinamenti nazionali di stabilire la sorte della cognizione sul residuo non oggetto di ingiunzione, riaprendo alle diverse soluzioni ivi previste⁶⁷⁷.

La questione assume caratteri particolarmente problematici in Spagna ove, già per il procedimento monitorio di diritto interno, non vi è unicità di vedute e le soluzioni maggiormente sostenute, ovvero il rigetto integrale di una domanda di ingiunzione che non appaia totalmente fondata, non risulta del tutto convincente dal punto di vista dogmatico⁶⁷⁸. Del pari, ci sembra criticabile l'affermazione di parte della dottrina, secondo la quale la disciplina della cosa giudicata, ed in particolare l'art. 400, co. 2 LEC, potrebbe impedire che possa pretendersi, in un successivo giudizio, la parte di credito esclusa dall'ingiunzione europea⁶⁷⁹.

Il legislatore, proprio a causa dell'introduzione del procedimento ingiuntivo europeo, nel citato Avvanprogetto di modifica della LEC, ha ritenuto di introdurre un terzo comma nell'art. 815 LEC, a tenore del quale, "se dalla documentazione prodotta (...) si ricava che l'importo richiesto non è corretto, il *Secretario judicial* informerà il giudice il quale, se del caso, mediante *auto*, potrà chiedere al ricorrente di accettare o rifiutare una proposta di ingiunzione di pagamento per l'importo specificato", informandolo "che, se in un termine non superiore a 10 giorni non invia la risposta o la stessa è negativa, si considererà che abbia rinunciato [al

⁶⁷⁵ Una valutazione positiva della facoltà di completamento e rettifica dell'istanza è offerta da **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, cit., pp. 51-52.

⁶⁷⁶ Si pensi alla soluzione tedesca, del rigetto totale della domanda, o a quella francese, in base alla quale la notifica dell'ingiunzione così emanata presuppone la rinuncia al residuo. Cfr. *supra* Cap. 1, prf. 3.1. e 3.2. ovvero ai numerosi Stati che non disciplinano espressamente questa possibilità, come l'Italia o la Spagna.

⁶⁷⁷ Per una più articolata analisi della questione e delle problematiche ad essa sottese, si rinvia a **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., pp. 115-121.

⁶⁷⁸ Si veda l'analisi svolta *supra*, Cap. 3, par. 5.

⁶⁷⁹ **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, cit., p. 53-56.

ricorso]” (impregiudicata quindi la possibilità di presentare un nuovo ricorso o procedere altrimenti per il recupero dell’intera somma richiesta).

Il Consiglio generale del potere giudiziario non ha mancato di sottolineare come non venga espressamente disciplinata la sorte del credito escluso dall’ingiunzione, tuttavia, “alla luce dell’Esposizione dei Motivi della LEC, ove si afferma che, una volta *despachada la ejecución* [rispetto all’ingiunzione non opposta], si sbarrà il passo ad un giudizio ordinario nel quale si pretenda lo stesso credito”, ritiene che tale parte di credito non possa più essere richiesta⁶⁸⁰.

Ribadiamo pertanto l’opportunità, in pendenza di una modifica legislativa ancora in fase di studio, di operare un’interpretazione del tipo di quella proposta dalla Corte di cassazione italiana, ovvero che la notifica di un’ingiunzione parziale rispetto all’intero credito azionato non comporti, in assenza di una specifica norma in tal senso, una rinuncia alla parte del credito escluso dalla condanna monitoria in quanto sulla pretesa non si è avuto contraddittorio tra le parti né il creditore ha potuto valersi di tutti i mezzi di prova che l’ordinamento gli mette a disposizione nel giudizio ordinario e dunque non può ritenersi giudizialmente accertata la mancanza di fondamento di tale frazione del credito⁶⁸¹. Il giudice dovrebbe quindi poter invitare il ricorrente ad integrare i mezzi istruttori a sostegno dell’istanza ovvero poter emettere un’ingiunzione soltanto per la parte di credito che ritenga sufficientemente provata, ma non per questo si dovrebbe ritenere che il creditore che si avvalga del provvedimento così ottenuto abbia rinunciato al residuo, la cui esistenza ed esigibilità potrà provare altrimenti, con gli ulteriori mezzi di prova che l’ordinamento mette a sua disposizione nel processo ordinario di cognizione.

2.5.4. Il rigetto della domanda di tutela monitoria.

La pronuncia di rigetto della domanda di i.p.e. consegue all’omessa rettifica, integrazione o modifica della stessa, ovvero all’assenza di un presupposto speciale o generale dell’azione o, infine, per manifesta infondatezza dell’istanza. Essa deve avvenire sempre mediante formulario nel quale il giudice indicherà il motivo della decisione (scegliendo in una lista precompilata ovvero inserendo una diversa motivazione nello spazio lasciato appositamente in bianco) e conclude il procedimento senza però precludere la possibilità di riproporre la domanda⁶⁸². Proprio per questo

⁶⁸⁰ **Consejo general del poder judicial**, *Informe al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 1/2000*, cit., p. 20.

⁶⁸¹ Ci riferiamo alla sentenza *Cass. Civ. SS.UU.*, 1 marzo 2006, n. 4510, in www.altalex.com.

⁶⁸² Chiaro in tal senso il disposto dell’art. 11, par. 3.

motivo, tale provvedimento è espressamente dichiarato non impugnabile dall'art. 11, par. 2.

La convivenza del modello europeo con quello interno sollecita anche in questo caso alcune riflessioni. Si è visto che in Spagna la pronuncia di rigetto della *petición* monitoria è ritenuta impugnabile trattandosi di un provvedimento che conclude un procedimento giudiziale; soluzione che, tuttavia, ci pare assai criticabile poiché è chiara a tutti l'assenza di efficacia preclusiva di una pronuncia emanata senza il contraddittorio tra le parti e sulla base di una cognizione sommaria perché parziale e superficiale⁶⁸³. È dunque auspicabile che, l'esistenza nell'ordinamento di un procedimento monitorio che espliciti questa (ben più razionale) soluzione possa sortire un proficuo effetto anche sulla prassi applicativa dell'istituto di diritto interno, portando ad applicare, in via analogica – stante l'assenza di altre specifiche norme e la contiguità dei procedimenti – un'identica soluzione.

Si deve però fare un'ulteriore precisazione, rilevante soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della riforma del 2009 e legata principalmente all'interpretazione del Considerando 17 del Reg. 1896/2006. Questo, infatti, dopo aver affermato che “il rifiuto della domanda non dovrebbe essere impugnabile”, prosegue sottolineando che “ciò non esclude tuttavia un eventuale riesame della decisione di rifiuto della domanda allo stesso livello giurisdizionale, conformemente alla legislazione nazionale”. Si è dunque posto l'interrogativo di cosa si intenda con l'oscura espressione “riesame da parte di un organo giurisdizionale dello stesso livello”⁶⁸⁴ ed è stato autorevolmente sostenuto che con essa si intendesse fare riferimento a quegli Stati che, affidando l'emanazione dell'ingiunzione ad organi diversi dal giudice, ammettono dei rimedi avverso la sua mancata emissione per motivi formali. Sarebbe dunque questo tipo di rimedi (ad esempio l'intervento del giudice sull'opposizione proposta dal creditore avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza monitoria emanato dal *Rechtspfleger*) ad essere esperibile anche nel caso dell'i.p.e., in quanto non escluso dal Regolamento⁶⁸⁵.

Nell'ordinamento spagnolo, l'affidamento a *Secretario judicial* del compito di emanare l'ingiunzione ha fatto sì che, per superare profili di incostituzionalità, si sia previsto che, ove questi ritenga inammissibile la *petición* (pronuncia suscettibile di incidere sulla richiesta di tutela del ricorrente, concludendo il procedimento), il giudice possa intervenire e risolvere la questione con *auto* che, come si è visto, è ritenuto impugnabile.

⁶⁸³ Cfr. *supra*, Cap. 3., par. 5.

⁶⁸⁴ Cfr. le osservazioni di **Ruiz Moreno**, *El proceso monitorio europeo*, cit., pp. 7-9; ma anche **J. M. Arias Rodríguez – M. J. Castán Pérez**, *Análisis crítico del proceso monitorio europeo regulado en el Reglamento (CE), núm. 1896/2006*, in *Revista del Poder Judicial*, 83/2006, pp. 23-25.

⁶⁸⁵ V., l'analisi di **Romano**, pp. 106-108 ed anche i riferimenti ivi presenti in nota.

