



L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

rivista dell'esecuzione forzata

diretta da **ROMANO VACCARELLA**

2•2017

► edicolaprofessionale.com/REF

Rivista trimestrale - Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB/MI - ISSN 1590-6876

00217914



5-000002-179143



Wolters Kluwer

UTET
GIURIDICA

STRUMENTI E PROCEDURE PER IL RECUPERO CREDITI

a cura di Antonio Ivan Natali

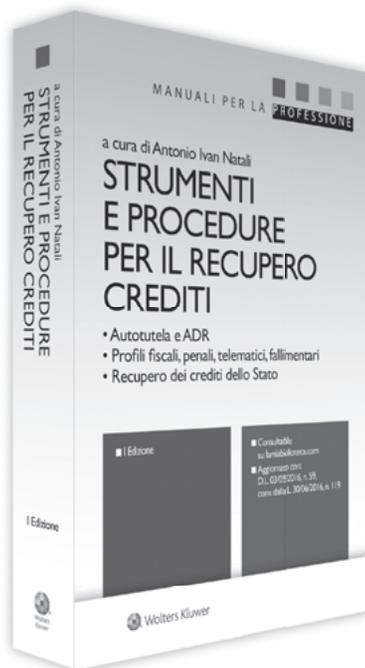
L'opera affronta il tema del recupero crediti così come disciplinato nei codici e nelle leggi speciali.

Il volume è suddiviso in due parti:

- la prima ha carattere generale, i temi trattati sono: gli strumenti di **autotutela del credito**, delle **adr**, dell'**opposizione al decreto ingiuntivo**, dell'**espropriazione forzata in generale** (presso il debitore, presso terzi, immobiliare, dei beni indivisi, contro il terzo proprietario), dell'**esecuzione per consegna o rilascio** e dell'**esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare**, delle **opposizioni**, del **debitore e del terzo nel processo esecutivo**, della **sospensione ed estinzione** del processo esecutivo e dell'**esecuzione forzata nei confronti della P.A.**
- la seconda monotematico: il recupero dei **crediti dello Stato**; gli **aspetti fiscali, telematici** (decreto ingiuntivo on line) e **penali** del recupero del credito; il recupero dei **crediti nelle procedure concorsuali**; la **crisi da sovraindebitamento**. Si dà conto dei più recenti interventi del legislatore (D.L. n. 59/2016 conv. in L. n. 119/2016) e della **giurisprudenza sia**
- **di merito che di legittimità.**

€ 72

Cod. 00216490



rivista dell'esecuzione forzata

Numero 2

Anno 2017

DIRETTORE

Romano Vaccarella

VICEDIRETTORE

Bruno Capponi

COMITATO SCIENTIFICO

Claudio Consolo, Massimo Fabiani, Francesco Paolo Luiso, Elena Merlin,
Giuseppe Miccolis, Girolamo Monteleone, Emilio Norelli, Giuseppe Olivieri, Renato Oriani, Roberto Preden, Achille Saletti, Fabio Santangeli, Bruno Sassani, Giuliano Scarselli,
Alfredo Storto, Paolo Vittoria

COORDINATORE

Roberta Tiscini

REDAZIONE GIUDIZIARIA

Luciana Barreca, Massimo Ferro, Roberto Fontana, Pasquale Liccardo,
Massimiliana Battagliese, Mario Montanaro, Alida Paluchowski, Anna Maria Soldi,
Augusto Tatangelo, Francesco Vigorito

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Remo Caponi, Claudio Cecchella, Sergio Chiarloni, Domenico Dalfino,
Marco De Cristofaro, Roberto Martino, Juan Montero Aroca, Andrea Panzarola,
Carmela Lucia Perago, Giuseppe Trisorio Liuzzi

SEGRETARIA DI REDAZIONE

Gabriella Tota

Direttore responsabile:

Antonella Loporchio

Registrata al n. 5389 della Cancelleria
del Tribunale di Torino in data 21 aprile 2000

© 2014 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione:

Ines Attorresi, Francesco Cantisani, Domenica Distefano
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)
Telefono: 02.82476881
e-mail: domenica.distefano@wolterskluwer.com

Composizione: Integra software services Pvt. Ltd

Stampa: GRAFICA VENETA S.p.A.
Via Malcantone, 2 - 35010 Trebaseleghe (PD)

UFFICIO ABBONAMENTI

Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti
Via Ostiense, 131/L - Palazzo Argonauta -
Corpo C1 - 6° piano - 00154 Roma, telefono:
199.100.120

(costo massimo € 0,1449 al minuto da rete fissa
senza scatto alla risposta e da rete mobile legato
all'operatore utilizzato)

Fax: 199.100.150

e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

Per comunicazioni con l'Ufficio Abbonamenti (cambio indirizzo, richiesta arretrati, ecc.), è utile indicare il codice cliente.

ABBONAMENTO 2017

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 152,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 138,00 + IVA 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 304,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 138,00 (esente IVA)

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si rinnovano automaticamente, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Strada 1 Palazzo F6, 20090 Milanofiori Assago (MI), oppure a mezzo PEC all'indirizzo contact@wkicert.it.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

Le versioni digitali sono consultabili online su www.edicolaprofessionale.com/REF, tablet e smartphone scaricando l'App Edicola professionale.

Le richieste potranno essere inoltrate alle Agenzie operanti sul territorio nazionale oppure a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a Wolters Kluwer Italia Srl - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI) - utilizzando le seguenti modalità:

- Conto Corrente Postale 54738745

- Conto corrente Bancario 615222314167
INTESASANPAOLO - AG. ROMA intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. IBAN IT32K0306905070615222314167

Importante: indicare la causale del versamento

Servizio Clienti: tel. 02.824761 e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Le opinioni presenti nei contenuti pubblicati sulla Rivista sono libera espressione del pensiero degli Autori e non impegnano in alcun modo l'Editore.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che la riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un fax al numero: 02.82.476.403.

INDICE SOMMARIO

ESPERIENZA E RICERCA

M. BOVE, <i>L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative</i>	281
S. PAGLIANTINI, <i>Ancora sull'art. 2929-bis c.c. (nel canone di Mauro Bove): è vero ma... (l'opinione del civilista e la "crisi" della fattispecie)</i>	303

OPINIONI E COMMENTI

B. CAPPONI, <i>Ordinanze decisorie "abnormi" del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive</i>	317
--	-----

GIURISPRUDENZA COMMENTATA

Cass., Sez. III, 28 ottobre 2016, n. 21957 (ord.), con nota di G. MARMIROLI, <i>Al possibile vaglio delle Sezioni Unite l'opposizione alla cartella di pagamento in caso di omessa notifica del verbale di accertamento dell'infrazione del codice della strada</i>	333
Cass., Sez. III, 4 agosto 2016, n. 16281, con nota di D. MICALI, <i>(Ri)qualificazione della domanda di opposizione e impugnazione. Note a margine di un rinnovato diniego dell'opposizione all'esecuzione (e agli atti) prima della notifica del precetto</i>	344
Cass., Sez. III civ., 22 giugno 2016, n. 12877, con nota di D. AMADEI, <i>Spese condominiali e custodia nel pignoramento immobiliare</i>	367

RASSEGNA DELLE DECISIONI DELLA CASSAZIONE

a cura di Gabriella Tota

Cass., Sez. un., 20 gennaio 2017, n. 1545	379
Cass., Sez. III civ., 27 gennaio 2017, n. 2043	390
Cass., Sez. III civ., 28 febbraio 2017, n. 5037	391
Cass., Sez. III civ., 9 marzo 2017, n. 6022	402
Cass., Sez. VI -3 civ., 16 marzo 2017, n. 6836	405

ABBREVIAZIONI

Arbitrati e appalti	AA	Diritto commerciale (II)	DC
Archivio Centro elettronico documentazione presso la Cassazione	ACED	Diritto e giurisprudenza	DG
Archivio civile	AC	Diritto e giurisprudenza agraria e ambientale	DGA
Archivio della responsabilità civile	ARC	Diritto & Giustizia	DeG
Archivio delle locazioni e condominio	ALC	Diritto e lavoro nelle Marche	DL Marche
Archivio di diritto pubblico	ADP	Diritto e pratica commerciale	DPC
Archivio finanziario	AF	Diritto e pratica delle società	DPSoc
Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali	AGCSS	Diritto e pratica nell'assicurazione	DPA
Archivio giuridico delle opere pubbliche	AGOP	Diritto e pratica tributaria	DPT
Archivio penale	AP	Diritto e società	DS
Assicurazioni	As	Diritto ed economia dell'assicurazione	DEA
Assistenza sociale (I')	AS	Diritto e pratica Lavoro	DPLav
Avvocato	Avv	Diritto fallimentare	
Azienda pubblica	AP	(e delle società con merciali)	DF
Banca, borsa e titoli di credito	BBTC	Diritto industriale	DInd
Banca Impresa e Società	BIS	Diritto internazionale	DI
Bancaria	B	Diritto penale e processo	DPP
Banche e banchieri	BB	Diritto privato	DP
Bollettino tributario	BT	Diritto processuale amministrativo	DPrA
Cassazione penale	CP	Documenti Giustizia	DocG
Cassazione penale massimario annotato	CPMA	Economia	E
Civilista (II)	Civilista	Economia e credito	EC
Commissione tributaria centrale	CTC	Economia e lavoro	EL
Consiglio di Stato (II)	CS	Enciclopedia banca e borsa	EBB
Consiglio Nazionale del Notariato, Notizie	CNN, Notizie	Enciclopedia del diritto	Enc. dir.
Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e materiali	CNN, Studi e mat.	Enciclopedia giuridica	Enc. giur.
Contratti (I)	Contr	Europa e Diritto privato	EuDP
Contratto e impresa	CeI	Fallimento (II)	Fa
Corriere del Merito	CorM	Famiglia e diritto	Fam. e dir.
Corriere giuridico	CorG	Finanza locale (La)	FL
Corriere tributario	CoT	Fisco (II)	F
Corti di Bari, Lecce e Potenza	CBLP	Foro ambrosiano	FAmb
Danno e responsabilità	DResp	Foro amministrativo (II)	FA
Democrazia e diritto	DD	Foro amministrativo	
Difesa penale (La)	DP	del Consiglio di Stato (II)	FA CDS
Digesto IV ed.	Digesto/civ./ comm./pen./ pubbl.	Foro amministrativo del T.A.R. (II)	FA TAR
Diritti di famiglia e delle persone	DFP	Foro civile	FCi
Diritto (II)	D	Foro italiano (II)	FI
Diritto bancario	DB	Foro napoletano (II)	FN
Diritto d'autore (II)	DA	Foro padano (II)	FP
Diritto del lavoro	DL	Foro penale	FPe
Diritto dell'economia	DEc	Foro salernitano	FSal
Diritto dell'impresa (II)	DImp	Foro toscano	FT
Diritto dell'informazione e dell'informatica	DInf	Gazzetta Giuridica	GG
Diritto dell'Unione europea	DUE	Gazzetta tributaria	GT
Diritto delle regioni (II)	DR	Giornale di diritto amministrativo	GDAm
		Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali	GDLRI
		Giurisprudenza agraria italiana	GA
		Giurisprudenza amministrativa	GAm
		Giurisprudenza annotata di diritto industriale	GADI

VI

ABBREVIAZIONI

Giurisprudenza commerciale	GCo	Monitore dei tribunali (II)	MT
Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni civili	GCCC	Notariato	Not
Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni penali	GCCP	Notario (II)	N
Giurisprudenza costituzionale	GiC	Notiziario giuridico del lavoro	NGL
Giurisprudenza di merito	GM	Novissimo Digesto	NN.D.I.
Giurisprudenza italiana	GI	Nuova giurisprudenza civile commentata (La)	NGCC
Giurisprudenza napoletana	GNap	Nuova rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza	NR
Giurisprudenza toscana	GTosc	Nuova rivista tributaria	NRT
Gius	GIUS	Nuove leggi civili commentate (Le)	NLCC
Giustizia a Milano	GMil	Nuovo Digesto	N.D.I.
Giustizia amministrativa	GAm	Nuovo diritto (II)	ND
Giustizia civile	GC	Nuovo diritto fallimentare	NDF
Giustizia civile - massimari Corti di Appello	GCMA	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro	OGL
Giustizia civile, Massimario	GC Mass.	Politica del diritto	PD
Giustizia penale (La)	GP	P.Q.M.	PQM
Giustizia tributaria	Giust. trib.	Previdenza sociale	PS
Giusto processo civile (II)	GPC	Quaderni costituzionali	Quad. C
Guida al diritto	GDir	Quaderni giustizia	Quad. G
Guida al lavoro	GuLav	Quaderni semestrali del Consiglio Nazionale del Notariato Quad.	CNN
Il consulente dell'impresa	I	Quadrimestre	Q
Il quotidiano giuridico	Quod. G	Questioni giustizia	QG
Immobili e proprietà	Imm. e Prop.	Rassegna dell'Avvocatura di Stato	RAS
Impresa, ambiente e pubblica amministrazione	IA	Rassegna dell'equo canone	REquo
Indice penale	IP	Rassegna di diritto civile	RassDC
Informatore Pirola	Ipi	Rassegna di diritto farmaceutico	RassDF
Informazione previdenziale	Ipr	Rassegna di diritto pubblico	RDP
Iura	Iura	Rassegna di giurisprudenza del lavoro nel Veneto	RGL Ven
Iustitia	I	Rassegna Forense	RF
Jus	J	Rassegna locazioni	RLoc
Lavoro '80	L80	Rassegna tributaria	RT
Lavoro nella giurisprudenza (II)	LG	Regioni (Le)	Re
Legalità e giustizia	LeG	Repertorio generale annuale - Foro italiano	RFI
Leggi (Le)	L	Repertorio generale annuale - Giurisprudenza italiana	RGI
Legislazione e giur. tributarie	LGT	Repertorio giustizia civile	RGC
Legislazione fiscale italiana (La)	LFI	Responsabilità civile e previdenza	RCP
Legislazione italiana	LI	Risparmio (II)	R
Legislazione penale	LP	Rivista amministrativa	Ram
Lex	Lex	Rivista bancaria	RB
Massimario amministrativo	MA	Rivista critica del diritto privato	RCDP
Massimario annotato della Cassazione penale	MACP	Rivista critica di diritto del lavoro	RCDL
Massimario della Cassazione civile	MCC	Rivista critica di diritto e giurisprudenza	RCDG
Massimario della Cassazione penale	MCP	Rivista degli infortuni e delle malattie professionali	RI
Massimario completo della giurisprudenza del Consiglio di Stato	MConsSt	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni	RDCo
Massimario del Foro italiano (II)	MFI	Rivista del diritto privato	RiDP
Massimario della giurisprudenza delle imposte	MGImp	Rivista del diritto processuale penale/civile	RDPC
Massimario della giurisprudenza italiana	MGI	Rivista del notariato	RN
Massimario della giustizia civile	MGC	Rivista dell'arbitrato	RA
Massimario della rivista di diritto del lavoro	ML	Rivista dell'esecuzione forzata	REF
Massimario delle decisioni penali	MP	Rivista della Corte dei Conti	RCC
Massimario di giurisprudenza del lavoro	MGL	Rivista delle Cancellerie	RCanc
Massime (Le)	M	Rivista delle società	RS
Mondo giudiziario (II)	MG		

ABBREVIAZIONI		VII	
Rivista di diritto agrario	RDA	Rivista italiana di diritto penale	RIDP
Rivista di diritto civile	RDC	Rivista italiana scienze giuridiche	RISG
Rivista di diritto del lavoro	RDL	Rivista penale	RPE
Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze	RDF	Rivista penale dell'economia	RP
Rivista di diritto industriale	RDI	Rivista trimestrale degli appalti	RTAp
Rivista di diritto internazionale	RDIIn	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile	RTPC
Rivista di diritto internazionale privato e processuale	RIPP	Rivista trimestrale di diritto pubblico	RTDP
Rivista di diritto ipotecario	RDIp	Sentenze e ordinanze della Corte Costituzionale	SCC
Rivista di diritto matrimoniale e dello stato delle persone	RDMP	Settimana della cassazione	SC
Rivista di diritto processuale	RDPPr	Settimana giuridica	SG
Rivista di diritto pubblico	RDPu	Società (Le)	Soc
Rivista di legislazione fiscale	RLF	Società e diritto	SD
Rivista giuridica del lavoro		Sole 24 ore (II)	SO
e della previdenza sociale	RGLav e Prev Soc	Stato civile italiano	SCI
Rivista giuridica dell'ambiente	RgAmbiente	Studium Iuris	SI
Rivista giuridica dell'edilizia	RGEdilizia	Temi	T
	Prev Soc	Temi Romana	TR
	RGsarda	Trasporti	Tr
Rivista giuridica sarda		Tribunale amministrativo regionale	TAR
Rivista giuridica tributaria	RGTTr	Toscana giur.	ToscG
Rivista italiana di diritto commerciale	RIDC	Urbanistica e appalti	UA
Rivista italiana di diritto del lavoro	RIDL	Vita notarile	VN
Rivista italiana di diritto e procedurapenale	RIDPP		

ESPERIENZA E RICERCA

MAURO BOVE

L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Sui presunti effetti sostanziali. – 3. Natura dell'azione. – 4. Sul riferimento alla "sentenza dichiarativa di inefficacia". – 5. Sulle opposizioni esecutive. – 6. Segue: su alcune difese del creditore opposto. – 7. Vicende successive alla conclusione del fenomeno esecutivo.

1. Introduzione.

Scopo del presente lavoro è quello di tornare a riflettere sull'art. 2929-bis c.c.⁽¹⁾ affrontando il gruppo di tematiche che si affollano sul crinale che corre tra azione esecutiva e azioni dichiarative. Non mi occuperò, quindi, di stabilire che cosa si intenda per atto a titolo gratuito né di indagare le diverse questioni che emergono a proposito dello spinoso tema del concorso tra i creditori del comune debitore o del concorso tra i creditori del comune debitore e quelli dell'avente causa da quel debitore⁽²⁾, ipotizzando nel prosieguo una situazione soggettivamente ed oggettivamente semplice ossia la relazione tra il creditore procedente, il suo debitore e l'avente causa a titolo gratuito da costui, se viene in gioco un atto di trasferimento del bene, ovvero, nel caso che invece venga in gioco l'atto di costituzione di un vincolo di indisponibilità che non comporti il trasferimento del bene a terzi, un possibile beneficiario, se vi sia.

Le domande di fondo da cui partire sono quindi le seguenti: 1) siamo di fronte ad una norma che produce effetti sostanziali? 2) In essa è disciplinata un'azione esecutiva oppure una peculiare azione dichiarativa o

⁽¹⁾ Tema di cui mi sono già occupato, se così possiamo dire, "a prima lettura" e con una prospettiva più ampia in *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, in questa *Rivista*, 2016, 157 ss., al quale farò ampi rinvii per evitare di ripetere qui ragionamenti già svolti. In riferimento alla dottrina cercherò di limitare le citazioni ai soli studi pubblicati successivamente a quello scritto, al quale rinvio fin d'ora per l'indicazione dei commenti pubblicati precedentemente.

⁽²⁾ Temi sui quali rinvio a quanto ho già detto in *op. cit.*, 169 ss.

ancora una sorta di intreccio tra di esse? 3) Quali sono le azioni dichiarative che con essa si possono, per così dire, bypassare? 4) Quali sono le azioni dichiarative ipotizzabili in pendenza di un processo esecutivo instaurato in applicazione dell'art. 2929-*bis* c.c.? 5) Quali sono le possibili vicende dichiarative successive alla conclusione del fenomeno esecutivo?

Anche di queste tematiche mi sono già occupato in altra sede. Tuttavia, credo che sia utile tornare su di esse per valutare la tenuta di quanto già mi sono sentito di affermare in precedenza, non tanto a fronte di dati giurisprudenziali che per il momento latitano, quanto a fronte di un dibattito dottrinario che non accenna a chetarsi né a trovare approdi condivisi e certi.

2. *Sui presunti effetti sostanziali.*

Si rintraccia nella dottrina l'affermazione per cui l'art. 2929-*bis* c.c. altererebbe le normali regole sulla responsabilità patrimoniale. Se da queste, alla luce degli artt. 2740, 2910 e 2912 ss. c.c., emergono i principi per cui il debitore risponde con i beni a lui appartenenti al momento del pignoramento⁽³⁾, nonché con beni sui quali insiste un diritto reale di garanzia a favore del suo creditore ovvero beni che siano stati oggetto di una vittoriosa azione revocatoria, l'articolo ora in commento farebbe rientrare nella garanzia patrimoniale anche un bene che sia stato oggetto di un atto di disposizione compiuto prima del pignoramento. Insomma, con l'art. 2929-*bis* c.c. si derogherebbe alla regola per cui solo gli atti successivi al pignoramento non sono opponibili al creditore precedente, emergendo qui un caso in cui, invece, sarebbe inopponibile al creditore precedente appunto un atto compiuto su una *res* non ancora pignorata⁽⁴⁾, una sorta di inefficacia *ex lege*, ovviamente collegata alla sussistenza delle condizioni previste, tra cui spiccano la gratuità dell'atto e la tempestività della trascrizione del pignoramento⁽⁵⁾.

(3) Non stiamo a precisare cosa significhi tecnicamente riferirsi al "momento" del pignoramento: si tratta qui di richiamare tutta la sistematica attinente agli effetti sostanziali del pignoramento, che, come è noto, sono ampiamente disciplinati attingendo alle diverse regole di circolazione dei diversi tipi di beni. Sia ancora concesso il rinvio a BOVE, *Dell'espropriazione*, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile, Della tutela dei diritti*, a cura di Bonilini-Chizzini, Milano, 2016, *sub* artt. 2910, 2913, 2914.

(4) Così, ad esempio, VIOLANTE, *L'esecuzione forzata senza revocatoria di cui all'art. 2929-bis c.c. introdotto con il d.l. 27-6-2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6-8-2015, n. 132*, in questa *Rivista*, 2015, 588 ss., spec. 599.

(5) Si veda, successivamente al mio *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929-bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale*

A mio avviso, confermando quanto ho già detto in altra sede⁽⁶⁾, qui la dottrina prende un abbaglio, confondendo le regole del processo esecutivo con le regole sostanziali che presidono alla liceità dell'espropriazione forzata, ossia alla giustizia dell'esecuzione dal punto di vista del suo oggetto.

Sul piano del diritto sostanziale il creditore si soddisfa giustamente solo se a questo fine vengono utilizzati beni a fronte di lui responsabili, area questa che si perimetra secondo regole sostanziali che tuttavia non rilevano all'interno dell'attività esecutiva, bensì solo nell'ambito di un (eventuale) processo dichiarativo instaurato in collegamento al processo esecutivo. Se prendiamo in considerazione il principio di base, tratto dall'art. 2740 c.c., per cui il debitore risponde con beni che gli appartengono, possiamo certamente affermare che l'attività espropriativa non inizia né procede verificando la sussistenza in concreto di quella appartenenza. Questo profilo sostanziale è del tutto irrilevante nell'ambito dell'attività esecutiva, la cui ritualità si fonda sulla sussistenza di quelli che ben sono stati definiti come "indici di appartenenza", che in sé sono solo concetti di diritto processuale e non di diritto sostanziale⁽⁷⁾.

Insomma, se gli organi esecutivi procedono verificando solo i presupposti processuali del loro agire, l'interessato a far valere una discrasia tra piano sostanziale e piano processuale deve porsi al di fuori del processo esecutivo ed instaurare un processo dichiarativo per far valere i profili sostanziali della vicenda, quindi l'ingiustizia dell'esecuzione per il suo oggetto⁽⁸⁾.

Ora, l'art. 2929-bis c.c. non altera in alcun modo il piano sostanziale, ma fornisce solo un ulteriore indice di responsabilità che, se si vuole, permette una più ampia utilizzabilità processuale dell'azione esecutiva, ma non una sua più ampia liceità sul piano sostanziale.

e deterrenza, in corso di pubblicazione in *EuDP*, par. 1.1, che ho potuto consultare per la cortesia dell'autore; DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, *NLCC*, 2016, 431 ss., che (a p. 447) parla di una attenuazione degli effetti sostanziali dell'atto a titolo gratuito; METAFORA, *L'azione revocatoria semplificata di cui all'art. 2929 bis c.c.*, *GPC*, 2016, 849 ss., che (a p. 853) parla di inefficacia temporanea e relativa *ex lege*; CAMPI, *Il nuovo art. 2929-bis c.c. tra inefficacia presunta, espropriazione anticipata e libertà negoziale*, in questa *Rivista*, 2016, 383 ss., che (a p. 385) parla di una deroga ai principi generali in materia di efficacia contrattuale. Si vedano anche CARENA-DI SAPIO-GIANOLA, *L'applicazione intertemporale dell'art. 2929-bis c.c.*, in questa *Rivista*, 2016, 405 ss., i quali, pur giungendo ad una condivisibile soluzione del problema dell'efficacia nel tempo dell'art. 2929-bis c.c., sul quale poi torneremo, affermano (a p. 410) che la trascrizione del pignoramento produce l'inefficacia dell'atto gratuito.