Ci pare, perciò, che il solo ricorso non escluso dal Regolamento sia quello davanti al giudice togato rispetto al rigetto della *petición* da parte del *Secretario*, trattandosi di organi appartenenti allo stesso ufficio giudiziario⁶⁸⁶. Dovrebbe invece rimanere esclusa l'impugnazione del successivo *auto* con il quale il giudice si sia pronunciato, di nuovo in senso negativo, sulla questione. Una diversa ricostruzione, che ammetta l'impugnabilità dell'*auto* del giudice, si porrebbe in aperto contrasto col Regolamento, pur rispondendo alla prassi applicativa spagnola per il rito interno. È auspicabile, se non una modifica legislativa, un ripensamento, da parte degli interpreti, del regime di impugnabilità dell'*auto* di rigetto dell'istanza monitoria (del resto auto-imposto dalla giurisprudenza stessa), magari attraverso una pronuncia del *Tribunal Supremo* che equipari il trattamento processuale "interno" a quello stabilito dal Regolamento per l'ingiunzione europea.

2.6. Un cenno alla notificazione dell'ingiunzione.

L'attività è rimessa alla regolamentazione che ne facciano i singoli diritti nazionali, tuttavia, anche la dottrina spagnola ritiene, basandosi su quanto indicato dal Considerando 19 del Regolamento, che debbano ritenersi proscritte le forme di notifica fondate su una *fictio iuris*⁶⁸⁷. Ciò ha probabilmente contribuito, assieme con le altre ragioni già esposte, all'espressa esclusione della notifica per pubblici proclami con la Ley 13/2009 salvo che nelle ipotesi di ingiunzione di spese condominiali⁶⁸⁸. Alcuni autori hanno sostenuto che sarebbe stato preferibile stabilire le forme di notificazione ritenute ammissibili, com'era stato fatto – pur con una redazione non troppo felice – nella prima Proposta di Regolamento sull'i.p.e.⁶⁸⁹, anziché rinviare ai diritti nazionali e prevedere un complesso intreccio di norme minime ed una possibilità di riesame successivo alla

⁶⁸⁶ In questo senso sembra si sia orientato l'*Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 1/2000* più volte citato, ove si prevede che la richiesta di i.p.e. dovrà essere "ammessa dal *secretario judicial*, salvo che la consideri manifestamente infondata o inammissibile, in conformità a quanto stabilito nell'art. 9 Reg. i.p.e., nel qual caso sulla questione dovrà pronunciarsi il giudice mediante *auto*".

⁶⁸⁷ Cfr. **Ruiz Moreno**, *EL proceso monitorio europeo*, cit., p. 9 ss. L'autore non aveva però mancato di sottolineare il rischio di applicazioni opposte, dato il carattere facoltativo degli standard minimi imposti dal Regolamento, con possibilità che quella minoranza di corti che ammettevano la notifica per proclami nel monitorio interno facessero altrettanto con quello europeo, introducendo una grave disparità di trattamento rispetto ad altri Paesi che espressamente escludono queste forme di notifica.

⁶⁸⁸ Accogliendo la soluzione prevalente nella prassi giurisprudenziale di una questione assai dibattuta. Cfr. *supra*, Cap. 3, parr. 7.2. e 7.2.1.

⁶⁸⁹ Si veda l'art. 9.2. della Proposta del 19 marzo 2004.

dichiarazione di esecutività, tese a garantire un sufficiente livello di protezione all'intimato⁶⁹⁰.

2.7. Le possibili condotte dell'ingiunto rispetto al provvedimento monitorio.

2.7.1. Il pagamento da parte dell'intimato.

Il Regolamento non prende posizione (come d'altronde molti ordinamenti nazionali) sulla miglior forma possibile di conclusione del procedimento monitorio, ovvero il pagamento, da parte dell'ingiunto, delle somme indicate nel provvedimento. Alla luce della previsione contenuta nel diritto interno (ed oggetto di un'opportuna riforma nel 2009)⁶⁹¹, non si è mancato di sottolineare come una soluzione di questo tipo, che stabilisca cioè la necessità di informare dell'avvenuto pagamento il giudice dell'ingiunzione, sarebbe stata quanto mai opportuna per consentirgli di ritenere concluso il procedimento, provvedendo all'archiviazione del relativo fascicolo d'ufficio⁶⁹².

2.7.2. I problemi di coordinamento con il giudizio di opposizione.

L'intimato che intenda opporsi all'i.p.e., a mente dell'art. 16, par. 1, può avvalersi del relativo modello standard F che, per semplicità, gli viene notificato assieme all'ingiunzione, ovvero impiegare altra forma scritta. Si prevede espressamente (a differenza di ciò che avviene in molti ordinamenti) che, per la sua validità, sia sufficiente inviare lo scritto di opposizione al giudice dell'ingiunzione nei trenta giorni dalla notificazione dell'i.p.e. Gli artt. 12, par. 3, lett. *b* e 16, par. 2 sono chiari nel far ritenere che ciò che rileva è che l'opponente abbia fatto quanto in suo potere per trasmettere lo scritto al giudice.

⁶⁹⁰ V. le affermazioni di **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, cit., p. 64 ss. nonché, ivi, anche le indicazioni presenti nelle note 74 e 75.

⁶⁹¹ Ferma la necessità per l'intimato di provare l'intervenuto pagamento presso la corte che aveva emesso l'ingiunzione, secondo il disposto originario della norma, questa, prima di provvedere ad "*archivar las actuaciones*", gli avrebbe consegnato un "*justificante de pago*", dunque una ricevuta dell'avvenuto pagamento presumibilmente già provato da un documento firmato dal creditore; mentre adesso, più razionalmente, si prevede soltanto che il *Secretario judicial* disponga (con decreto) l' "*archivo de las actuaciones*", ossia la chiusura del procedimento.

⁶⁹² Cfr. **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, cit., p. 71 ss. La tesi ci pare degna di una valutazione positiva: in un procedimento che impiega i formulari per ogni comunicazione tra le parti e con l'autorità giudicante non sarebbe stata da scartare l'introduzione di un formulario anche per questa attività che prevedesse, magari, uno spazio per la firma, a modo di quietanza liberatoria, del creditore.

Circa le modalità di “presentazione” dello scritto di opposizione, in assenza di una specifica comunicazione a riguardo da parte dello Stato spagnolo, si ritiene applicabile, in via analogica, il regime previsto per la presentazione della richiesta di i.p.e., e dunque l’invio postale o a mezzo fax⁶⁹³.

L’opposizione ritualmente proposta priva il provvedimento di ogni effetto processuale, salvo, ci pare (come di consuetudine nel monitorio puro), quello di litispendenza e salvi gli effetti sostanziali prodotti sulla base della *lex fori*, ad esempio l’interruzione della prescrizione. Quest’atto determina altresì il passaggio al giudizio a cognizione piena (ovvero la sola estinzione del procedimento, qualora ciò abbia dichiarato il ricorrente), in omaggio, dunque, alla più classica impostazione del procedimento monitorio “puro”⁶⁹⁴. L’atto di opposizione non richiede alcun contenuto che vada oltre la manifestazione della volontà di opporsi e la sottoscrizione dell’intimato o del suo rappresentante: è pertanto esclusa la necessità di qualsiasi motivazione. Esso costituisce, salvo le ipotesi di riesame eccezionale, l’unica possibilità difensiva offerta all’intimato.

Una volta proposta, il giudizio di merito si svolgerà dinnanzi al giudice che ha emanato il provvedimento, sulla base della *lex fori*, diritto che, a causa del silenzio del legislatore comunitario, si dovrà applicare anche per risolvere numerose altre questioni, quali l’ “invio” dell’atto di opposizione⁶⁹⁵. Non pochi problemi sorgono circa il collegamento tra fase monitoria e giudizio di cognizione, dato che il Reg. 1896/2006 indica che si debba passare al giudizio civile ordinario ma vi sono Stati ove non esiste il procedimento monitorio e, anche tra quelli nei quali l’istituto è presente, permangono differenze sostanziali, dovute alla scelta di fondo del legislatore verso l’uno o l’altro dei modelli tradizionali. Non da ultimo ciò rileva per l’individuazione del giudice concretamente competente per il giudizio di merito che può essere svincolata dalla fase senza contraddittorio⁶⁹⁶. In Italia, ad esempio, il giudizio di opposizione riguarda sia la correttezza del provvedimento ingiuntivo che il fondamento della pretesa azionata ma le parti si trovano formalmente invertite, circostanza

⁶⁹³ Cfr. **Consejo general del poder judicial**, *Informe al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 1/2000*, cit., p. 34.

⁶⁹⁴ Si rimanda alla ricostruzione di **Segni**, *L’opposizione del convenuto nel processo d’ingiunzione*, in *Scritti giuridici*, Padova 1965, p. 579 ss.; o, di recente, **A. Proto Pisani**, *L’ingiunzione europea di pagamento nell’ambito della tutela sommaria in generale e dei modelli di procedimenti monitori in specie*, in *Il giusto processo civile*, 1/09, pp. 188-189.

⁶⁹⁵ Che, p.e., in Italia sembra richiedere il deposito presso la cancelleria o la notifica al cancelliere.

⁶⁹⁶ Ad esempio in Germania.

che non ha mancato di suscitare dubbi rispetto alla procedura europea di ingiunzione⁶⁹⁷.

Questioni problematiche sorgono inoltre in relazione con la giurisdizione, regolata da norme largamente coincidenti, ma non identiche, per l'i.p.e. ed il giudizio di merito⁶⁹⁸.