⁽⁶⁾ Sempre in *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 159-160.

⁽⁷⁾ Vedi TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, 236 ss., 246 ss., 256 ss., 269 ss., 317 ss., 358 ss.

⁽⁸⁾ Rinvio a BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, 200 ss.

L'indice di responsabilità emerge quando si prevede che possa essere pignorato un bene che sia stato oggetto di un atto di trasferimento a titolo gratuito ovvero di un atto di costituzione di vincolo di indisponibilità successivamente all'insorgere del credito, sempre che il pignoramento sia trascritto entro un anno dalla trascrizione dell'atto negoziale. Se si verificano queste condizioni accade solo che il creditore possa procedere esecutivamente sul bene coinvolto: altro è che ciò sia giusto ossia lecito sul piano sostanziale!

Invero, è evidente che se in concreto non vi siano le condizioni sostanziali per ritenere inefficace a fronte del creditore procedente quel certo atto negoziale, l'espropriazione in corso sia ingiusta, perché ha aggredito un bene non sostanzialmente responsabile. Altro è che ciò possa emergere solo ove l'interessato proponga un'opposizione esecutiva di merito, cosa che, però, è del tutto rispondente alla normale logica dei rapporti tra esecuzione e cognizione.

In base a questa impostazione si può, ad esempio, dire che l'art. 2929-*bis* c.c., in quanto appunto norma processuale, è applicabile pure se vengono coinvolti beni che siano stati oggetto di atti dispositivi a titolo gratuito compiuti prima del 27-6-2015⁽⁹⁾.

Peraltro a tal proposito è stata ben confutata anche l'idea secondo la quale l'opposta soluzione dovrebbe fondarsi su una generica tutela dell'affidamento di coloro che abbiano acquisito (prima) beni a titolo gratuito. Invero, come si è giustamente affermato, l'applicazione "retroattiva" della norma in parola appare ragionevole se solo si pone mente al fatto che essa non richiede al debitore un comportamento diverso da quello che gli era richiesto prima, per cui, se di precedente affidamento si può parlare, esso riguardava solo le difficoltà del sistema giudiziario che imponeva al creditore di attendere gli anni necessari all'esercizio vittorioso di un'azione revocatoria prima di procedere ad espropriazione⁽¹⁰⁾.

3. *Natura dell'azione.*

Sembra che a volte emerga l'idea che lo strumento in parola si presenti come una sorta di ibrido tra azione esecutiva ed azione dichiarativa⁽¹¹⁾, come se l'art. 2929-*bis* c.c. avesse disciplinato una forma di azione revo-

⁽⁹⁾ Così T. Ferrara, 10-11-2015, *FI*, 2016, I, 2265.

⁽¹⁰⁾ Vedi CARENA-DI SAPIO-GIANOLA, *op. cit.*, 410.

⁽¹¹⁾ Vedi da ultimo, se mal non intendo, DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 452 ss.; PAGLIANTINI, *op. cit.*, par. 2.

catoria in forma esecutiva⁽¹²⁾ oppure “invertita”⁽¹³⁾ o, se si vuole, una sorta di azione esecutiva speciale che presenti in sé le potenzialità della domanda revocatoria⁽¹⁴⁾.

Non vi è alcun dubbio che, prendendo il riferimento certo ai rapporti con l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c., qui si abbia un'inversione tra la normale successione che, prima dell'introduzione dell'art. 2929-*bis* c.c., vedeva doversi prima celebrare un momento dichiarativo per poi, solo alla fine di esso con sentenza passata in giudicato, potersi procedere ad esecuzione forzata. Ora, invece, il creditore può procedere ad esecuzione affermando nell'atto di precetto un certo indice di responsabilità del bene da pignorare, addossandosi al controinteressato l'onere di attivarsi (eventualmente) al fine di instaurare un processo dichiarativo in cui negare la sussistenza di quelle stesse condizioni che altrimenti il creditore avrebbe dovuto affermare in sede di azione revocatoria.

Insomma, se in precedenza il creditore doveva prima ottenere una sentenza dichiarativa dell'inefficacia (a fronte di lui) dell'atto negoziale a titolo gratuito perché, posto in essere dopo l'insorgere del suo credito, esso si presentava pregiudizievole, nella consapevolezza del debitore-dante causa, oggi, in applicazione dell'art. 2929-*bis* c.c., quello stesso creditore può agire esecutivamente addossando al controinteressato l'onere di esercitare un'azione dichiarativa in cui negare quelle condizioni.

Ma, non si vede come tutto ciò possa trasformare una normale azione esecutiva in un'azione esecutiva speciale o in un'azione revocatoria mascherata o potenziale. Invero, sarebbe come dire che ogni azione esecutiva abbia in sé un'anima (nascosta) dichiarativa per il fatto che a fronte dell'esercizio di ogni azione esecutiva l'esecutato o un terzo interessato può instaurare un'opposizione esecutiva, c.d. di merito, ai sensi dell'art. 615 c.p.c. ovvero dell'art. 619 c.p.c.

In definitiva, se con l'emergere di un nuovo indice di responsabilità si vuole dire che sono ampliate le possibilità di procedere ad esecuzione forzata, si fa un'affermazione vera perché corrispondente al diritto vigente. Ma se si vuole andare oltre questo semplice rilievo, si finisce per creare delle ambiguità che non sono né necessarie per spiegare la norma in

⁽¹²⁾ T. Ferrara, 29-9-2015, *FI*, 2016, I, 3267.

⁽¹³⁾ PROTO PISANI, *Profili processuali dell'art. 2929 bis c.c.*, *FI*, 2016, V, 136.

⁽¹⁴⁾ Vedi anche in precedenza, tra i primi commentatori, OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c. Dalla pauliana alla “renziana”?*, Torino, 2015, 6, 17, del cui scritto avevo già dato conto nel mio precedente *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 159, nota 12.

commento né coerenti con il sistema dell'esecuzione forzata che, si ripete, non ha subito qui alcun stravolgimento.

Da questo presupposto vanno tratte due conseguenze.

La prima: non solo si deve affermare che l'esercizio dell'azione esecutiva in parola è facoltativo, nel senso che il creditore può anche non fare questa scelta, preferendo ricorrere ad una previa azione revocatoria, ma si deve anche ritenere che non valga il principio per cui *electa una via non datur recursus ad alteram*. Insomma, il creditore può esercitare l'azione dichiarativa di cui all'art. 2901 c.c. in contemporanea⁽¹⁵⁾ all'esercizio dell'azione esecutiva di cui all'art. 2929-*bis* c.c., opportunità che nessun principio può sottrargli, tantomeno l'idea che vi sia una sorta di litispendenza, e che, inoltre, può essere anche utile sfruttare se solo si pensa all'eventualità che egli commetta un errore in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 2929-*bis* c.c., errore che non lo pregiudica ove, caduto il pignoramento e avendo, però, anche trascritto la domanda revocatoria, egli si trovi a fronte di un acquisto a titolo oneroso in capo a un terzo in buona fede che abbia trascritto il suo atto dopo la trascrizione di quella domanda⁽¹⁶⁾.

Questa situazione può ovviamente portare ad una complicazione, in particolare ove, pendendo il processo sulla domanda revocatoria, in sede di processo esecutivo instaurato ai sensi dell'art. 2929-*bis* c.c. venga sollevata opposizione esecutiva al fine di contestare la sussistenza delle condizioni sostanziali dell'espropriazione. In tal caso a me non resta che confermare quanto già detto in altra sede, ossia che il giudizio di opposizione dovrà essere sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in quanto la pretesa liberatoria del bene pignorato, azionata in questa sede, è dipendente nella sua fondatezza dalla revocabilità o meno dell'atto negoziale dispositivo posto in essere dal debitore esecutato, revocabilità che rappresenta l'oggetto del processo già pendente in virtù dell'applicazione dell'art. 2901 c.c.⁽¹⁷⁾.

Altro è che l'espropriazione del bene vada a buon fine senza intoppi e che il creditore procedente si soddisfi di conseguenza: qui sì che dobbiamo ritenere inutile la prosecuzione dell'azione revocatoria esercitata ai sensi dell'art. 2901 c.c., posto che il creditore, attore in questo contesto, ha

⁽¹⁵⁾ Sull'esercizio dell'azione revocatoria successivamente alla sconfitta del creditore procedente in sede di opposizione esecutiva si veda poi.

⁽¹⁶⁾ Sulla stessa linea oggi anche MICCOLIS, *Brevi riflessioni sull'art. 2929-bis c.c.*, in questa *Rivista*, 2016, 335 ss., spec. 340.

⁽¹⁷⁾ Vedi sempre il mio *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 169.

ormai raggiunto il suo obiettivo nella sede esecutiva anticipata ed egli, ove vincesses (successivamente) in sede revocatoria, non avrebbe certo la possibilità di far espropriare di nuovo un bene che ormai ha già fatto espropriare.

La seconda conseguenza, direi inevitabile, da trarre dai presupposti qui assunti sta nel negare che l'esercizio dell'azione esecutiva in parola possa produrre un qualche effetto sull'interruzione e la sospensione del termine di prescrizione dell'azione revocatoria in ipotesi spendibile ai sensi dell'art. 2901 c.c.⁽¹⁸⁾, effetto che riguarda certo solo il credito che si fa valere con la "domanda" esecutiva⁽¹⁹⁾.

4. *Sul riferimento alla "sentenza dichiarativa di inefficacia".*

Tra i primi commentatori è stata ampiamente affermata l'idea secondo la quale, quando l'art. 2929-*bis* c.c. dispone che il creditore possa procedere al pignoramento «ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia», con ciò il legislatore abbia solo ammesso la possibilità di bypassare l'azione revocatoria di cui all'art. 2901, 1° co., n. 1, c.c. e non anche l'azione di nullità o di simulazione.

Questa idea è stata, poi, ribadita da commenti successivi con vari argomenti. Si è detto, ad esempio, che essa è dovuta al fatto che l'inefficacia *ex lege* degli atti simulati o nulli non è temporanea come invece appare essere l'inefficacia di cui tratta l'art. 2929-*bis* c.c.⁽²⁰⁾. Ovvero che essa va ricavata da un principio di stretta interpretazione che deve ispirare l'interprete⁽²¹⁾.

A mio avviso queste argomentazioni non sono convincenti e resto dell'idea che già in altra sede avevo espresso⁽²²⁾.

Eliminato l'argomento, diciamo così, sostanziale, perché, come ho detto sopra, non mi pare che la norma in commento abbia a che fare appunto col piano sostanziale, l'argomento forte sembra affondare le sue radici in un principio di stretta interpretazione che poi a sua volta deriva dal qualificare l'art. 2929-*bis* c.c. quale norma eccezionale.

⁽¹⁸⁾ All'opposto, invece, T. Ferrara, 29-9-2015, cit.

⁽¹⁹⁾ Le virgolette sono dovute al fatto che a mio avviso nell'ambito dell'attività esecutiva non si abbia propriamente una domanda: sul punto vedi se vuoi BOVE, *Precetto (dir. proc. civ.)*, in *www.treccani.it*, 2017, par. 2.

⁽²⁰⁾ PAGLIANTINI, *op. cit.*, par. 4.

⁽²¹⁾ MICCOLIS, *op. cit.*, 338. Anche PROTO PISANI, *op. cit.*, 137 parla di norma eccezionale.

⁽²²⁾ Sempre in *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 161.

Io francamente non credo che un simile assunto sia condivisibile, sembrandomi per la verità che esso tradisca più un atteggiamento psicologico di paura verso il nuovo istituto anziché essere il frutto di un ragionamento ponderato su cosa si possa considerare "eccezionale" dal punto di vista giuridico. Invero, dire che il legislatore abbia voluto ampliare il quadro degli indici di responsabilità, operazione che, si ripete, non altera assolutamente il quadro della responsabilità sostanziale, non mi sembra che di per sé possa condurre a ravvisare quella, presunta, eccezionalità.

In altri termini la norma sarebbe eccezionale se con essa si fosse voluto appunto fare eccezione agli ordinari principi sostanziali in materia di responsabilità patrimoniale. Ma, se così non è stato, come io credo, non vedo su quali basi si fondi quella qualificazione se non solo su un pregiudizio psicologico.

Comunque, anche se si volesse consentire con quell'assunto⁽²³⁾, in ogni caso mi pare che una cosa sia escludere l'applicazione analogica della norma in commento altro è individuare il suo campo di applicazione. Se pur, per ragioni prudenziali, si volesse dire che l'art. 2929-*bis* c.c. è norma di stretta interpretazione, da ciò si dovrebbe solo ricavare l'impossibilità di una sua utilizzazione per casi che, fuori dal suo campo di applicazione, sono tuttavia caratterizzati dalla c.d. *eadem ratio*. Ma, se nella norma si legge che il creditore può aggredire beni che, pur trasferiti dal debitore ad un terzo, potrebbero giustamente (in ipotesi) essere espropriati ove il creditore potesse esercitare vittoriosamente un'azione a seguito della quale fosse dichiarato inefficace quell'atto di trasferimento, non vedo come questo concetto potrebbe essere limitato alla sola ipotesi della revocabilità e non anche a quelli logicamente pregiudiziali a questa, ossia la nullità e la simulazione.

Qui non si tratta di proporre un'applicazione analogica, bensì di individuare la portata del concetto che in essa viene utilizzato. La norma in parola consente di bypassare azioni cognitive miranti alla dichiarazione di inefficacia di atti a titolo gratuito compiuti dopo l'insorgere del credito. In essa non si rendono inefficaci a fronte del creditore atti di questo tipo, ancorché posti in essere prima del pignoramento, ma si consente solo al creditore di procedere a pignoramento invertendo l'onere dell'iniziativa processuale ossia addossando al controinteressato l'onere dell'instaurazio-

⁽²³⁾ Cosa che, però, non è ragionevole, perché, si ripete, il tutto nasce da un equivoco di fondo degli interpreti, che non vedono nell'art. 2929-*bis* c.c. una norma puramente processuale. Invero, l'errore del legislatore nella scelta di inserire nel codice civile la disposizione in commento non deve indurre l'errore nell'interprete.

ne del momento cognitivo. Se ciò vale a fronte di atti gratuiti revocabili, per quale oscura ragione non dovrebbe valere, e direi a maggior ragione, anche a fronte di un atto gratuito nullo o simulato, per il quale l'azione dichiarativa porterebbe ad una dichiarazione di inefficacia?

Né si può ritenere che una simile proposta interpretativa sarebbe da rigettare perché l'art. 2929-*bis* c.c. in realtà prefigurerebbe sempre il coinvolgimento di un terzo⁽²⁴⁾. Invero, se questo non è detto che accada, perché la norma potrebbe essere applicata senza che emerga alcun trasferimento a terzi, come ben può avvenire ove venga in gioco un atto di costituzione di un vincolo di indisponibilità, non si vede perché, in ogni caso, un simile argomento dovrebbe limitare il campo di applicazione della norma.

Se, in base alla sequenza ordinaria, il creditore agisce prima per ottenere la dichiarazione di nullità o di simulazione dell'atto dispositivo a titolo gratuito del suo debitore e poi agisce esecutivamente su un bene che appartiene al suo debitore, in sede di applicazione dell'art. 2929-*bis* c.c., bypassando quei momenti cognitivi, si tratterà solo di adattare il modulo di cui agli artt. 602 ss. c.p.c., affermando che il creditore dovrà coinvolgere nell'espropriazione anche colui che appare essere il proprietario del bene, che, ovviamente, in sede di opposizione potrà contestare quell'affermazione di nullità o simulazione che il creditore ha formulato nel precetto.

Piuttosto il punto, anche praticamente, rilevante può essere un altro e risolversi nel chiedersi: l'azione esecutiva in parola può essere esercitata bypassando il processo di cognizione solo quando l'atto dispositivo è, non solo sostanzialmente, ma anche formalmente gratuito?

Si faccia il caso di un debitore che simuli una vendita che nasconde in realtà una donazione. Seguendo l'ordine tradizionale il creditore dovrebbe prima esercitare un'azione di simulazione e poi, magari in simultaneo processo, esercitare un'azione di nullità della donazione dissimulata⁽²⁵⁾ ovvero revocatoria di essa, per poi, in caso di esito positivo, andare a pignorare il bene coinvolto. Ciò nel primo caso seguendo le forme di un'esecuzione contro il suo debitore e nel secondo caso seguendo le forme di un'esecuzione (anche) contro il terzo proprietario.

Tutto questo percorso cognitivo preliminare può essere bypassato seguendo il nuovo percorso esecutivo tracciato dall'art. 2929-*bis* c.c.?

⁽²⁴⁾ Così sembra aggiungere MICCOLIS, *op. cit.*, 338.

⁽²⁵⁾ Si pensi alla mancanza dell'atto pubblico di cui all'art. 782 c.c.

L'opinione unanime risponde negativamente⁽²⁶⁾. Ma, a ben vedere, se solo si avesse il coraggio di far cadere il pregiudizio che si annida sotto il principio della "stretta interpretazione", quella opinione potrebbe essere discutibile⁽²⁷⁾, perché ben può essere discutibile affermare che la norma in commento, quando tratta di atti a titolo gratuito, si riferisca solo ad atti che appaiano tali e non anche a quelli che tali non appaiono, ma lo sono nella loro sostanza.

5. *Sulle opposizioni esecutive.*

Ovviamente, a parte il possibile esercizio dell'azione revocatoria contemporaneamente all'esercizio dell'azione esecutiva, il caso più usuale che va ipotizzato è quello in cui in pendenza del processo esecutivo si propongano le opposizioni esecutive. Qui vengono in gioco gli artt. 615 e 619 c.p.c., sulla cui utilizzazione in collegamento all'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. vanno fatte delle precisazioni.

Senza voler ripercorrere tutte le problematiche di possibile rilevanza⁽²⁸⁾, si ricorda preliminarmente solo il contesto nell'ambito del quale bisogna muoversi, che muta a seconda che l'atto negoziale a titolo gratuito posto in essere dal debitore abbia provocato o meno il trasferimento del bene nel patrimonio di un terzo. Se ciò è accaduto, l'esecuzione va condotta anche contro il terzo proprietario, secondo il modulo di cui agli artt. 602 ss. c.p.c., perché, se è vero che soggetto passivo dell'esecuzione resta il debitore quale titolare dell'obbligo correlato al credito da realizzare sostitutamente, soggetto passivo dell'espropriazione, quale operazione strumentale alla detta realizzazione, non può che essere il proprietario del bene pignorato, in quanto è da costui che l'aggiudicatario dovrà derivare il suo acquisto in base all'art. 2919 c.c. Se, invece, quel trasferimento non vi sia stato, come può accadere nel caso in cui il debitore abbia costituito un patrimonio separato al fine della realizzazione di uno scopo, allora l'esecuzione avverrà solo contro il debitore che resta al contempo proprietario, venendo al più in rilievo, quali possibili interessati, i beneficiari di quella destinazione.

⁽²⁶⁾ PROTO PISANI, *op. cit.*, 137; MICCOLIS, *op. cit.*, 339; DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 444, nota 37.

⁽²⁷⁾ Emblematica la posizione di MICCOLIS, *op. cit.*, 339, che sposa la tesi negativa, non perché l'opposta tesi gli sembri in sé irragionevole, ma solo per rimanere fedele a quel principio di stretta interpretazione derivante dalla presunta eccezionalità della norma.

⁽²⁸⁾ Mi permetto ancora di rinviare al mio *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 164 ss.

Nel primo scenario può emergere solo un'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c., mentre nel secondo scenario si può ipotizzare anche un'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 619 c.p.c. ad opera di quel beneficiario che, appunto, non assume la qualità di parte del processo esecutivo.

Quale elemento comune nei due contesti si ha che l'opponente può contestare che il bene pignorato rientri nell'ambito della responsabilità patrimoniale per quel credito, con ciò fondando una pretesa alla liberazione del bene dall'aggressione esecutiva. Nell'ambito del primo contesto, invece, i possibili mezzi di attacco in capo al terzo espropriando sono maggiori. A noi allora, per semplificare il discorso, basta qui affrontare le questioni che meritano ulteriore attenzione ipotizzando solo lo scenario più ampio.

Si faccia il caso che il creditore agisca esecutivamente avverso il suo debitore ed il terzo avente causa da questi quale donatario. Non vi è alcun dubbio che il terzo espropriato possa proporre opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. sollevando sia le difese tipiche del debitore esecutato sia contestando la giustificazione sostanziale dell'aggressione esecutiva sul suo bene. Insomma, egli può contestare sia l'*an* dell'esecuzione, negando la sussistenza del credito che si vorrebbe realizzare, sia la direzione oggettiva che essa ha preso, pretendendo la liberazione del suo bene.

Dal primo punto di vista la domanda è: se l'esecuzione avviene in base ad una sentenza di condanna passata in giudicato, può il terzo contestare il credito sfuggendo all'efficacia di quel giudicato? Ciò ovviamente considerando il nostro caso, ossia che il terzo in gioco sia il donatario esecutato in virtù dell'art. 2929-*bis* c.c.?

È stato qui proposto di applicare analogicamente l'art. 2859 c.c. ⁽²⁹⁾, con la conseguenza di distinguere a seconda che l'acquisto del terzo sia trascritto prima o dopo l'instaurazione del processo dichiarativo tra creditore e debitore in cui sia accertato il credito. In caso di previa trascrizione il terzo non subirebbe il giudicato, salvo l'eventualità di una sua partecipazione al processo della sua formazione. In caso, invece, di previa pendenza di quel processo il creditore vittorioso potrebbe opporre il giudicato sul credito anche al terzo donatario.

Certamente la proposta può sembrare praticamente ragionevole, ma non vedo perché non si possa andare oltre e negare comunque l'opponibilità di quel giudicato al terzo, a prescindere dal raffronto temporale tra il

⁽²⁹⁾ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 440.

momento della litispendenza e quello della trascrizione dell'acquisto. Invero il terzo acquirente dal debitore esecutato è un avente causa da questi in riferimento al bene, ma non ha alcun interesse oggettivo al giudicato sul rapporto obbligatorio intercorrente tra il suo dante causa e il creditore di questi⁽³⁰⁾.

Ma, non vi è dubbio che il discorso si fa più difficile quando viene in gioco la pretesa alla liberazione del bene pignorato. Alla luce dell'art. 2929-*bis* c.c. il terzo opponente può sollevare i seguenti mezzi di attacco: 1) che l'atto non fosse a titolo gratuito⁽³¹⁾, 2) che esso non fosse successivo all'insorgere del credito, 3) che il pignoramento non sia stato trascritto entro un anno dalla trascrizione dell'atto di acquisto, 4) che l'atto non fosse pregiudizievole, 5) che non vi fosse consapevolezza del pregiudizio in capo al debitore-dante causa, 6) che l'atto non fosse simulato o nullo, ipotizzando che l'art. 2929-*bis* c.c. possa essere utilizzato anche sulla base dell'opposta affermazione del creditore procedente.

A fronte di tutti questi temi di indagine nell'ambito di un ipotetico giudizio instaurato ai sensi dell'art. 615 c.p.c. le questioni rilevanti che restano sul tappeto sono due: quella relativa al riparto degli oneri probatori e quella relativa alle possibili difese del creditore opposto.

Riguardo al riparto dell'onere della prova tra i primi commentatori si era diffusa l'idea secondo la quale si avrebbe qui una sostanziale inversione, accollando così l'onere primario in capo all'opponente⁽³²⁾. Tale idea è stata poi ripresa e condivisa anche in commenti successivi, sempre in virtù di una lettura che ravvisa nella norma in commento l'istituzione di una presunzione di frode⁽³³⁾, ancorché emergano pure interpretazioni diverse, che tendono ad affermare come in sede di opposizione esecutiva non si abbia alcuna alterazione di quelli che sarebbero i normali oneri probatori nell'ambito di un processo dichiarativo instaurato ai sensi dell'art. 2901 c.c.⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Così mi pare correttamente LAI, *Atto gratuito, superfluità dell'azione revocatoria e tutela del terzo*, in questa *Rivista*, 2016, 349 ss., spec. 370 ss.

⁽³¹⁾ Ovviamente rileva anche il limite che debba trattarsi di un bene immobile o mobile registrato. Ma non mi pare che questo aspetto possa destare un interesse pratico, perché mi pare inverosimile che esso possa essere oggetto di una lite.

⁽³²⁾ Rinvio sempre alle citazioni in BOVE, *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 167, nota 34.

⁽³³⁾ PROTO PISANI, *op. cit.*, 136, 138; METAFORA, *op. cit.*, 851; CAMPI, *op. cit.*, 385, 396.

⁽³⁴⁾ Si vedano CIRULLI, *Le nuove disposizioni in materia di espropriazione forzata contenute nella legge 20 giugno 2016, n. 119*, in questa *Rivista*, 2016, 563 ss., spec. 609 ss. e LAI, *op. cit.*, 372 ss.

Personalmente non ho cambiato idea rispetto a quanto già in precedenza avevo sostenuto, negando ogni ragionevolezza all'affermazione per cui qui si avrebbe un'inversione dell'onere della prova⁽³⁵⁾. A parte le argomentazioni processuali dell'assunto già lì sviluppate, qui aggiungo solo che anche da questo punto di vista in fondo emerge l'equivoco in cui a mio parere cadono coloro che in qualche misura attribuiscono una qualche valenza sostanziale all'art. 2929-*bis* c.c., finendo, con il concetto di presunzione di frode, per alterare le fattispecie sostanziali in gioco.

Di conseguenza, dal mio punto di vista, merita ora soffermarsi solo sul significato che si deve dare all'affermazione in virtù della quale quando il terzo proprietario, donatario del debitore, si oppone lamentando l'insussistenza delle condizioni di cui all'art. 2929-*bis* c.c. emerge quella stessa "materia revocatoria" che altrimenti sarebbe stata trattata nell'ambito di un'azione revocatoria esercitata ai sensi dell'art. 2901 c.c. Come dire: se qui va ripreso ciò che vale nell'azione revocatoria, quali sono gli oneri probatori che valgono in questa e che devono essere riportati al contesto che ora ci occupa?

Insomma, se a me non sembra dubbio che, subita l'opposizione, il creditore debba provare che si trattava di un atto a titolo gratuito, che questo sia stato compiuto dopo l'insorgere del credito, che il suo pignoramento è stato trascritto entro un anno dalla trascrizione dell'acquisto in capo all'avente causa dal suo debitore, i dubbi restano in riferimento ai due seguenti elementi: quello del c.d. *eventus damni* e quello della c.d. *scientia fraudis*.

Se si va a spigolare nella giurisprudenza formatasi in ordine all'applicazione dell'art. 2901 c.c. emergono dei dati chiari.

Riguardo all'*eventus damni*, se sta al creditore-attore provare che vi è stata una variazione nel patrimonio del suo debitore, quantitativa o anche qualitativa, insomma che la consistenza patrimoniale del debitore ha subito un mutamento, sta poi al debitore provare che l'atto dispositivo non era e non è pregiudizievole, insomma non arreca danno al suo creditore, perché, ad esempio, egli ben può indicare altri beni al fine della realizzazione del credito⁽³⁶⁾. Ciò, si è detto, deve essere affermato anche in virtù del principio della vicinanza della prova, da cui non può che discendere la conseguenza che sta al debitore provare la capienza del suo patrimonio⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Torna ancora a BOVE, *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 167 ss.

⁽³⁶⁾ Cass., 4-7-2006, n. 15265; Cass., 17-1-2007, n. 966; Cass., 29-3-2007, n. 7767.

⁽³⁷⁾ Cass., 27-10-2015, n. 21808, *GDir*, 2016, fasc. 2, 79, in cui si aggiunge: «Invero, non essendo richiesta a fondamento della azione la totale compromissione della consistenza

Riportare questi principi nell'ambito di un'opposizione esecutiva proposta ai sensi dell'art. 615 c.p.c. è molto semplice se ad agire sia il debitore esecutato. Ma la situazione potrebbe apparire ambigua quando, come magari è più ragionevole pensare, ad opporsi al fine di ottenere la liberazione del bene pignorato sia il terzo proprietario nella sua veste di parte espropriata, quella parte alla quale forse sta più a cuore che l'esecuzione assuma una diversa direzione oggettiva.

Si potrebbe dire⁽³⁸⁾: se è vero che dal principio della vicinanza della prova si deve ricavare l'idea che sta al debitore provare che il suo atto dispositivo non ha arrecato danno in concreto perché il suo patrimonio è comunque solvibile, come può utilizzarsi lo stesso principio quando ad opporsi sia il terzo proprietario, per il quale non può parlarsi propriamente di vicinanza della prova? Sembrerebbe doversi rispondere negativamente se è vero che il terzo non può avere compiuta conoscenza del patrimonio del suo dante causa⁽³⁹⁾.

Questo ragionamento finisce, però, per avere conseguenze irragionevoli, perché, se è vero che non può qui sovvenire il principio di vicinanza della prova per accollare l'onere della prova in discorso in capo al terzo donatario, è anche vero che attribuire a questi una posizione processuale diversa da quella del debitore, suo dante causa, finisce per creare problemi ancora più gravi.

Innanzitutto, se si volessero distinguere gli oneri probatori gravanti sul debitore da quelli gravanti sul terzo proprietario nell'ambito di un processo come quello che si ipotizza a litisconsorzio necessario, si potrebbe arrivare all'assurdo di dover prospettare l'eventualità che la causa unica possa essere decisa in due modi diversi a fronte di questi due soggetti. Inoltre, se è vero che a fronte del terzo proprietario-opponente non si può parlare di vicinanza della prova, è anche vero che addossare al creditore opposto l'onere di provare che nel patrimonio del suo debitore non vi fossero altri beni significa violare il sano principio per cui *negativa non sunt probanda*.

Quindi, io direi che ciò che vale per il debitore-dante causa vale anche per il terzo-avente causa. E se il debitore esecutato, pur parte formale del giudizio di opposizione, finisce per essere un po' vagabondo perché poco

del patrimonio del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerta o difficile la soddisfazione del creditore, l'onere di provare la insussistenza dell'*eventus damni* incombe sul convenuto che la eccepisce».

⁽³⁸⁾ Sul tema vedi, da ultimo, CIRULLI, *op. cit.*, 611 e LAI, *op. cit.*, 375.

⁽³⁹⁾ Vedi in particolare CIRULLI, *op. loc. ult. cit.*

gli importa che il suo debito sia pagato con la liquidazione del bene del terzo, sta comunque a questo terzo l'onere di provare che l'atto non ha prodotto danno perché il suo dante causa aveva una capienza patrimoniale sufficiente.

Discorso più semplice mi pare si possa fare rispetto alla questione della *scientia fraudis*. La giurisprudenza formatasi in sede di applicazione dell'art. 2901 c.c. in relazione agli atti a titolo gratuito⁽⁴⁰⁾ afferma che l'onere probatorio in capo al creditore relativo alla consapevolezza di arrecare pregiudizio⁽⁴¹⁾ può essere assolto anche in via presuntiva⁽⁴²⁾, inferenza logica che si può trarre ad esempio nell'ipotesi in cui sia stato oggetto di donazione l'unico bene immobile esistente nel patrimonio del debitore⁽⁴³⁾. Ebbene, se questo è quanto accade nell'ambito dell'azione revocatoria, non si vede perché dovrebbe tratteggiarsi uno scenario diverso nell'ambito di un'opposizione all'esecuzione con cui il terzo esecutato abbia contestato l'espropriabilità del bene pignorato in applicazione dell'art. 2929-*bis* c.c.

6. *Segue: su alcune difese del creditore opposto.*

Residua un'ultima questione che attiene al giudizio di opposizione esecutiva, la quale, stimolata dall'affermazione di alcuni secondo cui in questa sede il creditore procedente potrebbe esercitare in via riconvenzionale l'azione revocatoria, induce a chiedersi se vi siano delle limitazioni difensive in capo al creditore procedente che assuma in questo giudizio la veste di opposto.

A mio avviso il principio da cui qui non si può prescindere è che il creditore procedente non può sfruttare il giudizio di opposizione per stabilizzare un'aggressione esecutiva che, fondata sull'applicazione dell'art. 2929-*bis* c.c., non ha in concreto i presupposti che in base a questa norma avrebbe dovuto avere.

Se l'azione esecutiva in parola si fonda su alcune ipotesi in cui il legislatore consente di bypassare il processo dichiarativo che, altrimenti, avrebbe dovuto precedere il momento esecutivo, evidentemente in sede di opposizione il creditore non può esercitare quelle azioni che non erano e non sono bypassabili, perché, se si consentisse una cosa del genere, il

⁽⁴⁰⁾ Si ricorda che per questi non rileva la consapevolezza del danno in capo all'acquirente, elemento che invece rileva ove l'atto sia a titolo oneroso.

⁽⁴¹⁾ Consapevolezza alla quale va evidentemente equiparata l'ignoranza colpevole.

⁽⁴²⁾ Cass., 17-1-2007, n. 966.

⁽⁴³⁾ Cass., 22-8-2007, n. 17867.

creditore finirebbe per godere di un privilegio che la legge non gli concede.

Facciamo degli esempi⁽⁴⁴⁾.

Se il creditore può bypassare l'azione revocatoria solo in riferimento al caso in cui l'atto di disposizione sia a titolo gratuito e al contempo sia posto in essere successivamente all'insorgere del credito, a fronte di un terzo esecutato che nega la gratuità dell'acquisto o nega che esso sia stato compiuto dopo l'insorgere del credito il creditore opposto non può rispondere facendo valere nel primo caso il concerto fraudolento tra debitore e terzo e nel secondo caso la dolosa preordinazione del debitore al fine di pregiudicarlo. Invero, ove si affermasse il contrario, si attribuirebbe al creditore che ha sbagliato la possibilità di consolidare la sua errata aggressione esecutiva in casi in cui egli avrebbe dovuto prima celebrare il momento cognitivo per passare solo dopo un giudicato a lui favorevole al momento esecutivo.

7. *Vicende successive alla conclusione del fenomeno esecutivo.*

Se vogliamo ipotizzare vicende successive alla conclusione del fenomeno esecutivo emergono due possibili problematiche.

La prima può essere sintetizzata formulando la seguente domanda: se l'espropriazione del bene pignorato non si è avuta, a causa dell'accoglimento di un'opposizione esecutiva che ha comportato la liberazione del bene, il creditore, persa quella opposizione, può poi esercitare l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c.?

Io direi che la risposta dipende dal motivo che ha fondato la sconfitta in sede di opposizione esecutiva o anche dal motivo che si voglia far valere nell'ambito di questa azione successiva⁽⁴⁵⁾.

(44) Non voglio spendere gli esempi dell'azione di simulazione e di nullità perché, come abbiamo visto sopra, essi sono controversi. Ovviamente, se si accettasse l'idea da me proposta per cui anche queste azioni sono bypassabili in applicazione dell'art. 2929-bis c.c., esse sarebbero esercitabili in via riconvenzionale dal creditore che subisca un'opposizione esecutiva.

(45) Qui ribadisco l'opinione che già ho espresso nel mio *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 174 ss. ed ivi citazione di dottrina contraria. Successivamente sul punto si è espresso DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 449, il quale, se in linea di principio esclude la possibilità per il creditore procedente di esercitare un'azione revocatoria dopo aver perso in sede di opposizione esecutiva, precisa però (nella nota 45) che questa esclusione dipende dal motivo della sconfitta subita, finendo, così, se mal non intendo, per giungere ad una conclusione che forse non si distanzia molto da quella qui sostenuta.

Se il creditore ha perso perché, appurata la gratuità dell'atto e la sua posteriorità all'insorgere del credito, non è dimostrato l'*eventus damni* o la *scientia fraudis*, a me sembra evidente come non vi sia spazio per un successivo tentativo in sede di revocatoria⁽⁴⁶⁾.

Al contrario, è ovvio che il creditore potrà ben poi proporre domanda di revoca se in sede di opposizione ha perso, ad esempio, perché è emerso che il pignoramento non è stato trascritto entro l'anno dalla trascrizione dell'atto di disposizione.

Ma a me sembra altrettanto ovvio che, se il creditore ha perso perché l'atto dispositivo non era a titolo gratuito o perché esso non era successivo all'insorgere del credito, ben potrà essere successivamente battuta la strada tracciata dall'art. 2901 c.c. affermando, nel primo caso, avendo a che fare con un atto a titolo oneroso, la consapevolezza in capo al terzo del pregiudizio arrecato e nel secondo caso la dolosa preordinazione al fine di pregiudicare il soddisfacimento del credito.

Insomma, in queste ipotesi si ha una sorta di frammentazione dell'oggetto della revocatoria. Se il creditore, agendo ai sensi dell'art. 2901 c.c. mette in gioco la revocabilità dell'atto dispositivo nel suo complesso, con la conseguenza che, in caso di sconfitta, egli non potrà riprovarci spendendo motivi non prima spesi, quando, invece, il creditore si trova coinvolto in un'opposizione esecutiva collegata all'applicazione dell'art. 2929-*bis* c.c. non può valere lo stesso principio, per il semplice fatto che in questa sede non può essere trattata tutta la "materia revocatoria".

Qui si torna a quanto si è già detto sopra, ossia all'impossibilità per il creditore di replicare alla domanda oppositiva facendo valere motivi di revocabilità dell'atto dispositivo diversi da quelli che presuppone l'art. 2929-*bis* c.c., perché, come abbiamo già rilevato, se così fosse il creditore potrebbe stabilizzare un'aggressione esecutiva su basi non previste dalla legge. Ed, allora, se è vero che il giudicato copre il dedotto e il deducibile,

(46) Altro è chiedersi se residua la possibilità di una successiva azione di nullità o di simulazione. La risposta dipende dall'idea che si abbia in generale sull'oggetto del processo quando sono in gioco impugnative negoziali. Il discorso non è qui sviluppabile. Accenno solo al fatto che, ove si ritenga che in questi casi l'oggetto si individui in base al tipo di impugnativa spesa (così, se vuoi, BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, GI, 2015, 1387 ss.), se ne deve ricavare che, persa la causa per una di esse, rimangano le altre. Così, è vero che, almeno a mio parere, il creditore opposto sulla base della "materia revocatoria" potrebbe in via riconvenzionale far valere la nullità dell'atto o la sua simulazione, ma è anche vero che, se ciò non sia accaduto e sia stato liberato il bene pignorato perché l'atto negoziale in gioco non è stato riconosciuto revocabile, il creditore può poi tornare all'attacco di quello stesso atto, affermandone appunto la nullità o la simulazione.

è evidente che ciò che non era deducibile non può essere da esso precluso. Se il creditore, a fronte di un opponente che gli contesta la gratuità dell'atto o la sua non posteriorità all'insorgere del credito, non può replicare affermando nel primo caso il *consilium fraudis* tra debitore e terzo e nel secondo caso la dolosa preordinazione a suo danno, da ciò si deve ricavare che egli potrà ben spendere questi mezzi di attacco in un successivo processo dichiarativo, che non può assolutamente essere impedito dall'esito del primo.

Tutto ciò, ovviamente, sempre che il termine di prescrizione quinquennale per l'esercizio dell'azione revocatoria non sia maturato, rilievo per nulla banale se si pensa che, come abbiamo pur già rilevato sopra, l'esercizio di questa azione, che ha solo natura esecutiva e non anche revocatoria (implicita, speciale od altro strano aggettivo), non ha alcun effetto sul termine di prescrizione dell'azione di cui all'art. 2901 c.c. Né la celebrazione del processo di opposizione può avere diverso effetto in relazione ai profili della revocatoria che in essi non erano spendibili.

La seconda problematica, probabilmente più spinosa ed anche praticamente più rilevante, emerge col chiedersi: posto che il terzo espropriato opponente non è detto che ottenga un provvedimento sospensivo del processo esecutivo⁽⁴⁷⁾, per cui ben può compiersi l'espropriazione quando è ancora pendente il processo dichiarativo instaurato ai sensi dell'art. 615 c.p.c., quale valenza può attribuirsi ad una sua (successiva) vittoria? Insomma, l'opponente vittorioso prevale sull'aggiudicatario?

La risposta assolutamente maggioritaria in dottrina è stata fin dai primi commenti a favore dell'aggiudicatario, il cui acquisto in vendita forzata, si è detto, non può essere travolto da un successivo accoglimento dell'opposizione a favore del terzo proprietario che abbia subito l'espropriazione⁽⁴⁸⁾, con la conseguenza che questi potrà al più rifarsi sul prezzo della vendita, se è ancora aperta la distribuzione, ovvero successivamente agire per dolo o colpa contro il creditore precedente.

⁽⁴⁷⁾ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 443 ritiene che una simile eventualità sia abbastanza improbabile perché a suo dire «la *scientia fraudis* in capo al debitore è oggetto di presunzione invero inscalfibile in caso di atti a titolo gratuito compiuti dopo il sorgere del credito». A me sembra che l'affermazione sia in linea di principio non corretta, perché in essa emerge l'idea che, posto il pregiudizio, l'elemento psicologico sia in fondo *in re ipsa*, conclusione che non condivido. Altro è che in pratica, dati certi indici presuntivi che però devono esserci, risulta difficile portare il giudice ad una conclusione opposta.

⁽⁴⁸⁾ Vedi citazioni dei primi commentatori nel mio *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 173, nota 44. Successivamente nello stesso senso PROTO PISANI, *op. cit.*, 138; MICCOLIS, *op. cit.*, 340, nota 15; DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 443, nota 36; CAMPI, *op. cit.*, 397.

A mio avviso questa soluzione non è ragionevole⁽⁴⁹⁾, perché, fondandosi in buona sostanza sul principio enunciato dall'art. 2929 c.c., essa finisce per confondere situazioni diverse⁽⁵⁰⁾. Invero, il fatto che nelle diverse situazioni che qui sovengono si abbia sempre a che fare con l'accoglimento di un'opposizione proposta ai sensi dell'art. 615 c.p.c. non deve far dimenticare che le soluzioni da proporre nei rapporti tra l'opponente vittorioso e l'aggiudicatario non possono subire una sorta di *reductio ad unum*.

L'opposizione all'esecuzione può essere accolta per la carenza del credito a motivo del quale si procede ovvero, secondo l'opinione comune⁽⁵¹⁾, per la carenza del titolo esecutivo sulla cui base si procede. Nel primo caso l'opponente vittorioso non può pretendere di riavere il bene espropriato per il semplice fatto che l'ingiustizia dell'esecuzione per la carenza del credito non qualifica (né quindi squalifica) gli atti esecutivi, per cui al terzo aggiudicatario non sarebbe opponibile alcuna causa che infici il suo acquisto⁽⁵²⁾. Nella seconda ipotesi, invece, emergendo un'attività esecutiva processualmente irrituale, a causa della mancanza del suo presupposto principale, in astratto il terzo aggiudicatario potrebbe essere pregiudicato, perché la fattispecie del suo acquisto dovrebbe essere giuridicamente squalificata da un vizio inficiante l'attività che le sta a monte. Per ovviare a questo inconveniente è dettato l'art. 2929 c.c., che appunto isola la fattispecie della vendita forzata dal suo contesto processuale e salva l'acquisto del terzo aggiudicatario, salvo il caso di una sua collusione col creditore procedente⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ Ribadisco, anche a fronte delle successive argomentazioni della dottrina contraria, quanto già sostenuto in *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 173.

⁽⁵⁰⁾ E la riprova è che, nei luoghi citati, sia Miccolis sia De Cristofaro citano Cass., 28-11-2012, n. 21110, *FI*, 2013, I, 1224 ss., che si è occupata di un caso non paragonabile a quello qui in rilievo.

⁽⁵¹⁾ Da me, in modo del tutto isolato, non condivisa: vedi in *Sull'oggetto delle c.d. opposizioni di merito*, *RTPC*, 2013, 879 ss., spec. 885 ss., ove mi sono sforzato di dimostrare che la contestazione dell'esistenza del titolo esecutivo deve sollevarsi con l'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c.

⁽⁵²⁾ Vedi più approfonditamente il mio *L'esecuzione forzata ingiusta*, cit., 130 ss., 193 ss. e più di recente *Dell'espropriazione*, cit., *sub* art. 2929, spec. 384 ss.

⁽⁵³⁾ Torna sempre a BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, cit., 130 ss. e *Dell'espropriazione*, cit., *sub* art. 2929, spec. 386 ss. Qui, a mio parere, la citata Cass. n. 21110/2012 sbaglia nel presupporre che la carenza del titolo esecutivo non si tradurrebbe in un vizio del procedimento esecutivo, perché la mancanza di un presupposto processuale evidentemente inficia il procedimento. Né si dovrebbe confondere il diritto a procedere ad esecuzione, ossia l'azione esecutiva, che si fonda sul titolo esecutivo, con la giustificazione sostanziale dell'aggressione esecutiva, che, fondandosi sulla sussistenza del credito, è ciò che in realtà rappresenta l'oggetto dell'opposizione all'esecuzione.

Tutt'altra situazione, a cui certo non si riferisce l'art. 2929 c.c., si ha, invece, quando l'opposizione proposta ai sensi dell'art. 615 c.p.c. ospiti la negazione della responsabilità sostanziale del bene pignorato, ossia venga usata per far valere quella stessa lamentela che è fatta valere dal terzo in sede di opposizione di cui all'art. 619 c.p.c. Qui non bisogna farsi confondere dal fatto che nel primo caso l'attore è parte del processo esecutivo, ed anzi, in ipotesi, dante causa dell'aggiudicatario, mentre nel secondo caso l'attore è un terzo che afferma l'appartenenza a lui del bene pignorato⁽⁵⁴⁾. Invero, in entrambi i casi l'attore opponente afferma che l'esecuzione ha assunto una direzione oggettiva sbagliata sul piano del diritto sostanziale, perché è stato pignorato un bene che, secondo le regole sostanziali, non è responsabile per il credito a motivo del quale si procede. Insomma, in entrambi i casi l'attore, al fine di evitare un'espropriazione ingiusta per l'oggetto, fa valere una pretesa alla liberazione del bene dall'aggressione esecutiva.

Ora, non mi pare discutibile il fatto che, posto il combinato disposto degli articoli 2913 e 2919 c.c. nonché 111 c.p.c., l'aggiudicatario in vendita forzata acquista il bene potendo a lui opporsi tutto ciò che era opponibile al creditore procedente⁽⁵⁵⁾, compresa la sentenza che, in ipotesi, sia stata pronunciata appunto contro quel creditore, da questi principi si debbano trarre conseguenze coerenti. Se è vero che il terzo, il quale si avvalga dell'opposizione di cui all'art. 619 c.p.c. e non ottenga la sospensione dell'espropriazione, ben può, dopo che sia stata compiuta la vendita forzata, continuare quel processo, per poi opporre la sentenza all'aggiudicatario⁽⁵⁶⁾, non si vede perché ciò non dovrebbe valere anche ove ad opporsi sia il terzo proprietario per la via dell'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c.

Insomma, se in entrambi i contesti è in gioco una pretesa alla liberazione del bene fondata su ragioni sostanziali, non vedo la ragione che dovrebbe impedire nel caso che qui ci occupa la prosecuzione del processo

⁽⁵⁴⁾ Un accenno alla necessità di tenere distinta la posizione di chi è stato parte del processo esecutivo da quella di chi è rimasto terzo lo si trova in DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 444 nt. 36.

⁽⁵⁵⁾ Al contrario, in virtù del collegamento degli effetti della vendita agli effetti del pignoramento, all'aggiudicatario non è opponibile ciò che, pur magari opponibile all'espropriato, non era opponibile al creditore procedente.

⁽⁵⁶⁾ Ciò consente, ad esempio, al terzo di continuare a fondarsi su un credito *in restituere*, mentre, se dovesse cominciare un nuovo processo contro l'aggiudicatario, egli dovrebbe far valere il diritto di proprietà: vedi, se vuoi, BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, cit., 277, nota 130.

di opposizione e la conseguente opponibilità del giudicato all'aggiudicatario, la cui posizione dipende dalla posizione del creditore precedente opposto. È vero che il terzo opponente, nel modulo seguito ai sensi degli artt. 602 ss. c.p.c., è dante causa dell'aggiudicatario, ma è anche vero che tale aggiudicazione avviene, se così si può dire, *sub iudice* ove al momento del suo perfezionamento sia ancora pendente un processo dichiarativo che abbia messo in gioco il suo fondamento sostanziale⁽⁵⁷⁾. Né si vede quale effetto salvifico o purgativo possa avere una vendita forzata nel contesto qui immaginato, tale da pregiudicare l'effettività del diritto d'azione esercitato dall'opponente, alla cui protezione è posto il presidio dell'art. 111 c.p.c.