Per quanto attiene, più specificamente, al coordinamento con le norme processuali dell'ordinamento spagnolo, si debbono sottolineare tre ordini di problemi, rispettivamente relativi all'assistenza tecnica ed al contenuto dello scritto di opposizione; al coordinamento con il giudizio di merito che debba essere celebrato secondo il rito *verbal*; e rispetto ad alcune regole particolari proprie del processo davanti alle giurisdizioni speciali, in particolare il tentativo di conciliazione per il rito del lavoro.

2.7.2.1. Le divergenze circa il contenuto dell'atto e l'obbligatorietà del patrocinio.

In relazione all'assistenza tecnica si segnala un'importante differenza tra *juicio monitorio* e i.p.e.: il patrocinio di un difensore nel procedimento ingiuntivo europeo non è infatti richiesto neppure per la presentazione dell'atto di opposizione (per il quale è previsto un apposito formulario) mentre nel diritto spagnolo è reso obbligatorio fin dallo scritto di opposizione. Si tratta di una soluzione che ci siamo permessi di criticare⁶⁹⁹ e sulla quale potrebbe avere una decisiva influenza la convivenza con l'istituto europeo. Tuttavia, *de iure condito*, non si possono nascondere alcune perplessità. Si è visto infatti che la soluzione preferibile (e maggioritaria nella prassi) richiede che lo scritto di opposizione sia motivato e che le ragioni "succintamente allegate" in tale atto debbano poi essere adeguatamente sviluppate nel successivo giudizio di merito⁷⁰⁰. Se una simile richiesta di contenuti dovesse prosperare anche rispetto al procedimento europeo non si possono nascondere i gravi problemi cui il ricorrente potrebbe andare incontro. Al di là di un'evidente violazione della lettera del Regolamento, ciò significherebbe pretendere che un soggetto privo di conoscenze tecnico-giuridiche debba anticipare in qualche misura le difese che dovrà poi sviluppare nel giudizio, con diversi ordini di problemi: il non allegare difese potrebbe comportare che la corte ritenga non proposta l'opposizione (con le ovvie conseguenze sul provvedimento ingiuntivo);

⁶⁹⁷ Sulla problematica del passaggio dall'i.p.e. al giudizio di cognizione in Italia v. **M. A. Lupoi**, *Di crediti non contestati e procedimenti d'ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, I, p. 201; **A. Carratta**, *Il nuovo procedimento ingiuntivo europeo fra luci ed ombre*, in *Verso il procedimento*, cit., p. 26.

⁶⁹⁸ Cfr. **Romano**, *Il procedimento europeo*, cit., pp. 159-160.

⁶⁹⁹ *Supra*, Cap. 3, par. 6.

⁷⁰⁰ Cfr. *supra*, Cap. 3, parr. 8.3. ed 8.3.5.

l'allegazione di certe difese e motivazioni potrebbe porre dei problemi di preclusione nel successivo giudizio e, comunque, il soggetto rischierebbe di scoprire il fianco agli attacchi del ricorrente-attore, allegando magari motivazioni contraddittorie o, comunque, "scoprendo eccessivamente le carte" in un momento nel quale non ve n'è necessità.

Di nuovo, ci pare si debba prestare attenzione all'autonomia tra i due procedimenti, interno ed europeo, e dunque evitare categoricamente che si confondano le norme previste per l'uno e per l'altro: nel caso del monitorio europeo l'opposizione sarà validamente proposta con uno scritto privo di qualsiasi motivazione, purché se ne deduca chiaramente la volontà di opporsi, mentre ogni altra questione, di fatto e di diritto, potrà essere trattata nel giudizio di merito successivo. Nondimeno, dalla convivenza dei due modelli, il legislatore potrà trarre utilmente spunto per una modifica legislativa tesa a razionalizzare il sistema, specie adesso che la valutazione della *petición* è affidata al *Secretario judicial*, compiendo il necessario passo verso il modello di ingiunzione "senza prova", ossia svincolando l'istanza dalla produzione di un supporto probatorio e limitando così la valutazione di questo funzionario alla sola regolarità formale dell'atto introduttivo.

2.7.2.2. I problemi di coordinamento quando il giudizio di opposizione debba seguire il rito *verbal*.

Accantonata immediatamente la tesi (assolutamente minoritaria e scartata dalla preponderante dottrina spagnola⁷⁰¹), secondo la quale il riferimento che il Reg. 1896/2006, in particolare al *Considerando* 24, fa al giudizio ordinario, comporterebbe che il giudizio di opposizione, indipendentemente dal valore del credito azionato, debba essere trattato nelle forme del *juicio ordenario* (giudizio ordinario)⁷⁰², sorgono alcuni dubbi in relazione al coordinamento tra il procedimento ingiuntivo europeo ed il giudizio di opposizione da trattare nelle forme del rito *verbal*. Si è visto, infatti, che in queste ipotesi le parti vengono direttamente citate per l'udienza davanti al giudice e dunque la *petición* monitoria e l'atto di opposizione fungono, rispettivamente, da atto introduttivo e da comparsa di risposta per questo giudizio (che, ricordiamo, prevede atti dal contenuto ridotto, con un'esposizione succinta delle ragioni di fatto e di diritto che

⁷⁰¹ Si veda la puntuale critica di **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, cit., p. 78 ed ivi anche nota 87; la quale trova un importante sostegno anche nella valutazione del CESE circa la proposta di Regolamento istitutivo di un procedimento monitorio europeo, par. 4.12., ove si auspicava la modifica dell'espressione "processo ordinario" con quella "processo comune", proprio per evitare confusioni terminologiche. V. anche **Ruiz Moreno**, *El proceso monitorio europeo*, cit., p. 10 ss.

⁷⁰² Tesi sostenuta da **Arias Rodríguez – Castán Pérez**, *Análisis crítico del proceso monitorio europeo*, cit., p. 28.

vengono poi presentate direttamente in udienza). Nel caso in cui il procedimento monitorio precedente al giudizio di merito sia quello europeo, si pone il problema di come ritenere validamente iniziato il giudizio, atteso che nessuno dei due atti di parte possiede il contenuto minimo richiesto⁷⁰³, né le parti sono assistite, com'è invece d'obbligo, da un difensore. Probabilmente – in difetto di una specifica previsione che sarebbe opportuno venisse introdotta dal legislatore – si dovrà fare applicazione analogica del disposto dell'art. 818, co. 2, LEC, relativo alla diversa ipotesi in cui il giudizio di opposizione debba essere trattato secondo il rito *ordenario*, e concedere al ricorrente un termine per riproporre la domanda nelle forme appropriate.

2.7.2.3. Il giudizio di opposizione davanti alle giurisdizioni speciali: il problema del tentativo di conciliazione nel rito del lavoro.

Si è già avuto modo di ricordare i problemi che il procedimento europeo di ingiunzione pone rispetto all'individuazione del giudice competente per la sua emanazione in un ordinamento, come quello spagnolo, ove sono presenti giurisdizioni speciali per materia (*Juzgados de lo mercantil* e *de lo social*), a causa della diversa ed autonoma interpretazione del concetto di materia civile o commerciale operata dal diritto europeo rispetto a quello nazionale. Sul punto si rinvia dunque a quanto esposto *supra* al par. 5. Preme ora sottolineare come, ritenuto (al pari di quanto avviene per il monitorio interno⁷⁰⁴) che l'ufficio giudiziario che ha emesso l'ingiunzione sia “funzionalmente” competente anche per conoscere del giudizio di opposizione, si pongono alcuni problemi in relazione al rito processuale con il quale debbano essere trattati i giudizi di opposizione davanti ai *Juzgados de lo social*.

In quest'ambito, infatti, le “*normas del proceso civil ordenario que corresponda*” richiamate – secondo la versione spagnola – dal Regolamento i.p.e., sono quelle sul *procedimiento laboral*, ispirate ad un *favor* verso il lavoratore e che prevedono un atto introduttivo piuttosto semplice, simile alla *demanda sucinta* del rito civile *verbal*, e la necessità di un previo tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità della domanda⁷⁰⁵.

È interessante sottolineare quanto sostenuto dalla dottrina spagnola in relazione a questa questione, per il richiamo ad una concezione “carneluttiana” del procedimento monitorio. Ci si è infatti chiesti se il

⁷⁰³ L'osservazione è stata fatta, trattando del processo davanti ai giudici del lavoro, da **López Sánchez**, *Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos*, cit., p. 16.

⁷⁰⁴ cfr. *supra*, Cap. 3, par. 8.3.1.