Oltretutto la via che stiamo tracciando è l'unica che il terzo proprietario che abbia subito l'espropriazione possa sperare di percorrere.

Egli non potrebbe, compiuta l'espropriazione senza aver sollevato l'opposizione all'esecuzione, agire solo successivamente contro l'aggiudicatario facendo valere l'ingiustizia del suo acquisto, perché il suo diritto dominicale qui sì che non sarebbe opponibile, essendo stato lui il dante causa in quell'acquisto⁽⁵⁸⁾.

Né sono ipotizzabili azioni di ripetizione nei confronti dei creditori utilmente collocati in sede distributiva, perché nel nostro sistema, alla luce degli artt. 2920 e 2921 c.c., i creditori non sono assoggettabili a simili azioni ove essi abbiano soddisfatto i loro crediti per mezzo della liquidazione di beni non responsabili, ritenendosi che il loro soddisfacimento sia comunque sostanzialmente giusto sempre che ovviamente fossero realmente creditori. Così che solo l'acquirente in vendita forzata che abbia subito l'evizione può agire contro di essi per ripetere quanto abbiano ricevuto e non certo, nel caso che ci occupa, anche il malcapitato terzo proprietario

⁽⁵⁷⁾ Né mi pare che rilevi l'art. 187-*bis* disp. att. c.p.c., il quale, riferendosi al caso dell'estinzione del processo esecutivo dopo che sia avvenuta l'aggiudicazione, risolve a favore dell'aggiudicatario un conflitto col debitore per una eventualità che nulla ha a che fare con la pendenza di un processo dichiarativo di opposizione avente ad oggetto la responsabilità sostanziale del bene pignorato.

⁽⁵⁸⁾ Non si può dire che questo rilievo indebolisca la proposta fatta, perché vi sono diverse situazioni nelle quali l'interessato alla liberazione del bene pignorato, pur potendo in prevenzione esercitare una vittoriosa opposizione esecutiva, non può poi esercitare una successiva azione dichiarativa nei confronti dell'aggiudicatario. Si pensi all'ipotesi in cui la pretesa liberatoria può fondarsi su un credito *in restituere* ovvero al caso in cui venga in gioco una cosa mobile. Nel primo caso il titolare della pretesa che abbia perso il treno dell'opposizione non potrà poi agire contro l'aggiudicatario su quella stessa base, mentre nel secondo caso il proprietario, che ben avrebbe potuto far valere in sede di opposizione il suo diritto reale, difficilmente potrà fare altrettanto contro l'aggiudicatario, che normalmente avrà acquistato in virtù del principio per cui il possesso di buona fede vale titolo.

che, investito da una procedura ingiusta, pur avendo sollevato opposizione ed essendo risultato in essa vincitore, non potrebbe avere nulla da coloro che si sono soddisfatti a seguito della liquidazione di un bene che non era responsabile.

Quindi, se è ipotizzabile che l'aggiudicatario perda il bene, se ne deve anche conseguire che ovviamente egli, alla luce dell'art. 2921 c.c., potrebbe, in una simile eventualità, agire in ripetizione avverso i creditori utilmente collocati in riparto e contro il creditore precedente per i danni e le spese.

STEFANO PAGLIANTINI

Ancora sull'art. 2929-*bis* c.c. (nel canone di Mauro Bove): è vero ma ... (l'opinione del civilista e la "crisi" della fattispecie)

Sommario: 1. L'immagine dell'art. 2929-*bis* secondo un'opinione recente. – 2. L'asserita natura processuale dell'art. 2929-*bis*: critica ed una chiosa. – 3. Sulla presunta bypassabilità delle azioni di nullità e di simulazione: confutazione. – 4. Il problema suscitato da un'applicazione intertemporale dell'art. 2929-*bis*. – 5. Commiato.

1. *L'immagine dell'art. 2929-bis secondo un'opinione recente.*

Il dibattito sull'art. 2929-*bis* c.c. non accenna ad acquietarsi: e lo scritto che precede è l'attestazione sintomatica di come la vischiosità di una norma controversa, e rimaneggiata (come si sa) appena un anno dopo la sua apparizione, non si concentri soltanto sul crinale (ad alto tasso di tecnicismo per altro) del concorso tra i creditori. Che poi sia un concorso interno, perché riguardante i creditori del comune debitore alienante, ovvero esterno, in quanto involgente costoro ed i creditori dell'avente causa da quel debitore.

Nella densa pagina di Mauro Bove⁽¹⁾, per il civilista, in particolare, sono tre gli interrogativi che catturano l'attenzione. Nell'ordine: *primo*, l'art. 2929-*bis* è davvero una norma esclusivamente processuale?, *secondo*, l'accertamento giudiziale bypassabile, usiamo la felice formula di Bruno Capponi⁽²⁾, si declina al singolare o al plurale?, *terzo*, la retroattività dell'art. 2929-*bis*, avuto riguardo ai rapporti ancora pendenti alla data del 27-6-2015, è imbrigliabile nella cornice di una tutela dell'affidamento?

Come può agevolmente notarsi, sono tre quesiti di stringente spessore che, se letti soprattutto l'uno in funzione dell'altro, danno (diremmo) una rappresentazione fedele di come l'illustrare la ragion sufficiente dell'art. 2929-*bis* continui ad essere, nel panorama attuale, tutt'altro che un eserci-

⁽¹⁾ In *L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative*, in questa *Rivista*, 2017, 281 ss.

⁽²⁾ In *Prime riflessioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)*, in questa *Rivista*, 2016, 59 ss.

zio di stile. Siccome ci è poi capitato di imbastire altrove un discorso impostato su delle coordinate argomentative spesso di tutt'altro segno⁽³⁾, non si può non compulsare la (ricca) pagina di Mauro Bove per appurare se davvero la cifra (dell'art. 2929-*bis*) si collochi là dove questo a. suggerisce di fermarla. Con un'avvertenza preliminare, sincopando al massimo il discorso: che, quanto alla prima questione, siccome l'insidia nominalistica è sempre in agguato, finisce (ci parrebbe) che tutto sta ad intendersi; sulla seconda, viceversa, il dissenso rimane netto quantunque, è bene evidenziarlo, il recitativo legale non sia certo perspicuo mentre, quanto all'applicazione intertemporale dell'art. 2929-*bis* c.c., l'inclinazione di Mauro Bove a ritenere che non possa farsi ivi questione di un affidamento meritevole di tutela getta (in effetti) una luce diversa (e non di mera facciata) su di un profilo che forse la dottrina prevalente ha finito (finora) per trattare un po' troppo di sfuggita.

Ma procediamo, muovendo prima di tutto dall'ascolto della pagina di Mauro Bove.

2. *L'asserita natura processuale dell'art. 2929-bis: critica ed una chiosa.*

Prima questione, quanto all'idea che l'art. 2929-*bis* non sia una norma di diritto materiale. Il che, come già testimoniato da un suo precedente scritto⁽⁴⁾, rappresenta un *continuum* nel pensiero di questo autore.

Chi legge l'art. 2929-*bis* come una disposizione derogante all'art. 2915 c.c., cioè alla regola secondo cui soltanto gli atti (dispositivi) successivi al pignoramento sono inopponibili al creditore precedente, dandosi ivi viceversa una fattispecie nella quale inopponibile a detto creditore è pure un atto (di liberalità o di destinazione in vincolo) avente ad oggetto un bene (immobile o mobile registrato) non ancora pignorato, prende, secondo Mauro Bove «un abbaglio», confondendo «le regole del processo esecutivo con le regole sostanziali che presiedono alla liceità dell'espropriazione forzata, ossia alla giustizia dell'esecuzione dal punto di vista del suo oggetto». L'art. 2740 c.c., prosegue questo a., è rimasto intatto e la «ritualità [dell'esecuzione forzata] si fonda sulla sussistenza di quelli che ben sono stati definiti come «indici di appartenenza», che in sé sono solo concetti di diritto processuale e non di diritto sostanziale». Di qui la chiosa: l'art.

⁽³⁾ In *A proposito dell'art. 2929-bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, *EuDP*, 2017, 167 ss.

⁽⁴⁾ In *Profili processuali dell'art. 2929-bis*, in questa *Rivista*, 2016, 157 ss.

2929-*bis* non detta una qualche forma (temporanea e relativa) di inefficacia/inopponibilità legale, limitandosi a fornire soltanto «un ulteriore indice di responsabilità», indice foriero, questo sì, di «una più ampia utilizzabilità processuale dell'azione esecutiva, ma non [di] una sua più ampia liceità sul piano sostanziale»⁽⁵⁾. Insomma, l'art. 2929-*bis* sarebbe niente più che una norma attributiva al creditore di una legittimazione a pignorare, «invertendo[si ivi] l'onere dell'iniziativa processuale, [per effetto di un ribaltamento sul] controinteressato [del]l'onere [di] instaurazione del momento cognitivo». Il materializzarsi delle condizioni di legge, osserva conclusivamente Bove, fa sì che si dia una pignorabilità del bene coinvolto: «altro è che ciò sia giusto ossia lecito sul piano sostanziale!»⁽⁶⁾.

Ora, come chiarito nell'*incipit*, la sensazione latente è che bisogna intendersi. E, per farlo, occorre spigolare analiticamente la pagina di Bove, distinguendo ciò che (ci pare) ineccepibile da quanto invece continua a sembrarci lineare sì ma non persuasivo. Nell'ordine.

Primo, se l'appellativo di "processuale" sta a dire che, per effetto dell'art. 2929-*bis* c.c., non c'è l'attribuzione al creditore di un *nuovo diritto*, dandosi piuttosto normativamente una legittimazione a circuitare una fase (prima infungibilmente necessaria) di accertamento giudiziale (dell'*eventus* e della *scientia damni*), il tutto nell'ottica di meglio ottimizzare la realizzazione coattiva del credito, allora Bove ha pienamente ragione. Chi scrive neanche vuol adombrare l'idea che l'art. 2929-*bis* abbia inciso *quantitativamente* sul perimetro dell'art. 2740 c.c.: il disporre in frode ai creditori era e rimane precluso perché non la regola di condotta è mutata bensì l'apparato protettivo che le fa da corona, nei termini (come ci è capitato di osservare) di una più marcata dissuasività *in contrahendo*⁽⁷⁾. Insomma, se processuale è qualificativo indicante un'ovvietà⁽⁸⁾,

⁽⁵⁾ Cfr. BOVE, *L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative*, cit., 283.

⁽⁶⁾ In *L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative*, cit. rispettivamente 288 e 284.

⁽⁷⁾ Lo dicono bene CARENA-DI SAPIO-GIANOLA, *L'applicazione intertemporale dell'art. 2929-bis c.c.*, in questa *Rivista*, 2016, 410, la *differentia* specifica tra pauliana e 2929-*bis* «assume ... una portata non già "qualitativa" ... bensì "quantitativa" nel senso che, con il rimedio di cui all'art. 2929-*bis* c.c., l'inefficacia viene ottenuta in modo sensibilmente più agevole».

⁽⁸⁾ Tale perché se davvero qui si avesse l'emersione di un vincolo di indisponibilità, stante la sua inerenza *per legge* ai soli negozi aventi ad oggetto beni immobili e mobili registrati, dovrebbe allora riconoscersi che la novella ha legalizzato la figura *singolare* di un potere di disporre *intermittente*, in quanto esistente (quanto al debitore) per determinati beni e carente per altri. Un *non sense* com'è intuitivo.

detto stipulativamente non si è introdotto per il tramite dell'art. 2929-*bis* un qualche *vincolo di indisponibilità patrimoniale* a carico del debitore ed in favore dei creditori, Bove coglie (e per certo) nel segno. Il punto è che, stando al periodare di questo a., processuale è un appellativo che, nell'economia dell'art. 2929-*bis*, dovrebbe rilevare *in positivo* piuttosto che *in negativo*. Il che, nel contempo, esclude pure però che lo si dia quale *corollario* di una mera modifica del regime di opponibilità del pignoramento quando (sottinteso) sia questione di atti (gratuiti) di alienazione o di destinazione. La deduzione è infatti intuitiva: ove il tutto (della novella) a questa semplice modifica (del regime di efficacia di *un* tipo di pignoramento) dovesse ridursi, allora il legislatore (anziché interpolare una nuova disposizione) avrebbe potuto direttamente riscrivere *in parte qua* il disposto dell'art. 2915, 1° co., c.c.

Ma proseguiamo.

Secondo, se “processuale” sta invece a significare che l'art. 2929-*bis* dà corpo ad un rimedio distinto dalla revocatoria, veicolando (detto precetto) un'azione, propriamente esecutiva, eccedente il ripristino della garanzia del credito, Bove è di nuovo (e pienamente) nel giusto. Semmai andrebbe aggiunto che, per effetto dell'art. 2929-*bis*, adesso abbiamo un credito (di denaro) chirografario, trattato alla stregua di un credito privilegiato, assistendolo un'azione esecutiva *speciale* in quanto “monopolizzante” taluni cespiti dismessi gratuitamente⁽⁹⁾. Altrove, e qui la riproponiamo, ci è capitato di abbozzare l'immagine di un pignoramento che adesso, senza passare per il medio *o* di un *ius sequelae* o di una sentenza costitutiva, presenta le fattezze di un *prius* (e non di un *posterius*) “dedicato”: rimedialemente parlando, al creditore qualificato dell'art. 2929-*bis* si è riconosciuto un *potere d'azione*⁽¹⁰⁾, sui beni donati o costituiti in vincolo, che si estende all'anno successivo alla trascrizione degli atti in oggetto. Bene, anticipando così il succo della critica che intendiamo opporre, come si fa ad immaginare un potere di azione esecutiva incidente su di un atto che

⁽⁹⁾ Lo ha notato finemente CAPPONI, *Prime riflessioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)*, cit., 59 s.

⁽¹⁰⁾ Attribuzione al creditore, «in funzione dell'interesse alla soddisfazione del credito, [di] una sorta di diritto di seguito o, se si preferisce, [si dà] una sorta di effetto trascinamento dei beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito»: così DI SAPIO, *Introduzione all'art. 2929-bis e al novellato art. 64 l. fall.*, DEI, 2016, 218 s. In termini prossimi si colloca SCOTTI, *La c.d. “revocatoria semplificata” ex artt. 2929-bis c.c. e 64, ultimo comma l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, RDCo, 2016, 483 che declina l'art. 2929-*bis* quale norma espressiva di una nuova tecnica realizzante «l'ingerenza del creditore individuale ... sul bene del terzo».

rimarrebbe nel frattempo efficace di pieno diritto?, anche perché, aggiungiamo, Bove tende ad escludere, insieme all'elaborazione dottrinale corrente⁽¹¹⁾, che la fase cognitiva dell'opposizione sia maneggiabile, nell'ipotesi di rigetto, da «fonte dell'effetto revocatorio sostanziale»⁽¹²⁾. Per Mauro Bove, se si è ben inteso, l'art. 2929-*bis* formalizzerebbe piuttosto un caso di azione esecutiva anticipata⁽¹³⁾. Ma chi scrive non ha contezza di *casì* nei quali un'azione esecutiva si dia senza che l'efficacia pregiudizievole (del rapporto giuridico sostanziale) non sia stata prima dimidiata. Che poi questa inefficacia trovi titolo in una sentenza o nella legge.

Terzo, se “processuale”, per finire, allude all'aversi qui un nuovo indice di responsabilità, incrementante il potere del creditore di procedere ad esecuzione forzata, è ineccepibile (ancora una volta) che si stia formulando una proposizione «vera», essendo indubitabilmente esatto che l'art. 2929-*bis* sia una norma attributiva di una tutela reale *anticipata* al creditore titolato procedente, preferito (ad onta dell'art. 2741 c.c.) al debitore ed al terzo proprietario.

Epperò, ecco il punto!, siccome la pignorabilità ha qui per oggetto dei beni sui quali non vi è un diritto reale di garanzia e neanche è stato ottenuto (dal creditore) un giudicato di revoca, come fa (ecco la domanda) il nuovo indice di responsabilità, di cui Bove discorre, a prescindere da un'inopponibilità (di legge) ostativa a che il donatario (detto ellitticamente) possa esercitare la propria situazione di appartenenza in pregiudizio del creditore anteriore? Alle corte: il *posterius* di una pignorabilità che non conosce il *prius* di un'inopponibilità, per opinione unanime *relativa e temporanea*, ov'è che si incardinerebbe? Delle due, infatti, l'una: o si ammette il conio di un *monstrum*, come l'ha ben etichettato Marco De Cristofaro⁽¹⁴⁾, a guisa del quale qui si avrebbe un'antergazione degli effetti

⁽¹¹⁾ L'opposizione, di là dal fatto che è eventuale e successiva, accerta sì l'esistenza (o il mancato darsi) dei presupposti dell'azione esecutiva, non cancellando però (e di per sé) un'inefficacia (già prodottasi) che trova titolo altrove. V., a titolo esemplificativo, DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, NLCC, 2016, 450 (è improbabile che, «entro le maglie strette della decisione sull'opposizione» sia ravvisabile l'esistenza di una pronuncia di revoca) nonché MICCOLIS, *Brevi riflessioni sull'art. 2929-bis c.c.*, in questa *Rivista*, 2016, 336 s.

⁽¹²⁾ Così OLIVIERO, *La revocatoria “semplificata” degli atti gratuiti: profili problematici*, NLCC, 2016, 1215.

⁽¹³⁾ V. già in *Profili processuali dell'art. 2929-bis*, cit., 159, ove il rilievo su delle opposizioni esecutive catalogate a guisa di «processi dichiarativi innestati sul tronco del processo esecutivo».

⁽¹⁴⁾ V. DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, cit., 447, nota 41.

del pignoramento⁽¹⁵⁾, e (*per incidens*) l'idea (non meno bislacca) di una retroattività del pignoramento (di beni alienati e destinati gratuitamente nell'anno precedente) si muove negli stessi dintorni⁽¹⁶⁾, oppure si deve riconoscere, come pare abbia più di un costrutto, che l'art. 2929-*bis* è piuttosto una norma che ha *modificato* la rilevanza esterna delle alienazioni a titolo gratuito, sospettate di pregiudicare i creditori anteriori⁽¹⁷⁾. *Tertium non datur*. Col che, se non la si vuol dire *norma materiale*, in quanto attributiva (giova ripeterlo) non di un *diritto* ma di un *potere d'azione*, potrà riconoscersi che l'interprete è al cospetto di una previsione posta sul *crinale*, sommando il profilo sostanziale a quello processuale. Poco cambia nella sostanza, decisivo mostrandosi piuttosto il fatto che, esportando la presunzione di frode di cui all'art. 64, l. fall., il legislatore ha mostrato di volerla ricongiungere non più, com'era, ad una *qualità* del debitore (fallito), bensì (com'è) al *contenuto* del rapporto patrimoniale instauratosi. Il tutto a motivo di una (rinnovata ed amplificata però) forma di (legittima?) suspizione verso «tutto ciò che è gratuito»⁽¹⁸⁾.

Tra l'altro, volendo così archiviare la questione, che la forma di un'inopponibilità (temporanea) *ex lege* faccia almeno da pre-comprensione al discorso del legislatore, emerge nitidamente là dove il comma secondo dell'art. 2929-*bis* recita che, se l'atto di liberalità ha riservato uno dei diritti di cui all'art. 2812, 1° co., c.c., allora «il creditore pignora la cosa come libera nei confronti del proprietario». Domanda, ci sia consentito l'espediente retorico, non è questa una prevalenza (dei creditori anteriori pregiudicati) che la legge enuncia per il medio di un'inopponibilità degli effetti (di un'alienazione gratuita) riservata ai creditori precedenti entro l'anno dalla trascrizione dell'atto?

Piccola chiosa. Di metodo anzitutto.

La polemica, giova sottolinearlo, non sarebbe montata se il legislatore, coniano l'art. 2929-*bis*, fosse ricorso alla tecnica sperimentata della "fattispecie". L'avervi scopertamente soprasseduto, *dandosi* nella norma unicamente i presupposti di un'azione esecutiva di cui sono poi illustrate le

⁽¹⁵⁾ È la tesi, descrittiva (principalmente) per la verità, suggerita (a prima lettura) da FRANCO, *La novella codicistica dell'art. 2929-bis c.c. tra accelerazione delle tutele creditorie e riflessioni sistematiche. Primo commento*, FN, 2015, 685 ss.

⁽¹⁶⁾ V., puntualmente, SCOTTI, *La c.d. "revocatoria semplificata" ex artt. 2929-bis c.c. e 64, ultimo comma l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, cit., 489 s. e 491.

⁽¹⁷⁾ V. così pure AND. FEDERICO, *Alienazioni a titolo gratuito e tutela dei creditori ex art. 2929 bis c.c.*, *RassDC*, 2016, 786 ss.

⁽¹⁸⁾ Così NIVARRA, *Le mobili frontiere della gratuità: revocatoria fallimentare*, in GALASSO-MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, 107.

modalità di esercizio, è all'origine di un equivoco che taluno ha immaginato di risolvere parlando di una disposizione formalizzante un *rimedio* posto «a ridosso dell'interesse tutelato, uno di quei rimedi, cioè, che pur agganciato all'esistenza del diritto, [qui quello] del creditore all'adempimento, ne prescinde nel suo collegamento diretto con l'interesse tutelato, sì da mirare al suo soddisfacimento al di fuori delle tradizionali categorie civilistiche»⁽¹⁹⁾. Detto altrimenti, l'art. 2929-*bis* andrebbe inteso come l'epifania settoriale di quella logica rimediale che molti adesso reputano prevalente su quella, recessiva viceversa, della fattispecie⁽²⁰⁾.

Intendiamoci, può anche essere vero visto che, a livello di nomenclatura legale, è indubitabile (giova ripeterlo) che l'art. 2929-*bis* si presenti come un precetto *incompleto*, complice l'omessa indicazione (bettianamente parlando) dell'effetto materiale scaturente «dalla sussistenza degli elementi del caso astratto contemplati dalla norma»⁽²¹⁾. Il fatto è che l'interprete medio non deve indugiare nell'equivoco del legislatore, scambiando la *non testualità* dell'effetto sostanziale (l'inefficacia/inopponibilità) con una sua carenza *tout court*. Descrittivamente l'art. 2929-*bis* può pure declinarsi come un rimedio contro il patrimonio, del debitore o di un terzo, riconosciuto *per saltum* in una chiave di realizzazione satisfattiva, cioè «accorciando ... le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse e/o al bene che si intende tutelare»⁽²²⁾. Il *bypass* che accorcia scardina, è vero, il nesso tra diritto soggettivo e potere d'azione, non anche quello però tra bisogno di tutela (del creditore) e soggezione del terzo avente causa, nesso trasfuso (lo ripetiamo) in un mutamento (a monte) del grado di rilevanza esterna del negozio (gratuito) supposto in frode. Dire che l'art. 2929-*bis* è norma regolativa di effetti degli effetti⁽²³⁾, potrebbe (all'occasione) tornare utile visto il sottinteso che le è correlato (l'art. 2929-*bis*, piaccia o no, è norma che rende perdenti pure quei terzi che abbiano trascritto *prima* della trascrizione del pignoramento).

⁽¹⁹⁾ Così SCOTTI, *La c.d. "revocatoria semplificata" ex artt. 2929-bis c.c. e 64, ultimo comma l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, cit., 505.

⁽²⁰⁾ V., per tutti, la *querelle* tra NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, *EuDP*, 2015, 583 s. e DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, ivi, 703 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. SCOTTI, *La c.d. "revocatoria semplificata" ex artt. 2929-bis c.c. e 64, ultimo comma l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, cit., 504, mentre la pagina (di Betti) evocata si trova, com'è risaputo, in *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (ristampa della 2^a ed.), 8.

⁽²²⁾ Così DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, *EuDP*, 2005, 351.

⁽²³⁾ Così OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis. Dalla pauliana alla "renziana"*, Torino, 2015, 4 e CATALANO, *L'art. 2929 bis c.c. nel sistema dei rimedi revocatori*, Napoli, 2016, 14.

3. Sulla presunta *bypassabilità delle azioni di nullità e di simulazione: confutazione.*

Seconda questione, riguardo alla qualificazione dell'art. 2929-*bis* come norma *bypassante* *ogni* accertamento giudiziale prodromico ad una declaratoria di inefficacia negoziale: dunque pure a quegli accertamenti che precedono una sentenza di nullità e di simulazione. Scrive Bove, contestando così una lettura maggioritaria parcellizzante viceversa il perimetro dell'art. 2929-*bis* a motivo della sua natura eccezionale⁽²⁴⁾, se il *bypass* (del momento cognitivo) «vale a fronte di atti gratuiti revocabili, per quale oscura ragione non dovrebbe valere, e direi a maggior [motivo], anche a fronte di un atto gratuito nullo o simulato»?⁽²⁵⁾ Il recitativo legale, «anchorché [il creditore trascrivente il pignoramento] non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia», non distingue.

Senza insistere sull'argomento che la gratuità normativamente selezionata ha da essere *documentale* oppure *non è*, qui potremmo cavarcela notando che, siccome non si dà una pignorabilità "isolata" bensì (come notavamo) *una* che rileva sempre e soltanto da vicenda a valle di una trascrizione (del pignoramento) causativa di un'inopponibilità che è di legge (e non per sentenza costitutiva), allora (diremmo che) soltanto *quel* tipo di fase procedimentale, consustanziale a *quel* genere di inefficacia relativa, è stato messo tra parentesi. Non già *tutte* le fattispecie che conducano a declaratorie di inefficacia. A ragionare diversamente, lo si nota *en passant*, il rischio di un *abuso* nella tutela del credito, in quanto qualsiasi terzo resterebbe così esposto al pignoramento promosso dal creditore (del proprio dante causa) allegante (e senza dunque darne prova) la simulazione dell'acquisto a titolo oneroso, risulta (diremmo) di palmare evidenza⁽²⁶⁾.

Come può notarsi la (pur attenta) replica di Bove sta o cade dunque con il suo presupposto, che non appartiene al modo di pensare della dottrina prevalente e che la rende (quanto meno) imperfetta. In più residua l'argomento, che Bove per la verità omette di censire, dell'art. 1415, 1° co., c.c., norma che rimette agli effetti della domanda di simulazione,

(24) Per tutti PROTO PISANI, *Profili processuali dell'art. 2929 bis c.c.*, *FI*, 2016, V, 136.

(25) V. BOVE, *op. ult. cit.*, 289.

(26) Già questo, dunque, dovrebbe bastare a far ritenere che «l'art. 2929-*bis* c.c. non si applica agli atti a titolo oneroso (asseritamente) simulati. Se manca l'intervento del giudice, prevale l'apparenza»: così DI SAPIO, *L'art. 2929-bis dalla prospettiva della tutela dell'affidamento dei terzi*, *DEI*, 2016, 295 (c.vo nel testo). In termini non dissimili DELFINI, *La fattispecie dell'art. 2929-bis c.c.: profili civilistici*, *Contr*, 2017, 105.

trascritta anteriormente, il conflitto con i terzi di buona fede, aventi causa dal titolare apparente, ai quali come si sa la simulazione è altrimenti inopponibile. Dovremmo, a seguire l'opinione di Bove, ammettere che, per il medio dell'art. 2929-*bis*, il legislatore ha (implicitamente) voluto pure riscrivere l'art. 1415, postergando così la tutela di quei terzi che, in buona fede, hanno fatto affidamento sull'apparente onerosità dell'atto. Il che naturalmente può pure starci ma, ci sia consentita la notazione, facendosi allora carico di un *deficit* di persuasività sistematica che l'opposta lettura, l'art. 2929-*bis* c.c. *non consente* la pignorabilità di una *res* alienata a titolo gratuito con un contratto dissimulato⁽²⁷⁾, assai meno (ci sembra) mostra invece di avere. Per inciso, come puntualmente nota Andrea Federico⁽²⁸⁾, la dottrina esercitata sull'opposizione alla donazione *ex art.* 563 c.c., la reputa non esperibile rispetto ai negozi a titolo oneroso simulati: ed anche questo è un dato non certo privo di rilievo. Se poi si rammenta che il *plus* di tutela *sub art.* 2929-*bis* è ottenuto in danno sia dei creditori anteriori *sine titulo* che di quelli posteriori, entrambi *perdenti* per l'essere la loro tutela rimessa unicamente all'esperibilità di un'azione revocatoria, ammettendo (alla Bove) che il *bypass* della novella marginalizzi (oltre alla revocatoria) tanto l'azione di nullità che quella di simulazione, ebbene l'effetto (di una tutela migliore a beneficio del solo creditore anteriore titolato) verrebbe, ed indiscutibilmente, a ramificarsi. Con, non v'è chi non lo veda, un *vulnus* al principio (seppur debole) della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.) tutt'altro che latente⁽²⁹⁾. La "via di fuga" di una trascrizione della domanda revocatoria anteriormente a quella

(27) V., limitando qui la citazione ai processualciviltisti in quanto, tra i cultori di diritto sostanziale la lettura di Bove non ha (fino ad oggi) trovato una qualche sponda, CAPPONI, *Prime riflessioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)*, cit., 64; MICCOLIS, *Brevi riflessioni sull'art. 2929-bis c.c.*, cit., 338; CAMPI, *Il nuovo art. 2929-bis c.c. tra inefficacia presunta, espropriazione anticipata e libertà negoziale*, in questa *Rivista*, 2016, 391; CAVUOTO, *L'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito*, *GPC*, 2015, 1171 ss. e METAFORA, *L'azione revocatoria semplificata di cui all'art. 2929 bis c.c.*, *ivi*, 2016, 853 e 856.

(28) Cfr. FEDERICO, *Alienazioni a titolo gratuito e tutela dei creditori ex art. 2929 bis c.c.*, cit., 804. Aggiungiamo che, siccome l'interprete contemporaneo deve pure ragionare nei termini di un'argomentazione orientata alle conseguenze, allora la tesi di Bove difficilmente riesce ad uniformarsi a detto parametro. Ammettendo infatti che il creditore possa agire *sub art.* 2929-*bis* ogni qual volta lamenti (senza doverlo provare) l'inesistenza di un corrispettivo (o la sua incongruità), l'effetto che si ottiene è il seguente: un'automatica «traslazione sul ruolo del Giudice dell'esecuzione dei procedimenti [di nullità e di simulazione] oggi sul ruolo di cognizione ordinario» (così DELFINI, *La fattispecie dell'art. 2929-bis c.c.: profili civilistici*, cit., 105, nota 8). Orbene, se questa è un'interpretazione assecondante l'interesse metaindividuale dell'art. 2929-*bis*, c'è di che dubitare che il discorso teorico regga.

(29) Ma per il rilievo di «una situazione di legittima disuguaglianza determinata dal

del pignoramento (artt. 2652, 2653, 2915, 2° co., c.c., 111, 4° co., c.p.c.) da sola non è che basti a (ri)comporre virtuosamente il conflitto.

4. *Il problema suscitato da un'applicazione intertemporale dell'art. 2929-bis.*

Terza questione, sulla sorte delle liberalità, compiute prima del 27 giugno 2015, per le quali il termine *ad quem* di un anno (dal giorno della loro trascrizione) non fosse ancora trascorso il 27-6-2016. Il tutto al netto tanto della circostanza (notoria) che non esiste un principio (costituzionalizzato) di irretroattività della legge civile quanto del fatto che la tipologia (di deroghe) legalizzata (dalla Consulta) all'art. 11, 1° co., delle preleggi potrebbe (in realtà) ben attrarre nel suo orizzonte l'art. 2929-*bis*. Se la retroattività può darsi infatti ogni qual volta sia proattivamente funzionale alla tutela di beni e diritti di rilievo costituzionale, in quanto gli uni e gli altri stando al recitativo giudiziale corrente fungono altresì da «motivi imperativi di interesse generale»⁽³⁰⁾, allora si ha qui una specola nella quale l'art. 2929-*bis* può (ci sembra) ben starci tutto. Per la banale ragione che, finalizzato com'è ad una più efficiente tutela del credito, l'art. 2929-*bis* sicuramente internalizza uno (di quei valori costituzionali) su cui la retroattività, perché la si possa utilmente avere, è chiamata ad impingere. Ergo, già in premessa si darebbero così le condizioni minime avallanti una pignorabilità intertemporale.

Ora, torna utile notarlo, al riguardo la pagina di Mauro Bove meritoriamente instilla più di un dubbio sull'attendibilità di una *vulgata* che vorrebbe invece l'art. 2929-*bis* irretroattivo in quanto (diversamente) si spoglierebbe di un'acconcia tutela una gamma composita di interessi, del debitore e/o dei suoi aventi causa a titolo gratuito, meritevoli (si dice) *sub specie Constitutionis*. Tra l'altro, siccome è un'interpretazione (assiologicamente orientata) quella che si vuole corazzi la *vulgata* dottrinale⁽³¹⁾, un supplemento di riflessione urge non potendo certo essere, come invece Mauro Bove sembra (di nuovo) propenso a ritenere⁽³²⁾, la natura proces-

possesso del titolo esecutivo», v. CAPPONI, *La tutela del debitore nell'esecuzione forzata*, ora in Id., *Otto studi sul processo civile*, Milano, 2017, 237 (dal quale si cita).

⁽³⁰⁾ Ai sensi, come prosegue un recitativo giudiziale ormai standardizzato, della CEDU. V., da ultimo, CATALANO, *L'art. 2929-bis c.c. nel sistema dei rimedi revocatori*, cit., 31 ss.

⁽³¹⁾ V., in special modo, M. BIANCA, *Il nuovo art. 2929-bis del codice civile. Riflessioni sparse sulla tutela dei creditori contro atti abusivi*, RDC, 2016, 1152-1154.

⁽³²⁾ Il ragionamento di Bove, ridotto all'essenziale, sembra infatti sintetizzabile così: l'art. 2929-*bis* è norma processuale, opera allora il principio *tempus regit actum* in virtù del

suale (dell'art. 2929-*bis*) l'argomento provvisto della virtù di spargliare risolutivamente i termini della questione.

Anche qui sincopando al massimo il discorso: da schermo alla retroattività, se si sta (come dicevamo) al diritto della Consulta⁽³³⁾, può fungere non un *qualsiasi* affidamento ma soltanto quello, non è un'ovvietà rimarcarlo, che sia *legittimamente* sorto⁽³⁴⁾. Dunque un affidamento (di diritto) incolpevole. Ora, siccome (nella specie) la regola di condotta (del debitore) è rimasta immutata, non ci sembra bizzarro osservare, come taluno seppur occasionalmente fa⁽³⁵⁾, che un'irretroattività (dell'art. 2929-*bis*) *premierebbe* in realtà un affidamento (dell'avente causa a titolo gratuito) di *puro fatto*, come tale non meritevole di tutela agli effetti di legge. Stante il disposto dell'art. 2901 c.c., tecnicamente non è infatti che un donatario possa ivi opporre un affidamento sulla stabilità dell'effetto traslativo ricevuto. Certo, è vero che, dando per buona una *sofortwirkung* dell'art. 2929-*bis*, si avalla anzitutto un ribaltamento (sul donatario) di un onere proba-

quale si avrà un'applicazione immediata dello *ius superveniens* ai processi pendenti, limitatamente s'intende agli atti da compiere. Ergo il problema dell'applicazione intertemporale dell'art. 2929-*bis* è una falsa questione. Ora, al netto della circostanza che, scendendo un po' più nel dettaglio, la questione (pure processualmente) si ramifica in un modo ben più articolato (v. CAPPONI, *L'applicazione nel tempo del diritto processuale civile*, RTPC, 1994, spec. 446 ss. e 450 ss.), se, come si è cercato qui di evidenziare, l'art. 2929-*bis* è (non meno) di una *norma ibrida*, allora il problema dell'intertemporalità torna a farsi vischioso, mostrando una complessità governabile soltanto con l'ausilio di un paradigma argomentativo privilegiante la logica di un bilanciamento dinamico di interessi. Nel senso suggerito da Bove è per altro T. Ferrara, 10-11-2015, in *www.ilcaso.it*. (che, nello specifico, doveva decidere sul ricorso del debitore ex art. 669-*terdecies* c.p.c. avverso l'ordinanza con la quale il g.e. aveva negato la sospensione dell'esecuzione – ex art. 624 c.p.c. – chiesta dallo stesso debitore). Il che ci suggerisce, per altro, un'altra considerazione, necessaria per ovviare a quella che, a pieno titolo diremmo, rischia di essere un'"illusione ottica". Quando si discute di una *sofortwirkung* dell'art. 2929-*bis*, il problema gravita intorno alla questione se degli atti negoziali (*e non processuali*) sono aggredibili con un rimedio introdotto dalla legge successivamente al tempo del loro compimento. Siccome il pignoramento è trascrivibile entro l'anno, stiamo ragionando di atti negoziali che, diciamo così, *inter partes* hanno esaurito i loro effetti mentre, quanto alla rilevanza esterna, sono ancora pendenti. Come dire però, se così stanno le cose, che la (pretesa) natura processuale dell'art. 2929-*bis* rischia di essere (al più) un fuor d'opera. V. pure LEO, *Il "pignoramento revocatorio"*, RN, 2016, 1022.

⁽³³⁾ Per tutti i dettagli, anche giurisprudenziali, si rinvia allo scritto di NAVONE, *L'irretroattività della legge applicabile alle successioni: nessun dogma!*, NLCC, 2016, 1287 ss.

⁽³⁴⁾ Lo notano, senza tante perifrastiche di contorno, CARENA-DI SAPIO-GIANOLA, *L'applicazione intertemporale dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 409.

⁽³⁵⁾ L'uso della forma avverbale vuol qui essere intenzionalmente allusivo: l'opinione prevalente, e sintomatica è la pagina di DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, cit., 448, nota 43, dipinge l'ammissione della retroattività come un *monstrum* che attenterebbe alla certezza dei rapporti giuridici, compromettendo le regole che sovrintendono alla stabilità della circolazione giuridica.

torio di stretta pertinenza invece del creditore procedente in revocatoria. Assodato però che l'affidamento ivi opposto dal donatario sarebbe non *giuridico* ma *fattuale*, e ciò nel senso stretto del termine, in quanto si tratterebbe di un affidamento appiattito su di una prassi di (irragionevole) durata del processo di esecuzione coattiva, sembra arduo pensare che qui la retroattività incocci in un'aspettativa idonea a farle da velo. Insomma, come si è fatto persuasivamente notare, «che il creditore pregiudicato agisca con la procedura ordinaria o con la nuova procedura semplificata»⁽³⁶⁾, poco cambia se l'atto gratuito è in frode al creditore: l'art. 2929-*bis* cerca di ovviare ad una stortura del diritto applicato ed immaginare che l'affidamento su di una siffatta stortura, del tipo “non avrei accettato la donazione se avessi saputo di una novella modificante lo *status quo* procedurale”, faccia aggio rendendo più stabile una donazione di per sé caducabile, ha tutta l'aria d'essere (*ictu oculi*) un *non sense*. Una volontà ipotetica speculativa non è un valore ed all'evidenza sporge.

Residua naturalmente l'idea di coniugare irretroattività e meritevolezza dell'interesse debitorio: ma, verrebbe da osservare, davvero il suggerirlo ha dalla sua un minimo di costruito? Se il divieto (di frode alle ragioni creditorie) è rimasto intatto, siccome è altresì pacifico che l'art. 2929-*bis* non rileva a guisa di una norma che sia costitutiva di un *nuovo* obbligo oppure di una sanzione *aggiuntiva*, non è al riguardo preferibile riconoscere che una sua applicazione retroattiva viene (in realtà) pienamente a soddisfare quel parametro di ragionevolezza che la Consulta maneggia da *limite* alla discrezionalità del legislatore? Se non si dà una plusvalenza di tutela (delle ragioni creditorie) tradottasi nella forma di un *aggravamento* della posizione debitoria, non c'è motivo, questo si vuol dire, perché il creditore anteriore titolato, ove il termine di un anno dalla trascrizione debba ancora spirare, non possa pignorare il bene gratuitamente alienato o costituito in vincolo. L'aspettativa riposta (non sul diritto vigente) ma sulla sua ineffettività empirica neanche è apparentabile ad un affidamento legittimo *perché* ingenerato dal legislatore o dedotto «da un'applicazione costante di norme di diritto»⁽³⁷⁾.

Dopo di che, è vero, potrebbe affacciarsi il caso di aventi causa a titolo gratuito di buona fede. In dottrina, ma non occorre al riguardo troppa fantasia, è stata immaginata l'ipotesi di un donatario che, perfezionatosi il trasferimento, ristrutturata l'immobile e vi apporta delle migliorie. Ora,

⁽³⁶⁾ Così CARENA-DI SAPIO-GIANOLA, *L'applicazione intertemporale dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., 415.

⁽³⁷⁾ Cfr. CARENA-DI SAPIO-GIANOLA, *op. ult. cit.*, 414.

verrebbe da replicare che, già nell'ordito dell'art. 2901 c.c., lo stato di buona fede, di chi acquisti a titolo gratuito, è perdente, nei confronti di un creditore che agisca fruttuosamente, dando la legge unicamente rilievo ad essa per gli atti a titolo oneroso. *Rebus sic stantibus*, l'*optimum* sta allora nel riconoscere una valenza retrospettiva alla regola secondo cui, nel conflitto, tra *qui certat de damno vitando* e *qui certat de lucro captando*, è il primo che va preferito?

È plausibile, tanto più (potrebbe notarsi) che la buona fede scusabile, di quegli aventi causa che siano incorsi in spese od abbiano apportato dei miglioramenti al bene poi pignorato, non è tenuta totalmente in non cale. Gli è che a soccorrerla, come già ci è capitato di osservare⁽³⁸⁾, provvedono però altri rimedi, dalla garanzia evizionale all'azione di ingiustificato arricchimento, funzionalmente attinenti (l'una e l'altro) al rapporto interno tra le parti.

Alle corte: *favor creditoris* v. stabilità e certezza nella circolazione dei diritti reali immobiliari. Sono questi (e non altri) i termini della questione.

5. *Commiato.*

Un'ultima chiosa.

Bove, va da sé, potrebbe replicarci che, quelle testé opposte, sono delle possibili (ma non insuperabili) perplessità, restando ognuno poi della propria opinione su chi sta prendendo un abbaglio, fraintendendo così la *ratio* della disposizione. E sia. Viene fatto però di domandarsi, non fosse altro al fine di esorcizzare la "paura" di cui Bove discorre, se non sia più costruttivo (nel contempo) riflettere su altre problematicità dell'art. 2929-bis. Capponi⁽³⁹⁾, che si interroga tanto sull'onere della prova (nei giudizi di opposizione) che sull'inesistenza di un potere officioso del g.e. riguardo all'effettivo darsi dei presupposti specifici del 1° co.⁽⁴⁰⁾, ne fornisce (allo stato) un succoso assaggio. Il civilista, che volesse fargli da sponda, potrebbe aggiungere che il catalogo annovera pure il problema di un'*unitarietà perduta* del sistema revocatorio ordinario, palesandosi ormai una dicotomia tra gli atti a titolo oneroso e quelli gratuiti, degradati *sub specie*

⁽³⁸⁾ In *A proposito dell'art. 2929-bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, cit., 181.

⁽³⁹⁾ In *Qualche sparsa osservazione sull'art. 2929-bis c.c. "ripensato" nell'estate 2016*, in questa *Rivista*, 2016, 619 ss.

⁽⁴⁰⁾ Come scrive CAPPONI, *op. ult. cit.*, 624, «il g.e. potrà controllare quanto viene prodotto (es., il titolo esecutivo) non anche quanto semplicemente è dichiarato dal creditore procedente».

di un potere del creditore di agire subito esecutivamente in quanto mezzo di tutela di maggiore prossimità all'interesse da tutelare. È il *favor creditoris* il valore che fa da ponte tra un bisogno di tutela ed un rimedio impattante «nella sfera giuridica del terzo»⁽⁴¹⁾.

Di qui l'ennesima domanda: l'art. 2929-*bis* come luogo di un'efficienza della tutela creditoria che ripерimetra i confini (carneluttiani) di una responsabilità senza debito?

⁽⁴¹⁾ Così SCOTTI, *La c.d. "revocatoria semplificata" ex artt. 2929-bis c.c. e 64, ultimo comma l.f., tra crisi della fattispecie e prospettiva dei rimedi*, cit., 507.

BRUNO CAPPONI (*)

Ordinanze decisorie “abnormi” del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive

Nel rapporto tra esecuzione e cognizione, una questione sistematicamente riemergente, e che crea contrasti anche in seno alla Suprema Corte, è la sindacabilità mediante l'appello dei provvedimenti del g.e. che, pur assunti con ordinanza (art. 487 c.p.c.), sconfinino dall'esercizio di normali poteri ordinatori per convertirsi in decisioni sul diritto di procedere nell'esecuzione anche risolvendo contrasti tra le parti riferibili – per usare categorie note, sia pure con un inevitabile margine di approssimazione – non tanto al *quomodo* quanto all'*an* dell'esecuzione.

Si parla in proposito di provvedimenti aventi la forma dell'ordinanza ma la sostanza decisoria della sentenza. Tuttavia adottati – dettaglio non trascurabile e, come vedremo, non trascurato dalla più recente giurisprudenza – da un giudice istituzionalmente munito del solo potere di ordinanza: dato non meramente formale, ma che incide sulla definizione stessa del ruolo del g.e. rispetto al titolo esecutivo e all'esecuzione.

Tema di base è il potere “cognitivo” del g.e. in relazione al titolo, vero fondamento di legittimazione nell'esecuzione; ma spesso nel tema rifluisce anche l'esercizio del potere in relazione a *incidenti* dell'esecuzione, come chiaramente emerge dall'esame – *infra* – delle figure tipiche di ordinanze “decisorie” nel tempo individuate dalla giurisprudenza. Non sempre è facile distinguere, nelle contestazioni relative alla c.d. “portata sostanziale” del titolo esecutivo, l'*an* dal *quomodo*: si pensi, ad es., al caso in cui nell'esecuzione forzata dell'obbligo di fare si contesti la modalità individuata dal g.e. perché diversa da quella (a contenuto divenuto impossibile causa il mutamento dello stato dei luoghi) descritta nel titolo; modalità che, tuttavia, rappresenta la sola possibilità di dare attuazione al titolo (es., servitù di passaggio dal fondo A al fondo B). Ciò porta a interrogarsi sul

(*) Relazione svolta il 2-3-2017 al convegno, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall'Università di Roma Tre, su *L'interpretazione del titolo esecutivo e i poteri del giudice dell'esecuzione*. L'origine dello scritto giustifica l'assenza delle note.

requisito di “certezza” del titolo, se il risultato da conseguire (nell'esempio, il passaggio) possa essere realizzato secondo differenti modalità.

Va premesso quale sia, o dovrebbe essere, lo scenario istituzionale:

(a) il titolo esecutivo è argine tra cognizione ed esecuzione, quale rappresentazione di un diritto “certo” che non deve essere specificato o integrato in sede di esecuzione, dovendo soltanto essere attuato a fronte dell'inerzia del soggetto obbligato (ma vedremo che tale principio richiede adattamenti appunto nell'esecuzione per obblighi di fare, assumendosi che la “certezza” del titolo possa essere integrata o specificata dal provvedimento *ex art. 612 c.p.c.*);

(b) il g.e. attua diritti certi, ma non accerta diritti al fine della loro attuazione (è forse, questa, la caratteristica istituzionale più indubbiata da recenti riforme che hanno esaltato i poteri cognitivi, sia pure strumentali, del g.e.);

(c) lo stesso g.e. è titolare di poteri di verifica circa l'esistenza e permanenza, durante l'intero arco dell'esecuzione, del titolo esecutivo, e in questa sua funzione finisce inevitabilmente per esercitare poteri che possiamo genericamente definire “cognitivi”. Riguardo a tale punto, di importanza centrale, va rilevato che il controllo officioso sul diritto di procedere, “incorporato” nel titolo, concorre con la possibilità che il soggetto passivo contesti, mediante l'opposizione all'esecuzione, il «diritto della parte istante di procedere ad esecuzione forzata» (art. 615, 1° co., c.p.c.), di norma deducendo motivi che rispetto al titolo sono estranei (ciò avviene senz'altro nell'esecuzione per obblighi di fare, che può essere sorretta soltanto dal titolo giudiziale). Ove sia il g.e., anche dietro sollecitazione dell'esecutato, a verificare la mancanza *ab initio* o il sopravvenuto venir meno del titolo in corso d'esecuzione, potrà chiudere il processo con una pronuncia di rito che la giurisprudenza ora prevalente qualifica di estinzione “atipica” (cfr. l'art. 187-*bis* disp. att. c.p.c.), assoggettandola a controllo in sede di opposizione agli atti (art. 617 c.p.c.); ove sia invece il soggetto passivo a contestare l'esistenza del diritto di procedere, ciò comporta l'apertura di una fase incidentale di cognizione (l'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*) che sarà definita con sentenza appellabile. Il fenomeno, frequentissimo nella pratica, ci consente di affermare che il controllo circa l'esistenza del diritto di procedere nell'esecuzione viaggia su un doppio binario: l'uno conduce, per il tramite di un provvedimento del g.e. che nega la tutela, all'opposizione formale; l'altro, a seguito della reazione dell'esecutato che formalmente contesta l'esistenza del diritto alla tutela, all'opposizione di merito. Se è corretto affermare che lo strumento tipico per la contestazione dell'azione esecutiva è l'opposizione all'esecuzione, va

nel contempo tenuto presente che la caducazione dell'esecuzione (quantomeno prima della vendita forzata) può risultare da un percorso alternativo, che impegna appunto il controllo d'ufficio del g.e. sui presupposti dell'esecuzione forzata.