⁷⁰⁵ La qualificazione come condizione di procedibilità e non di presupposto processuale è stata avallata dalla *sentenza del Tribunal Constitucional 69/1997 dell'8 aprile*, in *La Ley digital*, 5002/1997, www.laleydigital.es.

tentativo di conciliazione obbligatorio previsto dall'art. 63 della *Ley sobre el procedimiento laboral* (di seguito LPL) debba necessariamente essere esperito prima di poter formulare l'istanza per la concessione di un'i.p.e. La risposta negativa è stata suffragata dalla qualificazione del tentativo come una condizione di procedibilità e non come un presupposto processuale ma anche, si è affermato, sulla base della struttura del procedimento monitorio che si fonda sul fatto che l'intimato non abbia motivo di contestare la pretesa avversaria ma si limiti a non volerla soddisfare, rendendo necessaria l'esecuzione forzata. Torna qui in mente la distinzione, proposta da Carnelutti, tra liti da pretesa contestata e liti da pretesa insoddisfatta, queste ultime oggetto peculiare della tutela monitoria. Mancando dunque la contestazione, e con ciò la contrapposizione di interessi, manca il fondamento stesso per l'esperimento di un tentativo di conciliazione.

Se invece l'intimato propone opposizione, e dunque vi è contestazione della pretesa, il ricorrente-attore dovrà esperire il tentativo di conciliazione prima di poter coltivare il giudizio ordinario sul fondamento della sua pretesa⁷⁰⁶.

Per questa ragione e, come si è accennato in precedenza, per il fatto che difficilmente l'istanza per l'emissione di un'i.p.e. (ed il correlativo atto di opposizione) possa considerarsi idoneo quale atto introduttivo del giudizio secondo il rito del lavoro, si è sostenuta l'opportunità di concedere al ricorrente – attore nel giudizio di opposizione – un termine per proporre la domanda secondo le prescrizioni del rito lavoro e, prima ancora, per richiedere l'espletamento del tentativo di conciliazione⁷⁰⁷.

2.8. Efficacia dell'ingiunzione e rimedi straordinari.

L'i.p.e. viene ascritta ai procedimenti contenziosi di cognizione, destinati perciò a concludersi con un provvedimento esecutivo con tendenziale idoneità a produrre effetti di cosa giudicata in relazione alla pretesa dedotta in giudizio. Tuttavia, mentre l'esecutività dell'ingiunzione è espressamente prevista dagli artt. 18 e 19 del Regolamento, a seguito della dichiarazione, da parte del giudice emittente, della mancata opposizione nel termine, il legislatore comunitario non prende posizione sull'efficacia di giudicato della stessa ma, come si è già avuto modo di sottolineare trattando della natura giuridica dell'istituto, si propende per un'interpretazione autonoma, basata sulla sistematica e su indici normativi provenienti dal Reg. 1896/2006 stesso, in virtù dei quali si ritiene che in essa sia contenuto un accertamento del diritto di credito azionato suscettibile di produrre la cosa giudicata. Si tratta, per un verso, dei ristretti limiti nei quali è consentito il

⁷⁰⁶ V. l'analisi di **López Sánchez**, *Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España*, cit., p. 12 ss.

⁷⁰⁷ **Id.**, *Ibid.*, www.laleydigital.es.

“riesame” dell’ingiunzione dichiarata esecutiva e, per altro verso, della lettura dell’art. 22 il quale esclude che l’i.p.e. possa formare oggetto di un riesame nel merito da parte dello Stato membro dell’esecuzione e stabilisce motivi tassativi di opposizione all’esecuzione tra i quali il contrasto tra giudicati, “incomprensibile se l’ingiunzione non opposta fosse priva della forza di giudicato”. Inoltre solo i motivi non deducibili nel giudizio di opposizione, ovvero il pagamento dell’importo previsto nell’ingiunzione, possono consentire il rifiuto, totale o parziale, dell’esecuzione⁷⁰⁸.

A differenza di quanto stabilito per il *juicio monitorio*, il legislatore comunitario non prevede l’emanazione di un ulteriore atto che dichiari concluso il procedimento e costituisca il vero e proprio titolo giudiziale ma una dichiarazione di esecutività dell’ingiunzione da redigere sull’apposito formulario G allegato al Regolamento. Probabilmente, più che trattarsi di una scelta di fondo legata al modello di tutela monitoria accolto, si tratta di una previsione dettata dalla volontà di consentire il trattamento informatizzato dell’intera procedura.

A prescindere da una valutazione più o meno positiva della soluzione comunitaria di preferire una dichiarazione di esecutività all’emanazione di un nuovo provvedimento con forza esecutiva, la dottrina spagnola non ha mancato di sottolineare la bontà della scelta del legislatore europeo di introdurre un rimedio straordinario per le ipotesi in cui si sia prodotta una lesione del diritto di difesa dell’intimato, condannato all’esito di un procedimento del quale non ha avuto conoscenza, “*lo que lamentablemente no establece [la] Ley de Enjuiciamiento Civil*”⁷⁰⁹. Tuttavia la stessa dottrina, ben più incline ad una soluzione del tipo di quella prevista dall’ordinamento tedesco⁷¹⁰, ha rilevato l’opinabilità della scelta laddove il Regolamento regola in modo del tutto carente questa sorta di “opposizione tardiva” e non impone alcun limite temporale definito, limitandosi a richiedere che si agisca “tempestivamente”.

Tra le modifiche inserite dal legislatore nell’Avanprogetto di legge finalizzato a coordinare la LEC con il Regolamento sull’ingiunzione europea, vi è l’espressa indicazione dei rimedi straordinari, concessi all’intimato ai sensi dell’art. 20 del Regolamento. Le ipotesi indicate al 1° comma, saranno trattate nelle forme del *procedimiento de rescisión de sentencia firme a instancia del demandado rebelde* di cui agli artt. 501 e ss. LEC; quelle del 2° comma, mediante l’*incidente de nulidad de actos judiciales*, artt. 238 e ss. LOPJ), sempre affidati alla competenza dei soli *Juzgados de primera instancia*. È dunque auspicabile che gli stessi rimedi

⁷⁰⁸ Cfr. **Marinelli**, *Note sul Regolamento*, cit., pp. 600-601.

⁷⁰⁹ Così **Correa Delcasso**, *El proceso monitorio europeo*, cit., p. 80.

⁷¹⁰ Con emissione di un nuovo provvedimento a conclusione del procedimento, assimilato ad una sentenza contumaciale e, dunque, sottoposto ai relativi mezzi di impugnazione.

(peraltro già ritenuti applicabili dalla dottrina) siano espressamente estesi al monitorio interno.

Non si è però mancato di sottolineare come il regime processuale di questi ricorsi si discosti, in quale misura, dalle previsioni del Regolamento, in particolare dall'art. 23 che consente di "limitare il procedimento di esecuzione ai soli provvedimenti conservativi"; prevede come facoltativa la richiesta di una cauzione al creditore per procedere con l'esecuzione e consente di sospendere il procedimento esecutivo solo in casi eccezionali.

Viceversa, la *rescisión de sentencia firme*, trattata secondo il rito civile ordinario, non prevede la sospensione dell'esecuzione del titolo salvo (art. 504, co. 1, LEC) "le circostanze del caso lo consiglino" ed il ricorrente presti cauzione. Dunque, diversamente dal Regolamento, non si prevede che l'esecuzione prosegua imponendo una cauzione al creditore e non si consente di sostituire all'esecuzione una misura cautelare conservativa (il che risponde alla regola, tuttora vigente nell'ordinamento iberico, secondo la quale le misure cautelari sono sempre legate ad un giudizio di cognizione).

Le stesse osservazioni, nonostante l'attività processuale sia ben più rapida del processo ordinario, valgono anche riguardo all'*incidente de nulidad de actos judiciales*⁷¹¹.

2.9. L'autorità competente per l'esecuzione dell'ingiunzione europea.

L'esecuzione di un i.p.e. ottenuta dal giudice spagnolo è soggetta alla competenza di quello stesso giudice (*juzgado de primera instancia, de lo mercantil o de lo social*) che abbia emesso il provvedimento, in applicazione dell'art. 61 LEC o 235, co. 2 LPL⁷¹².

Ottenuta in un altro Paese un'i.p.e. dichiarata esecutiva, qualora il creditore intenda procedere ad esecuzione forzata nel territorio spagnolo, si pone invece la questione (non risolta dal Regolamento) di individuare il giudice competente (posto che, in Spagna, l'esecuzione passa sempre attraverso l'autorità giudiziaria).

Fino a quando il legislatore non avrà fissato criteri specifici per l'esecuzione di un'ingiunzione europea resa in un altro Stato⁷¹³, pare che le

⁷¹¹ Cfr. **Consejo general del poder judicial**, *Informe al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 1/2000*, cit., pp. 22, 41 ss.

⁷¹² Si parla di competenza funzionale e, a mente dell'Avanprogetto di riforma più volte menzionato, il legislatore pare orientato ad affidare ogni competenza ai *juzgados de primera instancia*. Cfr. **Consejo general del poder judicial**, *Informe al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 1/2000*, cit., pp. 24-25.