Approfondendo il tema, il passaggio successivo è l'individuazione dei limiti entro i quali può esercitarsi un controllo officioso in sede esecutiva. Sul punto non c'è molta chiarezza: né in dottrina, né in giurisprudenza, che spesso segue un criterio del tutto occasionale. L'opinione rigorosa vorrebbe che il controllo del g.e. possa esercitarsi soltanto sul titolo e sulle sue vicende connesse a provvedimenti giudiziari successivi (caducazione, sospensione etc.), con esclusione di tutte quelle questioni che, coincidendo con fatti impeditivi modificativi estintivi sopravvenuti, potranno formare oggetto di opposizione all'esecuzione (una concezione accreditata costruisce le opposizioni come eccezioni con veste di azione) perché il g.e., non essendo un giudice della cognizione, non può conoscere di "eccezioni" secondo il modello del processo dichiarativo. Ma questa impostazione rigorosa viene spesso disattesa, e del resto anche nel processo dichiarativo vi sono eccezioni in senso proprio e in senso lato, queste ultime rilevabili d'ufficio. Analizzando, *infra*, un caso particolare ci occuperemo del pagamento come fatto estintivo dell'obbligazione portata nel titolo: è rilevabile d'ufficio, anche dietro sollecitazione di parte, o la relativa eccezione dovrà necessariamente formare oggetto di opposizione all'esecuzione? Nel processo dichiarativo, l'eccezione di pagamento si ritiene pacificamente rilevabile d'ufficio (ma, ovviamente, dal giudice della cognizione); occorrerebbe dunque spiegare perché il giudice del doppio binario non potrebbe conoscere di un fatto sopravvenuto che modifica la situazione rappresentata nel titolo. La risposta potrebbe essere nel senso che quel giudice non può conoscere d'ufficio di questioni che un giudice della cognizione potrebbe conoscere in sede di opposizione, perché il controllo a lui demandato è di tipo estrinseco e non di merito; ma l'osservazione prova troppo, rischiando di travolgere una larga serie di acquisizioni di cui la giurisprudenza più non dubita. E non possiamo nasconderci che, nella scelta tra l'uno e l'altro mezzo, giocano anche ragioni di economia processuale, che attualmente rilevano sotto il profilo costituzionale della ragionevole durata.

Si tratta – è bene premetterlo – di questioni altamente opinabili: in concreto, a fronte di un debitore che dimostri, nell'esecuzione, di aver già pagato, ci sarà il g.e. disposto a chiudere il processo con un'ordinanza di estinzione atipica, ma ci sarà anche il g.e. che – in modo più rigoroso – dirà che la causa estintiva è deducibile e conoscibile soltanto in sede di opposizione all'esecuzione e che egli, per i limiti intrinseci della sua giuri-

sdizione, non può conoscere di eccezioni (quantunque conoscibili d'ufficio dal giudice della cognizione, ma con diversi effetti).

Ammettere il g.e. al rilievo di questioni che impediscono di portare a termine l'esecuzione equivale a riconoscere che nel processo esecutivo non ci sono questioni targabili "da opposizione all'esecuzione" e così non autonomamente conoscibili dal g.e., perché una stessa questione potrà formare oggetto di rilievo d'ufficio o di opposizione da parte del legittimato. È ravvisabile una tendenza ad allargare l'ambito del potere di rilevazione d'ufficio: ad es., se il titolo per cui si procede viene sospeso in sede di impugnazione, non servirà un'opposizione all'esecuzione perché il g.e. si adegui (*ex art. 623 c.p.c.*), e ciò vale anche quando il titolo sia caducato o trasformato. E se si analizzano i molteplici casi in cui la giurisprudenza ravvisa i presupposti dell'estinzione atipica, facilmente ci si avvede che esistono varie ipotesi che possono coincidere con "eccezioni" relative non soltanto al titolo esecutivo e alle sue vicende, ma anche all'esecuzione in sé. Del resto, la definizione che del fenomeno offre la giurisprudenza – «vizi che impediscono che il processo consegua il risultato che ne costituisce lo scopo, e cioè l'espropriazione del bene pignorato come mezzo per la soddisfazione dei creditori»: così la nota Cass., S.U., n. 11178/1995 – è idonea ad abbracciare anche fatti sopravvenuti alla formazione del titolo, e comunque pacificamente vizi opponibili *ex art. 615 c.p.c.*

Il passaggio cui abbiamo appena accennato è cruciale per risolvere il problema del concorso tra appello e opposizioni esecutive, e anche tra opposizione di merito e formale. La questione di base è se il g.e. possa conoscere di tutte le questioni circa la giustizia dell'esecuzione, o se il suo scrutinio debba arrestarsi al riscontro dell'esistenza e permanenza del titolo esecutivo. La scivolosità del tema deriva da ciò, che anche i controlli estrinseci che tutti danno per pacifici coincidono con motivi di opposizione all'esecuzione: il che non ci consente di affermare che quanto può formare oggetto di contestazione *ex art. 615 c.p.c.* non sia *anche* conoscibile d'ufficio dal g.e.

* * *

Lo scenario che abbiamo definito "istituzionale" è stato scompaginato da recenti riforme, che hanno inglobato nell'esecuzione aspetti di cognizione prima nettamente separati, riuscendone in conseguenza esaltato il ruolo del g.e. Si pensi alle controversie distributive (*art. 512 c.p.c.*) o all'accertamento dell'obbligo del terzo nell'espropriazione presso terzi (*artt. 548, 549 c.p.c.*): contesti, entrambi, in cui questioni "di merito" sono risolte in prima battuta dal g.e. *in quanto tale* (cioè come organo dell'esecuzione e non della cognizione) che fa uso del suo potere di ordinanza,

con un controllo del provvedimento ordinatorio – ma che presenta chiari aspetti decisori – demandato all’opposizione agli atti. La verifica dei crediti degli interventori non titolati (art. 499 c.p.c.) è invece espressione d’una diversa tendenza, perché qui il g.e. non decide neppure sommariamente sulla spettanza o sull’ammontare del credito, ma assiste a comportamenti significativi del debitore con conseguenze direttamente regolate dalla legge processuale (non a caso, per questo profilo l’innovazione è stata comunemente criticata). Prima della riforma dell’art. 499 c.p.c. (2005), proprio la materia dell’intervento dei creditori offriva ripetute occasioni “cognitive” al g.e., specie quando si controverteva di conversione o riduzione del pignoramento.

Più di recente abbiamo assistito a una vera e propria estremizzazione del rapporto tra cognizione ed esecuzione: l’art. 2929-*bis* c.c., introdotto da una decretazione d’urgenza del 2015 e corretto da una decretazione d’urgenza del 2016, disegna un contesto in cui la tutela giurisdizionale esordisce nell’esecuzione e può essere riportata nei binari della cognizione mediante le opposizioni degli interessati. Occorre chiedersi se sia possibile predicare un controllo officioso del g.e. sulle condizioni di esercizio dell’azione esecutiva “speciale”, perché in tale particolare contesto la verifica della legittimazione del precedente non è limitata, *more solito*, al controllo del titolo esecutivo, ma si estende a un complesso di condizioni – l’ anteriorità del credito, la gratuità dell’atto pregiudizievole, il pregiudizio prodotto dall’atto dispositivo quanto alla garanzia generica, la consapevolezza da parte del disponente di quel pregiudizio – che, nell’esecuzione speciale, sono soltanto affermate dal creditore precedente, ma in alcun modo provate. È evidente che, qualora si ammettesse la possibilità di un controllo *ex officio* del g.e. sui presupposti dell’azione esecutiva esterni al titolo, il processo esecutivo speciale nascerebbe in forma di inestricabile groviglio tra cognizione ed esecuzione. Problema destinato ad aggravarsi qualora, seguendo le suggestioni di parte della dottrina, si ravvisasse nell’art. 2929-*bis* un prototipo da applicarsi anche per le azioni di nullità e simulazione, con un capovolgimento copernicano della relazione tra il luogo deputato all’accertamento del diritto e il luogo deputato alla sua realizzazione forzata. Anche a tale riguardo possiamo ripetere quanto già detto a proposito del doppio binario: ove si ammetta il g.e. (soluzione che non mi trova concorde, nel particolare contesto dell’art. 2929-*bis*) al rilievo d’ufficio, il mezzo di controllo sarà l’opposizione agli atti; qualora invece si stimi che l’esecuzione speciale possa essere contrastata soltanto dall’opposizione degli interessati, il controllo sarà affidato alle opposizioni di merito. Nel primo caso, il g.e. rischia di diventare un piccolo giudice della cognizione

(sfornito però di qualsiasi strumento istruttorio); fenomeno certamente già in atto allorché sia chiamato a decidere della sospensione dell'esecuzione, posto che i "gravi motivi" sono qui riferibili non soltanto a quanto risulta dal titolo, ma anche a quanto il legislatore presume al fine di legittimare il creditore all'azione speciale (cfr. i 1° e 3° co. dell'art. 2929-*bis*).

D'altra parte, la conseguenza appare inevitabile: se si "semplifica" la cognizione al punto da sopprimerla, è giocoforza che i problemi riemergano poi in sede esecutiva. Il dubbio è se riemergeranno già dinanzi al g.e., complicandogli la vita in modo inedito, o se occorrerà attendere la proposizione delle opposizioni: perché nella logica dell'esecuzione speciale – il dato sembra assai chiaro – il g.e. è tenuto a procedere in base a mere affermazioni del creditore, salvo contestazione degli interessati. Il sistema del doppio binario, in altri termini, non mi sembra predicabile in questo contesto nuovo.

Alla luce degli interventi normativi velocemente passati in rassegna, possiamo forse riconoscere una tendenza che, dal sistema del g.e. che attua diritti certi, muove verso un sistema in cui il g.e. può accertare diritti al fine di attuarli (con effetti interni all'esecuzione, ma nell'immediato satisfattivi).

A tanto si affiancano recenti tendenze giurisprudenziali: la nota Cass., S.U., n. 11066/2012, vuole che "titolo esecutivo" non sia più il documento-sentenza, quanto la sua ricostruzione alla luce degli atti del processo e delle richieste delle parti, oggetto di contraddittorio anche interno all'esecuzione: esistono «fonti di integrazione del titolo esecutivo», la cui individuazione sarebbe soprattutto rimessa al contraddittorio tra le parti dell'esecuzione, chiamate a interpretare «il pensiero del giudice consegnato alla sentenza». Il titolo esecutivo è qui mero punto di partenza per verifiche da compiersi nell'esecuzione, ove le parti sono tenute a "parlar chiaro", cioè a un contraddittorio sul titolo che smette di essere un totem intoccabile. I passaggi essenziali della sentenza, che meritano di essere attentamente meditati, sono i seguenti: «il superamento dell'incertezza circa l'esatta estensione dell'obbligo dichiarato nella sentenza e negli altri tipi di provvedimenti cui la legge ricollega efficacia esecutiva, incertezza che del resto può essere relativa, tale cioè da non estendersi al suo intero aspetto oggettivo, si presta ad essere attinto, prima dell'inizio dell'esecuzione, attraverso il rimedio delle opposizioni che la precedono, ma anche, a processo esecutivo iniziato, attraverso la sollecitazione del potere che pur è riconosciuto al giudice dell'esecuzione in tema di controllo della esistenza del titolo esecutivo. Se dunque si considera la precisa individuazione dell'obbligo dichiarato dal giudice non come un requisito formale del

provvedimento giudiziario, ma come ciò che il giudice di merito deve essere stato messo in grado di accertare ed è dimostrabile abbia accertato, quando si integri ciò che nel provvedimento è dichiarato con ciò che gli è stato chiesto e vi appare discusso, si ottiene il sicuro vantaggio di costringere le parti del rapporto controverso al parlare chiaro: il creditore procedente indicando con precisione nel precetto la prestazione richiesta ed i suoi perché; il debitore con altrettanta precisione contestando ciò che ritenga non dovuto, perché negato o non accertato, ponendolo a base delle opposizioni che possono precedere o seguire l'inizio dell'esecuzione od affidandole al giudice dell'esecuzione ai fini del suo controllo sull'estensione del titolo; il creditore dal canto suo proponendo domanda riconvenzionale a fini di accertamento di quanto possa essere ritenuto già non accertato o controbattendo le allegazioni interne al processo esecutivo fatte dal debitore».

Il carattere “rivoluzionario” di tali affermazioni, che rispettano la logica del doppio binario, risiede soprattutto nella concezione dell'esecuzione come luogo in cui si discute del titolo – nonostante la costante riaffermazione, da parte della S.C., del carattere non contraddittorio del processo esecutivo: tra le tante altre, Cass., Sez. III, n. 22279/2010 – allo scopo di integrarlo con quanto dal titolo non emerge e dovrebbe invece emergere, con quanto non risulta esser stato deciso e avrebbe invece dovuto: esattamente come se quel titolo non segnasse una frattura tra cognizione ed esecuzione, e tra i due processi, cognitivo ed esecutivo, non vi fosse alcuna soluzione di continuità.

L'affermazione delle S.U. è stata comprensibilmente ridimensionata da successive pronunce delle sezioni semplici: ad es., Cass., Sez. III, n. 1027/2013, secondo cui è necessario che il “comando” contenuto nel titolo non risulti da quanto il giudice “avrebbe dovuto conoscere” bensì da quanto abbia effettivamente conosciuto, sebbene sia mancata “la concreta estrinsecazione” del comando; o ancora Cass., Sez. I, n. 23418/2016, secondo cui nell'integrazione extratestuale del titolo non si può far ricorso a cognizioni suppletive o integrative e pertanto il dispositivo di condanna non può risolversi nel richiamo integrale a un atto del processo, per di più solo genericamente indicato (ad es., la relazione del CTU).

Va rimarcato che l'innovativa lettura offerta dalle S.U. finisce per esaltare il ruolo del g.e. e i suoi poteri di accertamento anche d'ufficio. Ma il prezzo da pagare è che venga meno la funzione istituzionale del titolo, di separazione della cognizione dall'esecuzione; il rischio, cioè, è quello di fare dell'esecuzione un luogo in cui si continui a discutere del merito per come riflesso dal titolo. Rischio tanto più concreto nell'attuale

contesto di semplificazione del tipo decisorio per eccellenza, la sentenza, che in molti casi, proprio a causa delle nuove e più contratte modalità di redazione, può dar luogo a problemi di identificazione del *decisum* e di ricostruzione del percorso seguito dal giudice (su cui pure le S.U. sembrano fare un cospicuo affidamento). Sta di fatto che, dopo le modifiche del 2009 e i più recenti orientamenti di legittimità sull'utilizzo degli atti del processo a fini di motivazione *per relationem*, la sentenza ha mutato il suo "tipo" a vantaggio forse della concentrazione ma a sicuro detrimento dell'autonomia e forse anche della certezza.

Questa "crisi" del titolo giudiziale è destinata a riflettersi nell'esecuzione, chiamando il g.e. a compiti di verifica e accertamento che in principio non dovrebbero competergli.

* * *

In tale contesto indubbiamente in forte subbuglio, si stagliano i vecchi problemi dell'esecuzione per obblighi di fare (e, come oltre diremo, anche del controllo sull'ordinanza di assegnazione del credito pignorato). Anche qui possiamo muovere da dati fermi:

(a) il g.e. non pronuncia mai sentenza perché non ha il potere di decidere il merito di questioni controverse, sia pure strumentalmente alla loro esecuzione forzata. Regola non contraddetta né dall'art. 612 c.p.c. né dagli artt. 530, 4° co. e 569 c.p.c., quest'ultimo "corretto" nel 2005, che in modo improprio parlavano di un potere decisorio del g.e. sulle opposizioni agli atti proposte prima della fase di autorizzazione alla vendita. È vero che le modifiche normative cui sopra abbiamo cennato (artt. 512, 648, 649 c.p.c.) hanno chiamato il g.e. a compiti "accertativi" e "decisori" nuovi, ma è altrettanto vero che dei fenomeni implicati sono state proposte volta per volta letture correttive, cioè coerenti col contesto in cui è chiamato a operare il g.e.: ad es., le decisioni del g.e., assunte sempre con ordinanza, rilevano solo ai fini interni dell'esecuzione; l'oggetto delle decisioni si adegua al contesto dell'esecuzione (così, ad es., nel caso del 512 si parla dell'astratto "diritto al concorso", non di accertamento del diritto di credito); tali decisioni sono sempre opponibili in quanto atti esecutivi e non decisori, e così via.

(b) Le ordinanze del g.e. sono revocabili e modificabili fin tanto che non abbiano avuto completa esecuzione.

(c) Esiste uno strumento *ad hoc* per la loro impugnazione (l'art. 617 c.p.c.), che non concorre né con l'appello, né col ricorso *ex art.* 111 Cost.

Su questo nucleo di certezze si innestano i problemi del provvedimento adottato a norma dell'art. 612 c.p.c., formalmente ordinatorio ma so-

stanzialmente decisorio; emergono dall'esame della giurisprudenza figure tipiche, allorché il g.e.:

- neghi la tutela esecutiva, sul presupposto che l'esecutato si sia spontaneamente adeguato al "comando" del titolo esecutivo;
- neghi la tutela per inesistenza del diritto portato nel titolo esecutivo;
- neghi la tutela per eccesso di indeterminatezza del titolo esecutivo, non emendabile coi provvedimenti attuativi;
- adotti modalità di attuazione contrastanti col contenuto del titolo esecutivo;
- adotti modalità che integrano in modo sostanziale il contenuto del titolo esecutivo risolvendo contrasti di merito tra le parti.

In questi casi una giurisprudenza consolidata, sebbene al momento recessiva (ma pur sempre presente: v., ad es., Cass., Sez. III, n. 27185/2016), ammette il rimedio dell'appello, sul presupposto che l'ordinanza del g.e. possa configurarsi quale "sentenza in senso sostanziale".

Rispetto alla massima consolidata (v., ad es. e tra tante altre, Cass., Sez. III, n. 16471/2009) due aspetti sono da sottolineare: (a) la giurisprudenza parla di *abnormità* del provvedimento, perché decisorio in carenza di potere; (b) parla di decisione, con ordinanza, su un'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* proposta dall'esecutato o *rilevata d'ufficio* dal g.e.

I temi evidenziati sono tutti molto scivolosi.

La massima di cui alla lett. (b) si rivela un'indebita forzatura, contrastante col fondamentale principio della domanda, allorché fa riferimento alla possibilità di una pronuncia d'ufficio. Non necessita d'una particolare dimostrazione l'evidente realtà per cui il g.e., se non ha il potere di decidere un'opposizione all'esecuzione, tanto meno avrà il potere di sollevarla d'ufficio, per poi adottare un provvedimento – la sentenza, quale che sia stata in concreto la forma del provvedimento – che gli è istituzionalmente precluso. Non meno problematico è il riferimento all'opposizione "proposta dall'esecutato", perché di norma il problema sorge proprio perché l'esecutato ha ommesso di proporre una formale opposizione, deducendo direttamente dinanzi al g.e. questioni che integrano motivi di opposizione (doppio binario), o chiedendo al g.e. provvedimenti ordinatori (è il caso dell'art. 612 c.p.c., quando la tutela chiesta viene negata, il che esclude in radice la configurabilità di un'opposizione all'esecuzione che, semmai, dovrebbe essere introdotta dall'esecutato).

La lett. (a) ci rimanda al problema dell'individuazione e del trattamento del provvedimento abnorme (decisione adottata in carenza di potere), tema su cui la dottrina processual-civilistica è forse in ritardo rispetto a

quella processual-penalistica (mossa dall'esigenza di superare la tassatività dei mezzi di impugnazione).

Secondo un'accezione rigorosa, che la struttura del processo esecutivo senz'altro giustifica, il provvedimento abnorme del g.e. è sempre revocabile; è sganciato dai termini delle impugnazioni ordinarie e oggetto di un'*actio nullitatis* imprescrittibile; questa, all'interno dell'esecuzione, può assumere le forme di un'opposizione agli atti svincolata dal termine decadenziale con l'obiettivo della rimozione dell'atto viziato (non della sua sostituzione). In altri termini, il provvedimento abnorme ha solo da essere rimosso, con lo strumento deputato nel contesto dell'esecuzione – l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*, quale rimedio di chiusura – o con qualsiasi altro idoneo allo scopo (non esclusa la revoca in ogni tempo).

Tuttavia, a proposito dell'atto abnorme in giurisprudenza si rintracciano orientamenti diversi, che applicano ora il regime delle nullità (con conseguente "recupero" dell'atto nel circuito delle impugnazioni), ora quello della inesistenza (desunto dall'art. 161, 2° co., c.p.c.) in cui il mezzo impugnatorio ha sola funzione caducatoria. Esempio: nel caso dell'opposizione agli atti esecutivi decisa con decreto *inaudita altera parte* (magari perché proposta oltre il termine decadenziale), l'impugnazione dell'atto abnorme dà luogo non a cassazione senza rinvio, ma a cassazione con rinvio perché l'opposizione sia decisa con sentenza a seguito della celebrazione del processo nel contraddittorio delle parti (Cass., Sez. III, n. 5915/2001). Qui il presupposto non è soltanto la carenza di potere decisorio, ma il malgoverno delle regole processuali su trattazione e decisione dell'opposizione.

L'orientamento tradizionale a proposito delle ordinanze "decisorie", che abbiamo appena qualificato recessivo, è nel senso di assimilare l'abnormità a una nullità, con la conseguenza di ritenere ammissibile l'appello (e, nel periodo 2006-2009, il ricorso per cassazione) con la consueta funzione sostitutiva. Si tratta di una soluzione inadeguata ed eccessiva, perché un processo di cognizione verrebbe a innestarsi sul processo esecutivo non soltanto forzandone il sistema chiuso di rimedi interni (le opposizioni), ma soprattutto riconoscendo al g.e. un potere decisorio "sostanziale" che quel giudice certamente neppure in astratto ha. Se il g.e. – torniamo a una delle figure tipiche individuate dalla giurisprudenza – accerta e dichiara, col provvedimento *ex art. 612 c.p.c.*, che il titolo esecutivo ha esaurito la sua funzione per essersi, il soggetto obbligato, adeguato spontaneamente al suo contenuto precettivo, che senso ha innestare su tale provvedimento un nuovo processo di cognizione articolato sul grado di appello e, poi, di legittimità? Le tendenze attuali – ma vedremo che in qualche caso recente

esse risulteranno disattese – sono nel senso di qualificare un simile provvedimento di chiusura in rito come una forma di estinzione atipica: rispetto ad esso, il mezzo di controllo è l'opposizione agli atti esecutivi.

Un superamento dell'orientamento tradizionale, proprio della giurisprudenza più recente, consiste nel ritenere l'ordinanza “decisoria” definitiva della sola fase sommaria di un'opposizione all'esecuzione (ciò grazie alla costruzione bifasica delle opposizioni esecutive, sanzionata dalla riforma del 2006), col conseguente onere di instaurare, con separato atto, la fase a cognizione piena. La premessa è che – ripetiamo le chiare parole di Cass., Sez. III, n. 22033/2011 – «l'applicazione del concetto di sentenza in senso sostanziale ad un provvedimento del giudice civile che non sia qualificato come sentenza suppone che il potere del giudice sul procedimento che ha portato all'emanazione del provvedimento sia strutturato normativamente in modo tale che quel giudice all'interno di esso si veda riconosciuta la possibilità di emanare sull'azione esercitata una decisione che possa assumere la natura della sentenza».