⁷¹³ Nell'Avanprogetto di legge di modifica della LEC sembra che il legislatore intenda attribuire tale competenza sempre ai *Juzgados de primera instancia*. Tuttavia, svolgendo l'analisi soprattutto in relazione alla valutazione della richiesta di i.p.e., il **Consejo general**

regole applicabili non possano essere che quelle individuate dagli artt. da 951 a 958 della LEC del 1881 (richiamati, in mancanza di un auspicato progetto di legge sulla cooperazione giudiziaria internazionale, dalla 20° Disposizione finale della LEC del 2000): giudice competente ad emanare l'*auto despachando ejecución* sulla base dell'ingiunzione europea sarà pertanto quello del domicilio o residenza del debitore o, nell'impossibilità di applicare questi criteri, quello del luogo dell'esecuzione. Tuttavia, quando si tratti dell'esecuzione di un provvedimento reso in una delle materie espressamente riservate, dall'art. 86 *ter* LOPJ, alla giurisdizione commerciale, la competenza spetterà al *Juzgado de lo mercantil*. Manca una norma atta ad individuare il giudice territorialmente competente, per cui, dovendo la LEC del 2000 essere applicata in via analogica, in assenza di norme specifiche, si dubita se si debba guardare ai fori generali previsti dall'art. 50 ovvero all'art. 955 LEC 1881, poiché la deroga sancita dall'art. 86 *ter* LOPJ è limitata alla competenza per materia e non si estende a quella per territorio.

Quando invece si tratti dell'esecuzione di un'i.p.e. che verta su materie riservate alla *jurisdicción social*, difettando qualsiasi norma che attribuisca ai *Juzgados de lo social* la competenza per l'esecuzione di un provvedimento straniero, si ritiene debba applicarsi l'art. 955 LEC 1881, attribuendo la competenza per la fase esecutiva ai *juzgados de primera instancia* del domicilio del debitore⁷¹⁴.

3. Rilievi conclusivi.

Nonostante i non pochi dubbi e le questioni tuttora aperte dei quali abbiamo cercato di dare conto nelle pagine che precedono, non può che valutarsi positivamente lo sforzo del legislatore spagnolo di migliorare la propria disciplina processuale e, per quanto qui interessa, di adeguarla e coordinarla con i nuovi strumenti di tutela di provenienza comunitaria. In tale direzione, vanno apprezzate, anzitutto, le riforme introdotte con la Ley 13/2009 (destinata ad entrare in vigore il 4 maggio 2010), che avvicina – seppur con qualche ambiguità – il procedimento monitorio interno al modello puro, affida il compito di emanare l'ingiunzione ad un ausiliario della giustizia ed amplia notevolmente il limite di valore dei crediti azionabili in via monitoria.

A queste riforme si aggiunge ora la proposta di legge, corroborata dal parere del *Consejo general del poder judicial*, volta a modificare la

del poder judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 1/2000*, cit., p. 24 ss., non ha mancato di sottolineare l'opportunità di estenderla anche ai *juzgados de lo mercantil* e *de lo social* quando l'oggetto della pretesa rientri tra le loro attribuzioni esclusive.

⁷¹⁴ **López Sánchez**, *Jurisdicción y competencia en los procesos monitorios europeos*, cit., p. 18 ss., in particolare, p. 19.

normativa nazionale per favorire l'operatività del procedimento europeo di ingiunzione e la sua applicazione nel sistema spagnolo. Del resto, come abbiamo avuto modo di sottolineare, l'interesse per il procedimento europeo da parte dei creditori transfrontalieri spagnoli, nasce, non solo dalla permanenza dei criteri di competenza esclusivi stabiliti dall'art. 812 LEC in forza dei quali, un'ingiunzione di diritto interno può essere ottenuta solo contro debitori domiciliati o residenti in Spagna, ma anche dalla diversità strutturale del procedimento europeo, più favorevole al creditore e meno selettivo del rito interno rispetto alle pretese deducibili. Un vantaggio, questo, soprattutto per le grandi società di distribuzione o somministrazione che vantano una gran mole di crediti di importo contenuto, comunque meno esposte al rischio di opposizione.

BIBLIOGRAFIA

Aliaga Casanova, A. C., *El documento electrónico y el proceso monitorio. Reflexiones sobre su aplicación práctica* in *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 8, 2005, p. 39 ss.

Amendolagine V., *Basta l'e-mail per un decreto ingiuntivo*, in *Diritto&Giustizia*, fasc.15, 2004, p. 97 ss.

Andino Axpe L. F., *El secretario judicial ante la reforma de las normas procesales para la implantación de la nueva oficina judicial*, in *Actualidad jurídica Aranzadi*, 767/2009, p. 8 ss.

Andrews N., *The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution*, Tübingen, 2008;

Arias Rodríguez J. M. –Castán Pérez M. J., *Análisis crítico del proceso monitorio europeo regulado en el Reglamento (CE), núm. 1896/2006*, in *Revista del Poder Judicial*, 83/2006 p. 11 ss.

Arieta G. – De Santis F., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto processuale civile*, diretto da **L. Montesano – G. Arieta**, Padova, 2007, I

Armenta Deu T., *Lecciones de derecho procesal civil*, Madrid, 2002

Arnaiz Serrano A. –Tomás Porter J. J., *La nueva oficina judicial: un estudio sobre la organización y funciones en la oficina judicial y los procesos judiciales tras la reforma de la legislación procesal operada por la Ley 13/2009*, in *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 33/2010, p. 69 ss.

Arroyo I Amayuelas E. –Vaquer Aloy A., *Un nuevo impulso para el derecho privado europeo*, in *La ley*, 2002, D-96, p. 1788 ss.

Asencio Mellado J. M., *La Ley 13/2009. Una reforma compleja*, in *www.laleydigital.es*, 667/2010 (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 69/2010).

Balbi C. E., *Il procedimento per ingiunzione (dopo la Vereinfachungsnovelle della Z.P.O. federale del 3 dicembre 1976)*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 348 ss.

Balbi C. E., voce “*Ingiunzione (procedimento di)*”, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1997

Balena G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2010, III

Banacloche Palao J., *El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 1998, D-88, p. 1887 ss.

Barcones Augustín N., *El juicio monitorio: estudio de los documentos del artículo 812 LEC*, in *Boletín de información del Ministerio de la Justicia*, 2008, nn. 2052-53, p. 7 ss.

Bariatti S., *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione europea al titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, p. 261 ss.

Barona Vilar S., *Líneas generales y principios configuradores de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil española*, in www.judicium.it

Barreca G. L., *Procedimento monitorio: decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione*, in *Quaderni del CSM*, 1997, II.

Beceña F., *Los procedimientos ejecutivos en el Derecho Procesal español*, in *Revista de derecho procesal*, 1920, p. 232 ss.

Bender R. – Eckert H., *Rechtspfleger in the Federal Republic of Germany*, in *Access to Justice*, **M Cappelletti – J. Weisner Ed.**, Milano, 1978, Vol. II, 2

Bermúdez Requema J. M., *Los fueros legales del proceso monitorio (art. 813 LEC): problemas y soluciones en la práctica jurisprudencial*, in www.westlaw.es, 2008/1713 (originariamente in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 758/2008)

Bertoli P., *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005

Biavati P., *Il processo a struttura elastica nell’esperienza comunitaria*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 113 ss.

Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997

Biavati P., *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 751 ss.

Biavati P., *Europa e processo civile: metodi e prospettive*, Torino, 2003.

Biavati P., *I regolamenti europei in materia di processo civile. Profili introduttivi*, in **Biavati P. –Lupoi M. A.**, *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008;

Biavati P., *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2009

Blanc E., *La nouvelle procédure civil*, Parigi, 1973

Blasco Soto C., *La nueva estructura (o desestructura) del proceso. La admisión de la demanda en el proceso civil (Ley 13/2009 de 3 de noviembre)*, in www.laleydigital.es, 21929/2009 (originariamente in *La Ley*, 2010, D-21)

Blasco Soto C., *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, **Jiménez Conde** coord., Murcia, 2002

Bonato G., *L'ambito di applicazione del procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e la nozione di controversia transfrontaliera*, in **Carratta A.** (a cura di), *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, Milano, 2007

Bonet Navarro J., in **Ortelles Ramos M.** (a cura di), *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed. Elcano (Navarra), 2004, p. 962 ss.

Bosco Maciel Junior J., *O processo monitorio na nova ley de enjuiciamiento civil espanhola*, in *CPC*, www.cpc.adv.br/doutrina

Bronzini M., *Automatismo elettronico nel nuovo decreto ingiuntivo tedesco*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987

Bun Soria J., *El proceso monitorio*, in *Revista de Tribunales*, 1932, p. 387 ss.

Cadiet L. – Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, 6° ed., Paris, 2009

Calamandrei P., *Il procedimento di ingiunzione nella legislazione italiana*, Milano, 1926

Carbone S. M., *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4 ed., Torino, 2006,

Carnelutti F., *Nota intorno alla natura del procedimento monitorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, p. 271 ss.

Carnelutti F., *Istituzioni del processo civile italiano*, V ed., Roma, 1956, I

Carnelutti F., *In difesa del titolo ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 189 ss.

Carpi F., *L'ordine di pagamento europeo tra efficacia della tutela e garanzie della difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 688 ss.

Carpi F., *Dal riconoscimento delle decisione all'esecuzione automatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1136 ss.

Carranza Cantera, *Proceso monitorio y reclamación de intereses*, in *La Ley*, 2004, D-68, p. 1631 ss.

Carratta A., *Il nuovo procedimento ingiuntivo europeo fra luci ed ombre*, in **Carratta A.** (a cura di), *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, Milano, 2007

Casado Román, *La notificación edictal en el juicio monitorio*, in *Boletín de información del Ministerio de la Justicia*, 2007, n. 2003, p. 5049 ss.

Casado Román J., *Los intereses de demora en el procedimiento monitorio*, in www.laleydigital.es, 40141/2008 (originariamente in *La Ley*, 2008, D-298)

Cassese S., *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, p. 909 ss.

Cataldi M., *Il procedimento monitorio e l'opposizione a decreto ingiuntivo*, Milano, 2006

Chainais C. – Tapie G., *L'injonction de payer: maniement et remaniements*, in *Recueil Dalloz*, 2009, AL 860

Chéron A., *Variétés de quelques institutions allemandes de procédure maintenues e vigueur par le projet d'introduction de lois françaises*, in *R.D.T.C.*, 1923, p. 723 ss.

Chiarini M. M., *Questioni controverse in materia di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, II

Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 1928

Chiovenda G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1933, p. 3 ss.

Chiovenda G., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale civile* (ristampa), I, Milano 1993

Chiovenda G., *Germanesimo e romanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna 1993

Consejo General del Poder Judicial, *El Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1996

Consejo General del Poder Judicial dal titolo *Evolución de proceso monitorio*, la prima del maggio 2005 e la seconda del maggio 2007, in www.poderjudicial.es

Consejo general del poder judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, para facilitar en España la aplicación de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía*, in www.poderjudicial.es

Consejo General de los Procuradores de España, *VI jornada de juntas de gobierno, Reformas legislativas*, Gijón, 13-14 novembre 2009, in www.cgpe.es

Conte R., *La prova nel decreto ingiuntivo e nell'istanza di ingiunzione ex art. 186 ter*, (Relazione all'incontro di studio promosso dal CSM Frascati 4-6 giugno 1998)

Cordón Moreno, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor (Navarra), 2002

Correa Delcasso J. P., *El proceso monitorio en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 1998, D-91, p. 1901 ss.

Correa Delcasso J. P., *El proceso monitorio*, Barcellona 1998

Correa Delcasso J. P., *El juicio cambiario en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: análisis comparativo con el derecho alemán, naturaleza jurídica y consideraciones en tono a su futura incidencia práctica en el derecho español*, in *La Ley*, 1999, D-70, p. 1713 ss.

Correa Delcasso J. P., *El proceso monitorio de la nueva Ley de Propiedad Horizontal: indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial*, in *La Ley*, 1999, D-111, p. 2005 ss.

Correa Delcasso J. P., *El proceso monitorio en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, in *Revista Xurídica Galega, Actualidade Civil*, 2000, 271 ss.

Correa Delcasso J. P., *El proceso monitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2000

Correa Delcasso J. P., *Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del proceso monitorio*, in *La Ley*, 2002, D-180, 1481 ss.

Correa Delcasso J. P., *El auto despachando ejecución en el juicio monitorio*, in *Revista de derecho procesal*, 2007, p. 245 ss.

Correa Delcasso J. P., *El proceso monitorio europeo*, Barcellona, 2008

Cristofolini G., *Processo d'ingiunzione*, Padova, 1939

Dästner C., *Strafffreiheit und Prozessbetrug im automatisierten Mahnverfahren*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1976, p. 36 ss.;

De Cristofaro M., *Il principio del mutuo riconoscimento quale "via processuale" alla circolazione ed armonizzazione dei valori giuridici nello spazio giudiziario europeo: prospettive e limiti*, in **Carratta A.** (a cura di), *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, Milano, 2007

De La Llana Vicente M., *El proceso monitorio. Su regulación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 2000, D-144, p. 1645 ss.

De La Oliva Santos A., *Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil*, in *La Ley*, 1981, D-51, p. 930 ss.

De La Oliva Santos A., *El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, y la protección del crédito : ejecución provisional y proceso monitorio* in *La Ley*, 1999, D-57, p. 1641 ss.

De La Oliva Santos A, Díez-Picazo Giménez I., Végas Torres J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2000

De La Oliva Santos A., Díez-Picazo Giménez I., Végas Torres J., Banacloche Palao J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001

De La Oliva Santos A., *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, Milano, 2009

De La Vega García F., *Aspectos mercantiles de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 2000, D-172, p. 1954 ss.

De Stefano F., *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione* in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, II

Diana, A. G., *Il procedimento monitorio – Decreto ingiuntivo – Giudizio di opposizione – Recupero crediti per insoluto su estero*, Padova, 2008, p. XXIV-934

Díez-Picazo Giménez I., *La Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000

Díez-Picazo Giménez I., *Procedural Reform in Spain*, in AAVV, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, (N. Trocker – V. Varano Ed.), Torino, 2003

Domingo Manforte J. – Vinuesa Galiano M. L., *Tutela procesal y sustantiva del crédito. Procesos en reclamación de deudas*, in *Economist&Jurist*, n. 125, noviembre 2008

Endreo G., *La réforme de la procédure d'injonction de payer*, in *Dalloz*, 1981, *Cron.*, p. 319 ss.

Ercolani P., *Il procedimento monitorio spagnolo: una via rapida per il recupero crediti*, in *Rivista elettronica Bhilex*, sez. diritto processuale, 2002, www.digilander.it/bhilex

Estoup P., *La pratique des procédures rapides*, Parigi, 1990

Fairén Guillén J., *Juicio ordenario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo*, in *Temas de derecho procesal*, II, Madrid, 1969

Fairén Guillén J., *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas*, Madrid, 2000.

Fau G. – Debeaurain A., *De la compétence en matière d'injonction de payer*, in *Annales des loyers*, 1977, p. 80 ss.

Fernández Ballestreros M. A., *Comentarios a la LEC*, Barcellona, 2000

Fernández de Buján A., *El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial*, in www.laleydigital.es, 12358/2009 (originariamente in *La Ley*, 2009, D-209)

Festi F., *Buona fede e frazionamento del credito in più azioni giudiziarie*, in *Danno e resp.*, 2008

Fradeani F., *I presupposti per la concessione dell'ingiunzione di pagamento europea*, in **Carratta A.** (a cura di), *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, Milano, 2007

Frattini F., *European Area of Civil Justice - Has the Community Reached the Limits?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2006, p. 232 ss.

Fumagalli L., *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2006, p. 23 ss

Gallego Sánchez F., *Excepciones a la presentación de la prueba documental juntamente con la demanda o la contestación*, in www.laleydigital.es, 38791/2008 (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 52/2008)

Gambaro A. – Monateri P. G. – Sacco R., voce *Comparazione giuridica* in *Digesto IV*, sez. civ., vol. III, Torino, 1988

Garbagnati E., *Preclusione "pro iudicato" e titolo ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 302 ss.

Garbagnati E., *Il procedimento d'ingiunzione*, Giuffrè, Milano, 1991

Garberi Llobregat J., *Los procesos cambiario y monitorio en el Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *Tribunales de Justicia*, n. 7/1998, p. 721 ss.

Garberi Llobregat J., *Caracteres esenciales del nuevo Proceso Civil Monitorio [artículos 812-818 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34 y 962), de Enjuiciamiento Civil*, in *www.westlaw.es*, 2000/1154 (originariamente in *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, 14/2000)

Garberi Llobregat J., *El cobro ejecutivo de las deudas en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2006, II

García Sánchez, *El proceso monitorio*, in *Revista internauta de práctica jurídica*, 2004, 13

García-Villarrubia Bernabé M., *La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil*, in *Homenaje al Profesor Don Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, numero extraordinario, 2006, p. 47 ss.

Gascón Inchausti F., *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Cizur Menor, 2005, p. 29

Giacalone G. – Caccaviello C., *Decreto ingiuntivo non opposto e ambito del giudicato*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 1162 ss.

Gimeno Sendra V., *Causas Históricas de la ineficacia de la Jisticia. Ponencia Internacional a la 8º Conferencia de Derecho Procesal*, in *Justice and Efficiency*, I, Utrecht, 1989

Gimeno Sendra V., *Observaciones al proyecto de ley de enjuiciamiento civil desde el derecho procesal europeo*, in *La Ley*, 1999, D-41, p. 1794 ss.

Glasson E. – Tissier A., *Procédure civile*, Parigi, 1926

Gómez Amigo L., *La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español*, in *Actualidad Civil*, 4/1999, p. 1175 ss.

Gómez Amigo L., *El proceso monitorio europeo*, Cizur Menor, 2008.