Questo secondo orientamento (cfr. Cass., Sez. III, n. 8640/2016), che attualmente convive con l'altro ammissivo dell'appello, che pure tenta di superare, è senz'altro apprezzabile, perché riporta ogni possibile questione e contestazione, insorta nell'esecuzione, nell'ambito dei rimedi propri del processo esecutivo. Ma è anche una soluzione che appesantisce il trattamento processuale dell'atto abnorme, stante che l'opposizione all'esecuzione è un ordinario giudizio di cognizione articolato nei due gradi di merito. Ed è soluzione che rischia di dare senz'altro per proposta – non parliamo più del rilievo d'ufficio – un'opposizione di merito che forse l'interessato non avrebbe inteso proporre, accontentandosi di sollecitare i poteri officiosi del g.e. (vedremo in seguito un esempio a proposito dell'ordinanza di assegnazione del credito pignorato) ovvero chiedendo al g.e. l'adozione di provvedimenti ordinatori.

La soluzione è però, a ben vedere, anch'essa una forzatura: nella struttura bifasica dell'opposizione all'esecuzione, la fase dinanzi al g.e. non è deputata all'adozione di una decisione sommaria da eventualmente confermarsi all'esito del giudizio a cognizione piena; essa presuppone piuttosto l'adozione di altro genere di provvedimenti, che non a caso vengono adottati con ordinanza: in primo luogo la sospensione, concepita come cerniera tra fase sommaria e fase di cognizione piena con possibilità di evolvere in estinzione (art. 624, 3° co., c.p.c.). Si tratta dunque dell'adattamento di un modello che non è stato certo pensato per la progressione da una fase a cognizione sommaria verso una a cognizione piena rispetto a un identico oggetto. È poi un modello che può funzionare dal

lato del debitore, mentre – abbiamo visto – la prevalenza dei casi giurisprudenziali interessa la negazione della tutela, non il riconoscimento di una tutela eccessiva rispetto al titolo.

Soluzione preferibile sarebbe quella di convogliare ogni possibile contestazione dell'ordinanza *ex art.* 612 c.p.c. verso l'opposizione agli atti: che attualmente, dopo un lungo percorso evolutivo, è considerata idonea alla cognizione di questioni di merito ed è sempre più frequentemente promossa, anche dal legislatore, quale "rimedio di chiusura" interno all'esecuzione.

In fondo, se consideriamo le figure tipiche di ordinanze decisorie, in relazione alle quali la giurisprudenza ha sinora ritenuto ammissibile l'appello immediato, ci avvediamo che la negazione della tutela esecutiva, per le più varie ragioni, finisce per coincidere con una chiusura in rito o estinzione atipica, mentre le ipotesi di esecuzione oltre o contro il titolo possono rifluire in contestazioni del *quomodo* dell'esecuzione: il titolo c'è, ma non giustifica la tutela che in concreto il g.e. sta somministrando. In entrambi i casi, il naturale strumento di controllo è l'opposizione agli atti.

Il problema dell'appello immediato si è posto anche per l'ordinanza di assegnazione, allorché in quella sede il g.e. risolve, anche per implicito, contrasti tra le parti.

Anche a tale riguardo è riconoscibile la tendenza a riportare nell'alveo dell'opposizione agli atti, e non dell'appello, le possibili contestazioni avverso l'ordinanza di assegnazione (ad es., tra le tante, Cass., Sez. III, n. 5529/2011: «L'impugnabilità con lo strumento dell'appello, a cui si riferisce l'orientamento giurisprudenziale invocato dal ricorrente, concerne i casi in cui il contenuto dell'ordinanza di assegnazione fuoriesca da quello ad essa proprio e decida su questioni che integrano l'oggetto tipico di un procedimento di cognizione: cioè sul diritto del creditore di procedere all'esecuzione (Cass., sez. III, 23 aprile 2003 n. 6432 e precedenti *ivi cit.*), o sull'esistenza ed entità del credito pignorato (Cass., sez. III, 16 maggio 2005 n. 10180). Quando invece si facciano valere vizi o violazioni di legge, ancorché sostanziali, attinenti all'ordinanza di assegnazione od agli atti esecutivi che l'hanno preceduta, il rimedio proponibile è l'opposizione agli atti esecutivi»).

Sull'orientamento più volte riaffermato (sent. nn. 20310/2012; 11493/2015; 3712/2016) si innestano però vicende particolari. Un esempio è dato da Sez. III/VI, ord. n. 5060/2014, che vale la pena di esaminare più da vicino: il g.e. aveva, con ordinanza, dichiarato estinta la procedura espropriativa presso terzi giudicando già adempiuto il credito per cui si procedeva. Avverso tale provvedimento il creditore pignorante propone oppo-

sizione agli atti che il tribunale dichiara inammissibile, assumendo che il corretto mezzo di impugnazione avrebbe dovuto essere l'appello. Proposto ricorso per cassazione, la Corte lo rigetta, ma corregge la motivazione del tribunale osservando che le contestazioni mosse in sede esecutiva dal debitore integravano un'opposizione all'esecuzione e tuttavia il g.e., invece di conoscere della fase sommaria e poi dare i provvedimenti *ex art.* 616 c.p.c. per la prosecuzione o riassunzione della fase di merito, aveva adottato il provvedimento di chiusura in rito dell'esecuzione. Secondo la Corte, il giusto mezzo di reazione non era né l'appello né l'opposizione agli atti ma – richiamando il *leading case* di Cass., sez. III, n. 22033/2011 – l'introduzione del merito dell'opposizione all'esecuzione, ciò che poteva avvenire o chiedendo al g.e., *ex art.* 289 c.p.c., la fissazione del termine di cui all'art. 616 c.p.c., o in alternativa introducendo ovvero riassumendo “di iniziativa propria” il giudizio di merito. Viene così affermato il seguente principio: «qualora il giudice dell'esecuzione, con il provvedimento positivo o negativo della tutela sommaria, emesso nelle opposizioni di cui all'art. 615 c.p.c., comma 2, artt. 617 e 619 c.p.c., ometta di fissare il termine per l'introduzione del giudizio di merito, o – nelle opposizioni ai sensi degli artt. 615 e 619 c.p.c. – per la riassunzione davanti al giudice competente, la parte interessata – vi sia, o meno, provvedimento sulle spese – può chiederne al giudice la relativa fissazione, con istanza ai sensi dell'art. 289 c.p.c., nel termine perentorio previsto da detta norma, ovvero può introdurre o riassumere di sua iniziativa il giudizio di merito, sempre nel detto termine, restando comunque esclusa l'esperibilità contro l'irrituale provvedimento del rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi».

Mi sembra che questo caso sia paradigmatico dell'incertezza che regna in materia. Nel giusto tentativo di limitare il ricorso all'appello avverso ordinanze “decisorie”, l'impressione è che si tenda a imporre un modello che rischia di non corrispondere alla realtà del processo, né tutela esigenze altrimenti non tutelate. Nel caso esaminato, il debitore esecutato, piuttosto che proporre l'opposizione all'esecuzione, aveva scelto lo strumento – a nostro avviso più immediato e adeguato, e tutt'altro che “irrituale” – della sollecitazione del potere d'ufficio del g.e. che, prendendo atto che il credito era stato soddisfatto e il titolo esecutivo aveva esaurita la sua funzione, avrebbe dovuto chiudere in rito il processo espropriativo, con ordinanza. Si tratta di uno strumento non solo più economico ma anche più efficace, perché l'ordinanza del g.e. chiude il processo esecutivo (salva la sua opponibilità), mentre l'opposizione all'esecuzione pone il problema, tuttora discusso, dell'efficacia nell'esecuzione della sentenza di accoglimento che,

avendo contenuto accertativo-dichiarativo, non è soggetta alla regola dell'art. 282 c.p.c.

La Cassazione replica che il debitore avrebbe dovuto proporre l'opposizione all'esecuzione, e che il provvedimento di chiusura in rito avrebbe dovuto ricevere il trattamento di un'ordinanza definitiva della sola fase sommaria dell'opposizione. Ma ci sembra evidente che, qui, la predicazione di un modello astratto ha finito per prendere il sopravvento sulla realtà del processo: meglio sarebbe stato riconoscere quella semplice realtà per ciò che era, e cassare la sentenza con rinvio perché il precedente, che non aveva proposto una formale opposizione all'esecuzione, aveva poi correttamente gravato l'ordinanza di estinzione atipica con l'opposizione agli atti: strumento più che adeguato, posto che la contestazione si risolveva nel rilievo, certamente non indaginoso, che il credito era stato già soddisfatto. Strumento inadeguato per eccesso era invece quello dell'opposizione all'esecuzione, articolato su due fasi per il primo grado, poi soggetto all'appello e al grado di legittimità: un po' troppo, per dover prendere atto che il credito portato nel titolo esecutivo era stato già soddisfatto.

Occorre dunque guardarsi da ricostruzioni che predicano la possibilità di opposizioni sollevate d'ufficio, ma anche da quelle che predichino di opposizioni nella realtà mai proposte perché il sistema del doppio binario consente la scelta del mezzo con cui far transitare una questione "di merito" nel processo esecutivo. Ciò, ovviamente, a patto di ritenere che il g.e. non incontri limiti nel rilievo officioso di questioni che impediscono all'esecuzione di raggiungere il suo scopo.

* * *

In conclusione, i più recenti orientamenti della Cassazione tendenti a negare il ricorso all'appello immediato avverso il provvedimento decisivo "abnorme" meritano senz'altro adesione, dovendosi escludere che dal tronco del processo esecutivo possa germogliare, per il tramite di un provvedimento adottato in carenza di potere, un processo di cognizione a guisa di rimedio aggiuntivo rispetto al sistema chiuso delle opposizioni esecutive. La soluzione che convoglia verso le opposizioni esecutive qualsiasi contestazione avverso i provvedimenti del g.e. merita quindi di essere sostenuta. La regola da affermare, e che infatti la Corte ha in più occasioni chiaramente affermato, è che nessun provvedimento del g.e. può essere ritenuto sentenza in senso sostanziale, e in quanto tale impugnabile con l'appello.

Il problema è nella scelta del mezzo alternativo. L'impressione è che la Corte tenda a favorire l'opposizione all'esecuzione, forse per limiti intrinseci che tuttora ravvisa nell'opposizione agli atti (limiti, però, largamente

già superati dallo stesso legislatore). La soluzione è causa di forzature ogniqualvolta l'esecutato non abbia inteso proporre un'opposizione all'esecuzione ma abbia preferito rivolgere le sue istanze direttamente al g.e. in vista dell'ottenimento di provvedimenti immediati, che risultano anche più incisivi e risolutivi. In questi casi, meglio sarebbe seguire il criterio secondo cui avverso i provvedimenti del g.e., di qualsivoglia contenuto (e anche di contenuto esorbitante), il mezzo di reazione normale è l'opposizione agli atti quale rimedio di chiusura nell'ambito delle opposizioni esecutive, salvo non esista un rimedio specializzato.

Nel contesto fluido del doppio binario, meglio sarebbe far uso di un certo rigore quanto alle modalità di proposizione dell'opposizione di merito: è, se vogliamo, un problema di segnaletica giudiziaria. Posto che non esiste una chiara distinzione – quantomeno sulla base della giurisprudenza sull'estinzione atipica – tra questioni conoscibili dal g.e. e questioni da obbligatoriamente trattarsi nelle sedi di cognizione separate ed eventuali, l'opposizione del debitore si considererà proposta quando sia stato presentato un ricorso al g.e., e si considererà trattata quando quest'ultimo, dopo i provvedimenti immediati della fase sommaria, avrà dato quelli previsti dall'art. 616 c.p.c.

Peraltro, non va trascurato che avverso il provvedimento anormale è spesso il precedente a doversi opporre, perché la tutela richiesta gli viene negata (v., ad es., Cass., Sez. III, n. 15015/2016): qui un'opposizione all'esecuzione non è neppure in astratto prospettabile, e ancora ciò che residua è soltanto il rimedio di chiusura: l'opposizione agli atti esecutivi.

Ancora, va considerato che la proposizione di un'opposizione la cui fase sommaria non sia ancora esaurita (secondo il più recente orientamento che si oppone a quello "tradizionale") consente al g.e. di adottare i provvedimenti opportuni e indilazionabili: il che non potrebbe avvenire qualora la fase sommaria si considerasse esaurita ma in modo "occulto", senza cioè aver consentito al g.e. di adottare, nell'immediato, i provvedimenti indispensabili nell'attesa della definizione nel merito dell'opposizione.

GIURISPRUDENZA COMMENTATA

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III, ord., 28 ottobre 2016, n. 21957

Ambrosio *Presidente* — Tatangelo *Estensore* — Soldi *P.M.* (concl. diff.) —
F. I. – E. S. S.p.a. + R. C.

Sanzioni amministrative e depenalizzazione — Violazioni del codice della strada — Cartella di pagamento — Notificazione — Opposizione — Azioni esperibili — Opposizione ex art. 615 c.p.c. — Opposizione ex art. 22, l. 24-11-1981, n. 689 — Contrasto — Questione di massima di particolare importanza — Rimessione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Vanno rimessi gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione, su cui sussiste contrasto, relativa alla qualificazione – come opposizione all'esecuzione, ex art. 615 c.p.c., ovvero come opposizione "recuperatoria" ex art. 22, l. n. 689 del 1981 – dell'iniziativa volta a contestare la cartella di pagamento notificata dall'agente per la riscossione sulla base di verbali di accertamento di infrazioni del codice della strada mai notificati o notificati oltre il termine ex art. 201 cod. strada, ritenendo altresì che, per la frequenza statistica della tipologia del contenzioso nonché per le implicazioni sistematiche della soluzione da adottare, si tratti di una questione di massima di particolare importanza (massima non ufficiale).

Il testo dell'ordinanza si legge in questa *Rivista*, 2017, 254 ss. Se ne riproduce la massima per introdurre una nota di commento.

Al possibile vaglio delle Sezioni Unite l'opposizione alla cartella di pagamento in caso di omessa notifica del verbale di accertamento dell'infrazione del codice della strada

Sommario: 1. L'ordinanza di rimessione n. 21957 del 28-10-2016. – 2. L'inquadramento giuridico: il dato normativo. – 2.1. L'inquadramento giuridico: lo stato della giurisprudenza. – 3. Riflessioni. – 4. Conclusioni.

1. L'ordinanza di rimessione n. 21957 del 28-10-2016.

Con l'ordinanza interlocutoria n. 21957 del 28-10-2016⁽¹⁾, la Sezione III della Corte di Cassazione rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione concernente il

⁽¹⁾ Sull'ordinanza in commento, v. lo studio compiuto da TISCINI, *Opposizione a ordinanza-ingiunzione. Questioni aperte e sollevate alle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 1/2017, a cui rimandiamo anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e di dottrina.

rimedio esperibile avverso la cartella di pagamento, la cui notifica non sia stata preceduta da quella del verbale di accertamento dell'infrazione del codice della strada che ne costituisce il fondamento⁽²⁾.

Sul punto, il Collegio ravvisa un contrasto di indirizzi tra i giudici di legittimità e, in particolare, tra la Sezione II e la III. Per l'una⁽³⁾, infatti, il presunto trasgressore, che intenda eccepire di non essersi mai visto recapitare il verbale di accertamento dell'infrazione, sarebbe ammesso a proporre l'opposizione di cui all'art. 615, 1° co., c.p.c. per sostenere che, per effetto di tale omissione, non si sarebbe formato alcun titolo esecutivo e l'obbligo di pagamento della somma dovuta si sarebbe estinto ai sensi dell'art. 201, 5° co., d.lg. 30-4-1992, n. 285: mancando un titolo *ex art.* 474 c.p.c., la contestazione da questi sollevata andrebbe qualificata come opposizione all'esecuzione, poiché diretta unicamente a contestare il diritto dell'agente della riscossione a procedere esecutivamente. Per l'altra⁽⁴⁾, invece, la parte avrebbe diritto a «recuperare» l'opposizione disciplinata dall'art. 22, l. 24-11-1981, n. 689, quale mezzo predisposto dall'ordinamento per impedire la formazione del titolo eccependo la sussistenza di fatti a ciò impeditivi, possibilità questa che le sarebbe stata per l'appunto preclusa dall'omessa notifica del verbale di accertamento dell'infrazione. In particolare, secondo questa ricostruzione, con la contestazione in discorso egli, pur impugnando la cartella di pagamento, potrebbe invero censurare l'accertamento che ne è il presupposto, mentre con quella ai sensi dell'art. 615 c.p.c. avrebbe modo di eccepire unicamente fatti sopravvenuti alla formazione del titolo, quali il pagamento, la prescrizione o la morte dell'autore del fatto⁽⁵⁾.

Evidenti le differenze tra i due menzionati istituti: il primo, esperibile *sine die* mediante atto di citazione davanti al giudice competente per materia o valore e per territorio a norma dell'art. 27 c.p.c., retto dalle

⁽²⁾ Nel caso di specie, «con l'unico motivo del ricorso si denuncia falsa applicazione della L. n. 689 del 1981, art. 23 e segg. peraltro abrogato dal D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150 (la cartella di pagamento impugnata è stata notificata il 24.9.2012), per ingiusta disapplicazione art. 615 c.p.c., comma 1, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3».

⁽³⁾ Cfr., tra le più recenti, Cass., Sez. II, 11-7-2016, n. 14125; Cass., Sez. II, 29-12-2011, n. 29696; Cass., Sez. II, ord., 25-2-2008, n. 4814, richiamate, unitamente ad altre, nell'ordinanza in commento; nonché Cass., Sez. I, 20-4-2006, n. 9180 e Cass., Sez. I, 8-2-2006, n. 2819, *MGI*, 2006; Cass., Sez. I, 28-11-2003, n. 18207, *MGI*, 2003; Cass., Sez. I, 12-4-2002, n. 5279, *MGI*, 2002.

⁽⁴⁾ V. Cass., Sez. III, 4-8-2016, n. 16282; Cass., Sez. III, 22-7-2016, n. 15120; Cass., Sez. III, 16-6-2016, n. 12412; Cass., Sez. III, 29-1-2014, n. 1985, menzionate dal Collegio rimettente.

⁽⁵⁾ Cfr., Cass., Sez. III, 4-8-2016, n. 15120, cit.

regole del processo ordinario di cognizione⁽⁶⁾; il secondo, soggetto al termine di decadenza di 60 giorni dalla notificazione⁽⁷⁾ con ricorso al giudice di pace competente per territorio del luogo in cui è stata commessa la violazione, ispirato al rito del lavoro⁽⁸⁾.

Questi essendo i termini del confronto, i giudici rimettenti ritengono necessario che al riguardo si pronuncino le Sezioni Unite, implicando la presa di posizione in favore di uno piuttosto che dell'altro strumento la previa delimitazione del relativo oggetto. Con l'ulteriore problematica, registrata nella prassi, che spesso i motivi di censura fatti valere in sede di opposizione afferiscono cumulativamente ad entrambi gli istituti innanzi accennati.

(6) Fatte salve le note peculiarità di tale giudizio, in particolare per quel che attiene alla struttura e al regime di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo opposto: cfr., per tutti, FARINA, *L'opposizione all'esecuzione*, in *La nuova espropriazione forzata*, a cura di DELLE DONNE, Bologna, 2017, 793 ss.

(7) V., tuttavia, l'art. 7, d.lg. 1-9-2011, n. 150, che, nel sostituire l'art. 204-bis, d.lg. 30-4-1992, n. 285 – il quale sul punto rinviava all'art. 23, l. 24-11-1981, n. 689 – ha ridotto tale termine a 30 giorni: cfr. *infra sub* nota 8.

(8) Ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 23, l. 24-11-1981, n. 689 e 204-bis, d.lg. 30-4-1992, n. 285 – a cui rimandiamo – per quel che qui interessa, depositato il ricorso in opposizione, il giudice fissa l'udienza di comparizione con decreto in calce al medesimo, ordinando all'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato di depositare in cancelleria, dieci giorni prima dell'udienza fissata, copia del rapporto con gli atti relativi all'accertamento, nonché alla contestazione o notificazione della violazione; nel corso del giudizio il predetto magistrato dispone, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari e può disporre la citazione di testimoni anche senza la formulazione di capitoli; terminata l'istruttoria, invita le parti a precisare le conclusioni ed a procedere nella stessa udienza alla discussione della causa, pronunciando subito dopo la sentenza mediante lettura del dispositivo.

Da notare che nel giudizio *de quo* le parti possono costituirsi personalmente e tutte le notificazioni e comunicazioni sono effettuate d'ufficio: su questo aspetto, v. VACCARELLA, *Il procedimento di opposizione al provvedimento di applicazione di sanzioni amministrative*, NLCC, 1982, 1151 ss.; in argomento, v. anche BELLÈ, *Il processo di opposizione alla sanzione amministrativa*, RDPr, 2002, 900 ss.; CARRATO, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative di primo grado: il punto sulla giurisprudenza*, CorG, 2009, 39 ss.

Peraltro, come anche segnalato dall'ordinanza di rimessione, a far data dal 6 ottobre 2011 l'opposizione in commento è regolata dall'art. 7, d.lg. 1-9-2011, n. 150, secondo cui «*le controversie in materia di opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada di cui all'articolo 204-bis del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, sono regolate dal rito del lavoro, ove non diversamente stabilito dalle disposizioni del presente articolo*»: sull'argomento, in relazione alla specifica fattispecie in esame, v. TISCINI, *Opposizione a ordinanza-ingiunzione. Questioni aperte e sollecite alle Sezioni Unite*, cit.; più in generale, GIORDANO, *sub art. 7*, in MARTINO-PANZAROLA (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile, dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 94 ss.; DE NICOLIS, *Riti speciali di cognizione, commentario al d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150*, Bologna, 2012, 221 ss.

2. *L'inquadramento giuridico: il dato normativo.*

Per cercare di fornire una risposta al quesito oggetto di rimessione, riteniamo utile partire dal dato normativo.

Gli artt. 194, d.lg. 30-4-1992, n. 285 ⁽⁹⁾ e 12, l. 24-11-1981, n. 689 ⁽¹⁰⁾ pongono i rispettivi testi normativi in un rapporto di reciprocità, attraverso il rinvio delle norme dell'uno a quelle dell'altro, ciò comportando che la ricostruzione sistematica del modello sanzionatorio a cui mettono capo debba tener conto di entrambi.

Né ciò risulta foriero di inconvenienti; al contrario, tale *modus operandi* consente di verificare l'organicità della disciplina in commento.

Così, sia l'art. 14, l. 24-11-1981, n. 689 che l'art. 201, d.lg. 30-4-1992, n. 285 prevedono che, ove non sia stato possibile contestare immediatamente la violazione per cui è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, gli estremi della medesima debbano essere notificati all'interessato entro il termine perentorio di novanta giorni, pena l'estinzione della relativa obbligazione ⁽¹¹⁾.

Per entrambe le fonti legislative, il presunto trasgressore, raggiunto dalla suddetta notifica, è ammesso al pagamento in misura ridotta ai sensi, rispettivamente, degli artt. 16 e 202 ⁽¹²⁾, con l'avvertimento, specificamente contemplato dall'art. 203, ult. co., che, ove non vi provveda e lasci

⁽⁹⁾ L'art. 194 – rubricato «disposizioni di carattere generale» – stabilisce che «*in tutte le ipotesi in cui il presente codice prevede che da una determinata violazione consegua una sanzione amministrativa pecuniaria, si applicano le disposizioni generali contenute nelle Sezioni I e II del capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, salve le modifiche e le deroghe previste dalle norme del presente capo.*».

⁽¹⁰⁾ L'art. 12 – a sua volta rubricato «ambito di applicazione» – prevede che «*le disposizioni d[el Capo I] si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro (...).*».

⁽¹¹⁾ In particolare, l'art. 14 stabilisce che «*l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingu[a] per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto*»; con espressione sostanzialmente analoga, l'art. 201 prevede che «*l'obbligo di pagare la somma dovuta per la violazione, a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria, si estingu[a] nei confronti del soggetto a cui la notificazione non sia stata effettuata nel termine prescritto*».