Gómez Martínez C., *El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y Europa*, in *La Ley*, 1999, D-183, p. 1573 ss.

Gómez Martínez C., in **AA. VV.**, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2001, III

Gómez Orbaneja J., *Derecho Procesal Civil*, 8º Ed., Madrid, 1979

González Cano M. I., *Aproximación al Reglamento (CE) 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo*, in *Unión Europea Aranzadi*, octubre 2007, p. 5 ss.

González López R., *Sobre la debatida naturaleza del procedimiento monitorio*, in *Boletín jurídico Derecho.com*, gennaio 2002, www.derecho.com

Guasp D., *Vieja y nueva terminología en el proceso civil*, in *Revista de derecho procesal*, 1946, p. 81 ss.

Guinchard E., *La procédure civile européenne est née. Vive le créancier ! Présentation de l'injonction de payer européenne et de la procédure pour les demandes de faible importance*, in **De Leval G. –Georges F.** (a cura di) *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl*, Anthémis (Belgio), 2007

Guinchard E., *L'Europe, la procédure civile et le créancier: l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges*, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 3/2008, p. 465 ss.

Gutiérrez Alviz Conradí F., *Actualidad del procedimiento monitorio civil*, in *Jornadas para la reforma del Proceso civil*, Madrid, 1990

Gutiérrez de Cabiedes E., in *Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España*, in *Estudios de derecho procesal*, Pamplona, 1974

Hinojosa Segovia R., *La nueva ley de Enjuiciamiento Civil española*, in *Revista de derecho procesal*, 2000, p. 377 ss.

Illescas Rus, *Notas sobre los procesos monitorio y cambiario en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 1998, D-113, p. 2018 ss.

Jauernig O., *Zivilprozessrecht*, München, 2007

Kropholler J., *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar*, Frankfurt a. M., 2005

Lacueva Bertolacci R., *Los Secretarios Judiciales y la ejecución civil: la reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial*, in www.laleydigital.es, 12359/2009 (originariamente in *La Ley*, 2009, D-208)

Lagarde X., *Réformer l'injonction de payer. Défense d'une proposition*, in www.lexisnexis.com

Lanfranchi L., *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 88 ss.

Leanza P. – Paratore E., *Il procedimento per decreto ingiuntivo*, Torino, 2008, pp. 120-125

López Sánchez J., *El proceso monitorio*, Madrid, 2000

López Sánchez J., *Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España : la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social*, in www.laleydigital.es, 58/2008 (originariamente in *La Ley*, 2008, D-15)

Lorca Navarrete A. M., *El proceso monitorio*, in *El proceso civil y su reforma*, Madrid, 1998

Lorca Navarrete A. M., *La solución jurisprudencial acerca del tipo de técnica monitoria que adopta la LEC 1/2000* in *La Ley*, 2002, D-48, p. 1781 ss.

Lorca Navarrete A. M., *La propuesta de técnica monitoria del reglamento del parlamento europeo por el que se establece un proceso monitorio europeo*, in *Actualidad jurídica Aranzadi*, 763/2008, p. 1 ss.

Luiso F. P., *Diritto Processuale Civile*, 5° ed., Milano, 2009, IV, p. 121 ss.

Lupoi M. A., *Di crediti non contestati e procedimenti d'ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, I

Maffuccini M., *Chi notifica non acconsente: ovvero non si forma giudicato sulla parte di domanda no accolta nel decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 2006

Magro Servet V., *Los juzgados dispondrán de impresos de demanda para los juicios verbales (menos de 150.000 pesetas) monitorio*, in *La Ley*, 1999, D-256, p. 1999 ss.

Magro Servet V., *Hacia un proceso monitorio común europeo*, in *La Ley*, 2002, D-94, p. 1766 ss.

Magro Servet V., *¿Intervención de procurador o apoderado en el proceso monitorio?*, in www.laleydigital.es, 40955/2008 (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 55/2008)

Magro Servet V., *Algunas modificaciones introducidas en el monitorio de la LEC y situación actual del proceso monitorio*, in www.laleydigital.es, 1094/09 (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 59/2009)

Magro Servet V., *Las reformas del proceso monitorio en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y ley 19/2009, de 23 de noviembre*, in www.laleydigital.es, 671/2010 (originariamente in *Práctica de tribunales*, 69/2010)

Magro Servet V., *Análisis práctico de la reforma procesal civil por la Ley 13/2009, de 23 de noviembre, de la Oficina Judicial*, in www.laleydigital.es, 333/2010 (originariamente in *La Ley*, 2010, D-57).

Mandrioli C., *Corso di diritto processuale civile – editio minor*, Torino, 2006, III

Marcías Rodríguez C., *El proceso monitorio*, in *Colegio de Abogados de las Palmas*, setiembre 2001, www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb

Marinelli M., *Note sul regolamento CE n. 1896/2006 in tema di procedimento ingiuntivo europeo*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, Tomo I

Martínez De Santos A., *El nuevo papel del Secretario judicial en la tramitación de los procedimientos civiles*, in www.laleydigital.es, 669/2010 (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 69/2010)

Mas D., *Injencion de payer*, in *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Parigi, 1997

Mateu Alvaro C., *Regulación del proceso monitorio en la actual Ley de enjuiciamiento Civil*, in *www.westlaw.es*, 2008/30 (originariamente in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.745/2008)

Miguet J., *Procédures particulières. Procédure d'injonctions de payer*, *JurisClasseur*, in *Rép. Proc. Civ.*, Parigi, 1982, fasc. 990.

Milan D., *L'ingiunzione di pagamento europea*, in **Bonomi A.** (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009

Ministerio de la Justicia, *La nueva oficina judicial y el nuevo modelo procesal*, in *Boletín de información del Ministerio de la Justicia*, Febbraio 2010, p. 13 ss.

Montero Aroca J., *La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo*, in *Revista de Derecho Procesal*, 1993, p. 269 ss.

Montero Aroca J., *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli 2002

Montserrat Molina, *El proceso monitorio. Cuestiones procesales desde el punto de vista práctico*, in *www.laleydigital.es*, 2022/2004 (originariamente in *Práctica de tribunales*, 1/2004)

Mortara, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1926, *Appendice: La competenza civile dei pretori e dei conciliatori, il procedimento per ingiunzione.*

Moxica Román J., *El proceso monitorio de la Ley 1/2000 (RCL 2000, 34 y 962)*, in *www.westlaw.es*, 2000/1316 (originariamente in *Repertorio de jurisprudencia*, 25/2000)

Olivieri G., *Il titolo esecutivo europeo (qualche considerazione sul Reg. 805/2004 del 21 aprile 2004)*, in *www.judicium.it*

Ortelles Ramos M., *Verso un nuovo processo civile in Spagna: l' "Anteproyecto" di legge sul processo civile del 1997*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 993-1020

Ortelles Ramos M. (coord.), *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor (Navarra), 2007

Pani M., *Il valore di prova scritta di una e-mail: la giustizia inizia a porsi al passo coi tempi*; (Nota a decr. Trib. Cuneo 15 dicembre 2003 n. 848), in *Giurisprudenza di merito*, 2005, p. 560 ss.

Padura Ballesteros F., *Los intereses procesales por demora*, Madrid 1999

Pastorelli F., *Rilevabilità della nullità della clausola compromissoria in sede di impugnazione del lodo*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 8/9, pp. 875-883

Perarnau Moya J., *La base documental del proceso monitorio: necesidad de documentos originales o admisibilidad de las copias* in *La Ley*, 2007, D-277

Perarnau Moya J., *Monitorio: problemas procesales relativos a la pluralidad de demandados y sus distintas posturas defensivas*, in *La Ley*, 2008, D-349

Pérez-Olleros Sánchez-Bordona F. J., *¿Cabe la acumulación subjetiva de acciones o el litisconsorcio pasivo en el procedimiento monitorio ordenario?*, in *La Ley*, 2003, D-108, p. 1382 ss.

Pérez Ragone A. D., *En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales*, in *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. XIX, n. 1, julio 2006, p. 205 ss.

Pérez Ureña A. A., *El proceso monitorio para la reclamación dineraria por las comunidades de propietarios*, in *www.westlaw.es*, 2002/1119 (originariamente in *Aranzadi Civil*, 9/2002)

Peréz Ureña A. A., *¿Es preceptiva la jura de cuentas, o pueden los abogados y los procuradores acudir al proceso monitorio para hacer efectivo el crédito frente a su cliente?* *Práxis judicial*, in *www.laleydigital.es*, 19976/2009 (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 65/2009)

Pérez Ureña A. A., *¿Es posible acumular nuevas cuotas de gastos comunes en la fase de ejecución tras un proceso monitorio?* *Praxis judicial*, in

www.laleydigital.es, 19335/2009 (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 64/2009)

Pérez Ureña A. A., *¿En el juicio declarativo posterior al monitorio, cabe alegar razones o motivos distintos a los expuestos en el escrito de oposición?* *Praxis judicial*, in www.laleydigital.es, 12505/2009 (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 62/2009).

Perrot R., atti del *Congrès de La Baule* 1994

Perrot R., *Injonction de payer. Condition d'application : créance de nature contractuelle (nature de la sanction)*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1986

Perrot R., *Il procedimento per ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1986

Perrot R., *La procédure d'injonction de payer*, *Congrès de La Baule*, in *Revue des Huissiers de Justice*, 1988, p. 416 ss.

Pezzuti A. A., *Casi e questioni controverse in materia di opposizione a decreto ingiuntivo*, in appinter.csm.it/incontri/vis_relaz_inc.php?&ri=NTE00A%3D%3D

Picciotto A. – Carlisi M., *Entra in vigore il Regolamento n. 1896 del 2006: la competitività del sistema Europa passa anche attraverso la rapida esazione dei crediti transfrontalieri*, in www.dejure.giuffre.it/psixshared/temporary/ftmp122203847.htm (originariamente in *Giur. merito*, 2010, 2, p. 304 ss.).

Piccinnini L., *Pendenza del procedimento di ingiunzione, effetti della domanda e criterio di prevenzione* in *Riv. dir. proc.*, 6/2008, p 1759 ss.,

Picó I Junoy J., *Los requisitos constitucionales del emplazamiento edictal y la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, p. 721 ss.

Picó I Junoy J., *La interpretación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *La Ley*, 2002, D-162, p. 1879 ss.

Picó I Junoy J., *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 65 ss.

Picó I Junoy J.– Adán Domenech F., *La Tutela Judicial del Crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario*, Barcellona, 2005

Picó I Junoy J.– Adan Domenech F., *Los procesos monitorio y cambiario: estudio comparativo jurisprudencial*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, p. 1129 ss.

Picó I Junoy J. – Adán Domenech F., *La Tutela Judicial del Crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario*, Barcellona, 2005

Plòsz A., *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Lipsia, 1880

Pocar F., *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano 1986

Porcelli G., *La nuova proposta di procedimento i.p.e.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006

Porcelli G., *Ingiunzione di pagamento europea e “mercato interno”: un concetto da riformare?*, in **Carratta A.** (a cura di), *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, Milano, 2007

Prieto Castro L., *La jura de cuentas en general y aplicada a profesionales no jurídicos*; in *Revista de derecho procesal*, 1948, p. 551 ss.

Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006

Proto Pisani A., *L'ingiunzione europea di pagamento nell'ambito della tutela sommaria in generale e dei modelli di procedimenti monitori in specie*, in *Il giusto processo civile*, 1/09, p. 181 ss.

Profesores de Derecho Procesal, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, II*, Madrid, 1974

Quadri R. - Monaco R. - Trabucchi A. (dir.), *Commentario, Trattato istitutivo della Comunità economica europea* Milano, 1965

Ramos Méndez F., *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcellona, 2000

Rappor au Premier Ministre, Décret du 12 mars 1981, in *JurisClasseur Périodique*, 1981, numero speciale 3 bis

Redenti E. – Vellani M., *Diritti processuale civile*, Milano, 1999, III

Rodríguez Tirado M., *Las funciones procesales del Secretario Judicial*, Barcellona, 2000

Rognetta G., *Decreti ingiuntivi basati su e-mail: la configurabilità della firma elettronica ai fini della prova scritta*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, p. 34 ss.

Romano A. A., *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, Milano, 2009

Ronco A., *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000

Ronco A., *Ingiunzione (procedimento di)*, in *Il diritto – Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. II

Rose W. – Sime S. – French D. Ed., *Blackstone's Civil Practice*, Oxford, 2008

Rosenberg L. – Schwab K. H. – Gottwald P., *Zivilprozessrecht*, München, 2004

Sacco R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992

Ruiz Moreno J. M., *El proceso monitorio europeo: algunas dudas interpretativas que suscita su aplicación en convivencia con el monitorio de la LEC/2000 (1)*, in www.laleydigital.es, 10937/2009 (originariamente in *Práctica de Tribunales*, 59/2009).

Saez Comba J. M., commento all'AAP Valladolid, 26.3.2001, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, n. 3/2001, p. 561 ss.

Saint-Cricq A., *La procédure de injonction de payer*, thèse Paris II, 1977

Salas Carceller A., *Problemas prácticos del proceso monitorio*, in www.westlaw.es, 2009/190 (originariamente in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1/2009)

Salerno F., *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, 2000

Salmè G., *Aspetti problematici del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, II

Sánchez-Pego F. J., *Reflexiones constitucionales sobre la reforma procesal de 2009*, in www.westlaw.es, 2009/1666 (originariamente in *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2009/783)

Satta S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1987

Segni A., *Il procedimento intimatorio in Italia*, in *Riv. dir. priv.*, 1927, p. 310 ss.

Segni A., *El procedimiento intimatorio en Italia*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1965

Segni A., *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1965 , Vol. II (originariamente, in *Studi sassaresi*, III, 1924, e IV, 1925)

Seoane Cacharrón J., *Configuración del Secretario Judicial como director de una moderna Oficina Judicial, soporte del nuevo modelo de proceso*, in *Materiales para una Reforma procesal*, Madrid, 1991

Serra Domínguez M., *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación*, in *Justicia*, 1987, p. 309 ss.

Serra Domínguez M., *La ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcellona, 2001

Serra Domínguez M., *Prueba documental*, in *Instituciones del nuevo proceso civil, comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Barcellona, 2000

Silvestri C., *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005

Silvis C., *La prova del contenuto della raccomandata dopo la sentenza delle Corte di cassazione 12/5/2005, n. 10021*, in www.altalex.com

Silvosa Tallón J. M., *La respuesta jurisprudencial antes los problemas surgidos en el proceso monitorio*, in *Revista internauta de práctica jurídica*, 2008, 21, p. 31 ss.

Skedl A., *Das Mahnverfahren*, Lipsia, 1891

Solus H. – Perrot R. *Procédures de injonction*, in *Droit judiciaire privé*, Ed. Dalloz, Parigi, 1991

Tarzia G., *Modelli europei per un processo civile uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 947 ss.

Tarzia G., *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 918 ss.

Tedoldi A. – Merlo C., *L'opposizione a decreto ingiuntivo*, in **Capponi B.** (a cura di), *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2005

Tellez Lapeira A., *Problemas prácticos en la atribución de la competencia territorial en el proceso monitorio*, in www.laleydigital.es, 1700/2002 (originariamente in *La Ley*, 2002, D-114)

Tizzano A., *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 141 ss.

Tomás y Valiente F., *Estudio Histórico-jurídico del proceso monitorio* in *Revista de Derecho Procesal*, 1960, p. 33 ss.

Tomei G., voce *Procedimento d'ingiunzione*, in *Digesto civ.*, XXIV, Torino, 1996

Tome García J., *El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento civil*, in *Revista de derecho procesal*, 2000, p. 443 ss.

Toribios Fuentes F., *El proceso monitorio*, *Revista Web Icalpa*, 2000, www.der.uva.es/procesal/monitorio.htm

Tota G., *Il procedimento per ingiunzione: profili storici e di diritto comparato*, in **Capponi B.** (a cura di), *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2005

Trigo Sierra E. – Capilla A., *Un paso más hacia la construcción de un espacio europeo de justicia. El proceso monitorio europeo*, in www.vilex.com/vid/468804 (originariamente in *Actualidad jurídica (Uría & Menéndez)*, n. 19, aprile 2008)

Trocker N. – Varano V., *Opening Remarks*, in AAVV, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, (**N. Trocker – V. Varano** Ed.), Torino, 2003

Vagliasindi M. G., *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione* in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, II

Valitutti A., *I requisiti speciali di ammissibilità del decreto ingiuntivo: oggetto e documentazione, con particolare riferimento alle applicazioni giurisprudenziali*, in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, vol. II

Valitutti A. – De Stefano F. (a cura di), *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2008

Vallines García E., *La preclusión en el proceso civil*, Madrid, 2004

Vallespín Pérez D., *El fraude procesal a los efectos de la revisión. Especial consideración de la maquinación fraudulenta*, Barcellona, 2002

Vázquez Sotelo L., *Comentarios a la reforma de la LEC*, **Valentín Cortés** (coord.), Madrid, 1985

Verde G., *La tutela sommaria in generale: i procedimenti sommari non cautelari*, in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, vol. II

Verde V., *La prova nel procedimento ingiuntivo*, in **B. Capponi** (a cura di), *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2005

Vianello A., *Decreto ingiuntivo e giudicato*, in *Studium iuris*, 2006, p. 1049 ss.

Viatte J., *Le mandat ad litem*, in *Gazette du Palais*, 1976, p. 392 ss.

Weil P., *La nouvelle injonction de payer*, in *Gazette du palais*, 1981, p. 486 ss.

Zuckerman A., *Zuckerman on Civil Procedure*, 2nd ed., London, 2006

Zweigert K.– Kötz H., *Introduzione al diritto comparato, I – Principi Fondamentali*, Milano, 1998