⁽¹²⁾ La prima delle menzionate disposizioni stabilisce che «*è ammesso il pagamento di una somma in misura ridotta pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa, o, se più favorevole, al doppio del minimo della sanzione edittale, oltre alle spese del procedimento, entro il termine di 60 giorni dalla contestazione immediata o, se questa non vi è stata, dalla notificazione degli estremi della violazione*»; analogamente a quanto innanzi accennato, anche l'art. 202 del codice della strada ammette il trasgressore al pagamento in misura ridotta, ove vi provveda entro sessanta giorni dalla contestazione o dalla notificazione versando una somma pari al minimo fissato dalle singole norme.

inutilmente decorrere il termine per proporre l'opposizione al prefetto di cui alla medesima disposizione, il verbale di accertamento, in deroga all'art. 17, l. 24-11-1981, n. 689, acquista efficacia di titolo esecutivo per una somma pari alla metà del massimo della sanzione amministrativa edittale e per le spese di procedimento.

Per ciò che qui interessa, poi, le possibilità di reazione del destinatario della notifica sono due, tra loro alternative: il ricorso al prefetto appena accennato; ovvero quello al giudice di pace *ex art. 204-bis*⁽¹³⁾, secondo le modalità e il procedimento stabiliti dagli artt. 22 e 23, l. 24-11-1981, n. 689, fatte salve le deroghe ivi contenute⁽¹⁴⁾.

Quanto infine alla prescrizione del diritto dell'amministrazione procedente, l'art. 209, d.lg. 30-4-1992, n. 285 si limita ad operare un rinvio all'art. 28, l. 24-11-1981, n. 689, il quale la fissa in «(...) 5 anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione».

2.1. *L'inquadramento giuridico: lo stato della giurisprudenza.*

L'esame della normativa appena svolto, tuttavia, non appare del tutto appagante poiché si limita a fornire alcune interessanti indicazioni⁽¹⁵⁾, senza rispondere in modo esaustivo al quesito sottoposto alle Sezioni Unite.

Ciò per una ragione molto semplice: la disciplina testé esaminata ha ad oggetto l'*iter* sanzionatorio nel suo sviluppo fisiologico⁽¹⁶⁾: accertamento dell'infrazione (A) + sua notifica (B) + mancato pagamento della sanzione in misura ridotta (C) + omesso ricorso alla tutela amministrativa o giurisdizionale (D) = acquisto da parte del verbale di accertamento dell'efficacia di titolo esecutivo (E).

Mentre il caso di specie presenta, al contrario, un andamento patologico, per effetto dell'assenza della notifica del verbale di accertamento (B).

Di qui l'opportunità di verificare se e secondo quali direttrici la giurisprudenza nel corso del tempo ha trattato tale ipotesi e ricostruito il rapporto tra l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c. e quella *ex art. 22, l. 24-11-1981, n. 689*⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Così come previsto dall'art. 98, d.lg. 30-12-1999, n. 507.

⁽¹⁴⁾ V. *retro sub* nota 7.

⁽¹⁵⁾ Su cui, *infra*.

⁽¹⁶⁾ Così come anche evidenziato dalla giurisprudenza in materia: cfr., tra le altre, Cass., S.U., 10-1-1992, n. 190, GC, 1992, I, 909, di cui appresso.

⁽¹⁷⁾ Sulla necessità di ragionare per principi: v. Cass., S.U., 10-1-1992, n. 190, cit.

Al riguardo, la prima impressione che si ha è che all'inizio degli anni '90 del secolo scorso il primo dei due rimedi enunciati non abbia una propria ragion d'essere, per l'ovvia considerazione che è il secondo lo strumento appositamente predisposto dall'ordinamento per casi riconducibili alla materia in esame. Così, la Corte Costituzionale, più volte interpellata⁽¹⁸⁾, neppure fa menzione dell'art. 615 c.p.c.; allo stesso modo, la Corte di Cassazione ricostruisce il sistema in un modo tale da non lasciare apparentemente spazio all'opposizione codicistica.

In particolare, Cass., S.U., 10-1-1992, n. 190⁽¹⁹⁾ ritiene che *«la fattispecie [de qua sia] analoga a quella prevista dalle norme tributarie (art. 16, terzo comma, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636⁽²⁰⁾), secondo cui il contribuente può ricorrere contro il ruolo, per ragioni diverse dalla sussistenza dei vizi propri dell'atto, quando non vi è stata la previa notifica dell'avviso di accertamento o di liquidazione, ovvero del provvedimento che ha irrogato una sanzione. Sicché deve ritenersi che come al giudice tributario è attribuito il potere, in tale fattispecie, di conoscere dell'intero rapporto controverso, e cioè in definitiva della debenza dell'imposta (per quanto già iscritta a ruolo), così nella fattispecie in esame, attinente al caso concreto, deve ritenersi attribuito al giudice ordinario (in concreto al Pretore) il potere di conoscere del merito della causa, ossia dei presupposti di fatto e di diritto che hanno*

⁽¹⁸⁾ Cfr. Corte cost., 23-6-1994, n. 255; Corte cost., 15-7-1994, n. 311; Corte cost., 21-9-1995, n. 437.

⁽¹⁹⁾ Sentenza in cui il Collegio, nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario a decidere sull'opposizione *de qua*, affida la relativa competenza all'allora pretore indicato dall'art. 23, l. 24-11-1981, n. 689. A fondamento di tale decisione vi è la considerazione che detto giudice è funzionalmente chiamato a valutare la legittimità della sanzione e tale sua attribuzione sarebbe elusa ove fosse consentito all'ente irrogatore di non emettere o non notificare l'atto che la legge prevede come oggetto dell'opposizione.

In particolare, nella sentenza si legge che *«al pretore, (...), è dalla legge affidato il compito di verificare, col previsto procedimento di opposizione, la legittimità delle irrogazioni delle sanzioni amministrative previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689; ed è logico che l'esercizio di tale potere non possa essere evitato, dall'ente irrogatore della sanzione, mediante la "non emissione" (cui equivale la "non notifica") dell'atto che la legge (la quale contempla il dato "fisiologico" dell'iter procedimentale) prevede come oggetto dell'opposizione. Quella situazione (rappresentativa dell'aspetto "patologico" della procedura) sarebbe, in definitiva, non conoscibile dal detto giudice solo se fosse conoscibile da un qualsiasi organo giurisdizionale. Ma tale possibilità va sicuramente esclusa».*

⁽²⁰⁾ L'art. 16, d.p.r. 26-10-1972, n. 636, rubricato «proposizione del ricorso alla commissione tributaria», prevede che, *«(...) in calce agli atti, di cui al comma precedente, sono indicati il termine per proporre ricorso e l'organo al quale esso deve essere proposto. Il ricorso contro l'ingiunzione, il ruolo e l'avviso di mora è ammesso anche per motivi diversi da quelli relativi a vizi loro propri soltanto se tali atti non siano stati preceduti dalla notificazione dell'avviso di accertamento o dell'avviso di liquidazione della imposta o del provvedimento che irroga la sanzione».*

condotto alla irrogazione della sanzione, conosciuta dall'opponente solo attraverso la notifica dello strumento di riscossione, cioè della cartella esattoriale»⁽²¹⁾.

Tali pronunce, però, sembrano essere più il portato delle fattispecie oggetto di decisione che non la ricostruzione sistematica delle tutele a disposizione del presunto trasgressore⁽²²⁾.

Ne sono una conferma i provvedimenti della Suprema Corte in cui, per la prima volta, compare il riferimento all'opposizione all'esecuzione. Circostanza che si verifica verso la fine degli anni '90 del secolo scorso mediante l'emersione di un contrasto tra la Sezione I – secondo cui per far valere l'estinzione per prescrizione dell'obbligazione di pagamento sarebbe azionabile l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c. dinanzi al pretore *ex l.* 24-11-1981, n. 689⁽²³⁾, quale giudice funzionalmente competente in materia – e la Sezione III – la quale, al contrario, ritiene che, riconosciuta la praticabilità del rimedio previsto dal codice di rito, non vi sarebbero ragioni per derogare alla competenza ivi indicata ed applicare il rito ordinario nella sua totalità⁽²⁴⁾. Una contrapposizione, quindi, fondata non tanto sulla possibilità di eccepire nelle forme dell'art. 615 c.p.c. l'estinzione del diritto dell'agente della riscossione – invero data per pacifica – quanto, piuttosto, sull'individuazione del giudice competente a decidere al riguardo e sul procedimento da rispettare. La questione viene, peraltro, risolta da Cass., S.U., 13-7-2000, n. 489, la quale presta adesione al secondo dei due orientamenti menzionati⁽²⁵⁾.

Proprio tale ultima pronuncia si segnala per la particolare sensibilità espressa in merito al differente ambito applicativo del rimedio codicistico rispetto a quello previsto dall'art. 22, l. 24-11-1981, n. 689. Infatti, i giudici in quella sede operano una distinzione – in precedenza probabilmente

⁽²¹⁾ In senso analogo, successivamente, Cass., S.U., 23-11-1995, n. 12107, *FI*, 1996, I, 1749.

⁽²²⁾ Si trattava, infatti, di confermare o meno la legittimità costituzionale del sistema approntato dalla l. 23-11-1981, n. 689 nel suo complesso nonché di stabilire quale fosse il giudice munito di giurisdizione, piuttosto che il rapporto tra il rimedio di cui alla fonte da ultimo richiamata e quello previsto dal codice di rito.

⁽²³⁾ Così, Cass., Sez. I, 6-3-1999, n. 1941, *MGI*, 1999, in un caso in cui la notifica del verbale di accertamento dell'infrazione era avvenuta tempestivamente, ma erano decorsi i termini di cui agli artt. 209, d.lg. 30-4-1992, n. 285 e 27, l. 24-11-1981, n. 689, con la conseguenza che pacificamente il diritto dell'agente della riscossione si era prescritto.

⁽²⁴⁾ Cfr. Cass., Sez. III, 16-11-1999, n. 12685, *MGI*, 1999; Cass., S.U., 13-7-2000, n. 489, *MGI*, 2000.

⁽²⁵⁾ Nessuno dei due riferiti orientamenti, infatti, metteva in discussione l'esperibilità del rimedio da ultimo citato, ma, più semplicemente, l'organo dinanzi al quale proporlo.

trascurata o mal recepita – per la quale il presunto trasgressore, che intenda eccepire vizi che non attengano alla formazione del titolo – *rectius*, alla fondatezza della pretesa sanzionatoria – ma a fatti estintivi della medesima, deve agire *ex art.* 615, 1° co., c.p.c. e non ai sensi dell'art. 22, l. 24-11-1981, n. 689⁽²⁶⁾.

3. *Riflessioni.*

È proprio da qui che riteniamo utile partire per svolgere alcune riflessioni e, in particolare, dalla considerazione che l'orientamento secondo cui la tutela del destinatario della cartella di pagamento sarebbe affidata esclusivamente all'opposizione di cui all'art. 22, l. 24-11-1981, n. 689 probabilmente prova troppo. Anzi, tale indirizzo tradisce il proprio scopo garantistico – costituito dalla necessità di rimettere questi automaticamente in termini per consentirgli di «recuperare» quel momento di garanzia costituito dal rimedio *de quo* – risolvendosi nella maggioranza dei casi nella declaratoria di inammissibilità dell'opposizione sollevata in concreto, poiché avente le forme dell'art. 615 c.p.c. Ciò senza tenere nel dovuto conto il modo in cui il verbale di accertamento diviene titolo esecutivo secondo il modello sopra descritto.

Come giustamente rilevato, di per sé tale verbale è un atto di natura dichiarativa contenente l'attestazione di determinati fatti e la loro qualificazione giuridica, e non irrogativo di una sanzione. Coloro che lo formano hanno unicamente il potere di accertare la violazione commessa e non di ingiungere il pagamento della somma dovuta⁽²⁷⁾. Né a diversa conclusione deve indurre la facoltà per il presunto trasgressore di procedere al pagamento in misura ridotta ai sensi degli artt. 16, l. 24-11-1981, n. 689 e 202, d.lg. 30-4-1992, n. 285. Trattasi, infatti, di una libera scelta a questi riconosciuta che in nulla cambia il valore dell'atto in esame, avendo piuttosto come unico effetto quello di chiudere in tempi ristretti la vicenda⁽²⁸⁾.

L'acquisto dell'efficacia esecutiva, allora, avviene al maturare di una fattispecie a formazione progressiva nella quale assumono rilievo i momen-

⁽²⁶⁾ In questo senso, v. anche Cass., S.U., 13-7-2000, n. 491 e Cass., S.U., 10-8-2000, n. 562, *MGI*, 2000; Cass., Sez. I, 12-4-2002, n. 5279, *cit.*

⁽²⁷⁾ V. sul punto, BELLÈ, *L'opposizione alle sanzioni amministrative pecuniarie in materia di circolazione stradale*, *GC*, 1996, II, 221 ss., spec. 225 ss.

⁽²⁸⁾ Così, BELLÈ, *L'opposizione alle sanzioni amministrative pecuniarie in materia di circolazione stradale*, *cit.*, 226. In particolare, l'Autore segnala come l'art. 203, ult. co., d.lg. 30-4-1992, n. 285 preveda un *iter* di formazione del titolo esecutivo semplificato rispetto a quello previsto in caso di ordinanza ingiunzione, perciò affatto problematico.

ti già illustrati: accertamento dell'infrazione (A) + sua notifica (B) + mancato pagamento della sanzione in misura ridotta (C) + omesso ricorso alla tutela amministrativa o giurisdizionale (D) = acquisto da parte del verbale di accertamento dell'efficacia di titolo esecutivo (E).

Cosa succede quando uno dei momenti di tale *iter* formativo viene meno? La risposta potrebbe apparire scontata, ma merita di essere approfondita poiché è intorno ad essa che si annida un equivoco di fondo.

La già citata Cass., S.U., 10-1-1992, n. 190 afferma, come detto, che il presunto trasgressore che non abbia ricevuto la notifica del verbale di accertamento, e che quindi non abbia potuto esperire l'opposizione di cui all'art. 22, l. 24-11-1981, n. 689, potrebbe recuperare tale momento di garanzia avverso la cartella di pagamento. Tuttavia, in tal modo il Collegio, preoccupato dalla necessità di fare sì che questi possa contestare la fondatezza della pretesa sanzionatoria, ignora del tutto il contenuto letterale degli artt. 14, ult. co., l. 24-11-1981, n. 689 e 201, 5° co., d.lg. 30-4-1992, n. 285, così trascurando la circostanza per cui l'estinzione dell'obbligazione di pagamento della sanzione supera e sostituisce ogni contestazione sul merito dell'accertamento. Peraltro, l'invocato art. 16, d.p.r. 26-10-1972, n. 636 rappresenta una norma meramente procedurale, alla quale non si contrappone una regola di diritto sostanziale dal tenore di quella in esame.

Analogo fraintendimento si rinviene relativamente all'ulteriore principio espresso da tale pronuncia: quello per cui l'omessa notifica del verbale di accertamento equivarrebbe alla non emissione del verbale stesso.

Non sembra, invero, potersi porre in dubbio la circostanza che il verbale di accertamento in tanto esista in quanto sia redatto dall'autorità competente e che la sua notifica rappresenti un fatto ad esso successivo, il cui verificarsi contribuisce a fare sì che esso assuma efficacia esecutiva.

Se ciò è vero, allora non vi sarebbe ragione, ai fini dell'individuazione del rimedio esperibile, di far scaturire da questa eventualità conseguenze diverse da quelle riconosciute per altri eventi ugualmente sopravvenuti. L'omessa notifica del verbale, infatti, vale, al pari dell'avvenuto pagamento ovvero della prescrizione del diritto – sui quali vi è unanimità di consensi – a estinguere l'obbligazione di pagamento. E come quelli possono essere dedotti con l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c., così anche il mancato recapito di detto verbale deve poter essere eccepito nelle forme ordinarie. Ciò in quanto sia lì che qui difetta un titolo *ex art.* 474 c.p.c.

L'errore, dunque, è nel voler ricondurre l'omessa notifica del verbale di accertamento ad un motivo di opposizione afferente alla fondatezza della pretesa sanzionatoria, quando questa, per effetto dell'intervenuta

estinzione dell'obbligazione di pagamento, ha ormai perduto rilievo, con ciò legittimando il ricorso al rimedio codicistico.

Per comprendere la bontà di questo ragionamento basterà ricordare l'*iter* di formazione del titolo in esame e provare a cambiarne gli elementi: accertamento dell'infrazione (A) + sua notifica (B) – mancato pagamento della sanzione in misura ridotta (C) + omesso ricorso alla tutela amministrativa o giurisdizionale (D) = illegittimità della pretesa esecutiva (F); allo stesso modo, accertamento dell'infrazione (A) – sua notifica (B) + mancato pagamento della sanzione in misura ridotta (C) + omesso ricorso alla tutela amministrativa o giurisdizionale (D) = illegittimità della pretesa esecutiva (F).

Né tale assunto si pone in contrasto con i principi generali; anzi, in essi trova conferma. Non dobbiamo, al riguardo, tralasciare che il titolo esecutivo di cui discorriamo è di natura stragiudiziale⁽²⁹⁾. Sul punto non possiamo non rilevare come, per costante insegnamento⁽³⁰⁾, in casi di questo genere l'ambito applicativo dell'art. 615 c.p.c. sia particolarmente esteso, potendosi per mezzo di esso far valere sia i fatti inerenti alla formazione di esso che tutti quelli impeditivi, modificativi ed estintivi del diritto a procedere esecutivamente.

Ciò, peraltro, non vale a negare *tout court* la necessità che nel caso di specie il presunto trasgressore sia ammesso ad esperire l'opposizione di cui all'art. 22, l. 24-11-1981, n. 689, ma, piuttosto, ad avvertire circa la necessità di distinguere l'ambito applicativo di questo rimedio in relazione a quello codicistico. Così, l'uno sarà spendibile per la prima volta ove la doglianza attenga al merito dell'accertamento; l'altro qualora la censura miri a evidenziare il venir meno dell'obbligo di pagamento e, dunque, l'estinzione della pretesa esecutiva. Distinzione, peraltro, già in passato operata e alla quale riteniamo si debba dare continuità⁽³¹⁾.

Peraltro, tale conclusione ci sembra immune da censure anche per quel che attiene alla problematica, avvertita dall'ordinanza in commento, relativa alla proposizione di opposizioni i cui motivi attingono ad entrambi gli istituti trattati. Per noi, sul punto l'unica soluzione consiste nel prendere atto della necessità che il presunto trasgressore proponga parallela-

⁽²⁹⁾ Così come anche evidenziato dall'ordinanza di rimessione in commento, la quale al riguardo sottolinea come la formazione di tale titolo consegua alla mancata proposizione di rimedi oppositivi.

⁽³⁰⁾ V., per tutti, PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, IV, Torino, 2010, 231 ss.

⁽³¹⁾ Il riferimento è alla summenzionata Cass., S.U., 13-7-2000, n. 489, cit.

mente entrambe le opposizioni ove intenda dolersi sia di aspetti legati al merito dell'accertamento che all'estinzione dell'obbligazione di pagamento; ovvero scelga, anche in considerazione del principio di autoresponsabilità di cui all'art. 157 c.p.c., quale tutela voglia invocare. Ci sembra, anzi, questo un modo per scongiurare il rischio di opposizioni meramente dilatorie e pretestuose nelle quali l'opponente deduca l'omessa notifica del verbale di accertamento in modo del tutto infondato.

Un'ultima notazione; l'orientamento di cui si è fatta portatrice negli ultimi anni la Sezione III neppure coglie nel segno nella misura in cui afferma che il presunto trasgressore, raggiunto dalla cartella di pagamento, andrebbe rimesso in termini perché possa proporre l'opposizione di cui all'art. 22, l. 24-11-1981, n. 689. Non consideriamo questa una valida – *rectius*, l'unica – motivazione su cui fondare tale assunto. Infatti, se veramente di rimessione in termini si vuole discutere, allora occorrerebbe veramente porre il presunto trasgressore nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato ove avesse avuto conoscenza del verbale di accertamento e, quindi, ammetterlo al pagamento in misura ridotta *ex artt.* 16, l. 24-11-1981, n. 689 e 202, d.lg. 30-4-1992, n. 285, ovvero al ricorso al prefetto di cui all'art. 203 della fonte da ultimo citata.

4. *Conclusioni.*

Traendo le fila del discorso, possiamo concludere che il tema su cui la Sezione III richiede l'intervento delle Sezioni Unite appare particolarmente insidioso. La copiosa giurisprudenza in materia e lo stratificarsi di regole di cui probabilmente si è persa la *ratio* rischiano di confondere l'interprete, il quale, anche per effetto dell'assenza di una espressa disciplina normativa, deve procedere per principi, andando a ricercare l'origine e il senso dei contrapposti orientamenti. Al fondo, più che esserci un contrasto sembra ci sia una non corretta impostazione del problema e una errata comprensione dei termini della questione.

Tuttavia, la strada risulta già tracciata; vedremo se, ove investite, le Sezioni Unite vorranno percorrerla.

GUGLIELMO MARMIROLI

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III, 4 agosto 2016, n. 16281

Vivaldi *Presidente* — Frasca *Relatore* — Soldi *P.M.*; Bedei *G.* — Stefanelli *M.*

Esecuzione forzata — Opposizione — Interpretazione e qualificazione della domanda — Impugnazione — Poteri del giudice.

La sentenza impugnata deve essere scrutinata sulla base della sovrapposizione d'ufficio della qualificazione giusta, possibile dato che si tratta di questione di qualificazione della domanda non coperta da cosa giudicata interna per mancata impugnazione, in quanto l'affermazione che ne ha fatto il Tribunale non è stata espressione della soluzione di un contrasto fra le parti. Essa, dunque, rilevava solo ai fini della individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro la sentenza (1).

Sentenza di mero accertamento — Apposizione della formula esecutiva — Opposizione preventiva all'esecuzione — Inammissibilità — Necessità di attendere la notificazione del precetto — Sussiste.

Avverso la notificazione di una sentenza su cui sia stata apposta erroneamente la formula esecutiva ancorché essa non fosse, per la natura delle sue statuizioni, titolo esecutivo, non è esperibile il rimedio dell'opposizione all'esecuzione, che diventa esperibile solo se segua la notificazione del precetto (2).

Notificazione di sentenza priva di esecutività — Interesse ad agire in mero accertamento — Esclusione — Necessità di ulteriori manifestazioni di vanto — Sussiste.

Poiché, alla stregua dell'art. 615 c.p.c., il legislatore ha previsto una tutela giurisdizionale con il rimedio dell'opposizione solo contro il precetto, la cui notificazione può essere coeva ma anche disgiunta e, in questo secondo caso, necessariamente successiva in senso cronologico, deve ritenersi escluso, per un principio di non contraddizione, che la notificazione della sentenza con la formula esecutiva, ancorché recante erroneamente tale formula, possa considerarsi, nel suo profilo funzionale di atto di partecipazione, significativa dell'affermazione della titolarità del diritto di procedere all'esecuzione (...). Perché l'affermazione, nella logica dell'art. 100 c.p.c., giustifichi un interesse ad agire, un bisogno di tutela giurisdizionale, occorrerebbe un atto di vanto esplicito, ma esso non si ravvisa nella mera circostanza della notifica di una sentenza con erronea apposizione della formula esecutiva, giusta i criteri di apprezzamento dell'interesse ad agire in mero accertamento (3).

Notificazione di sentenza priva di esecutività — Contestazione della regolarità formale del titolo — Opposizione preventiva agli atti — Inammissibilità.

È vero che la circostanza che il titolo esecutivo possa notificarsi separatamente, quindi prima del precetto, potrebbe indurre a credere che si possa proporre opposizione agli atti prima di un precetto, tenuto conto della congiunzione "e" che lega le opposizioni relative alla regolarità del titolo a quelle relative alla regolarità del precetto nel 1° co. dell'art. 617 c.p.c. Tuttavia assume valore decisivo altro indice normativo: invero sempre lo stesso comma, ancorando la com-

petenza alla previsione dell'art. 480 c.p.c. e, dunque, alla notificazione del precetto, sottende chiaramente un elemento decisivo in senso contrario (4).

(Omissis)

Motivi della decisione

§ 1. Con il primo motivo di ricorso si deduce “in relazione all’art. 360 n. 2 c.p.c.” il “mancato accoglimento dell’eccezione di incompetenza territoriale prospettata da Gianni Bedei nel processo di prime cure svoltosi avanti alla sezione Distaccata del Tribunale di Forlì”.

Si deduce che l’eccezione era stata proposta nella comparsa di risposta, adducendosi che la notifica della sentenza era avvenuta a Forlì e che, ai sensi dell’art. 480, terzo comma, c.p.c., pur non essendovi stata notificazione del precetto, il foro dell’opposizione proposta si individuava nel luogo di detta notificazione e ciò inderogabilmente ai sensi dell’art. 27 c.p.c. in relazione all’art. 28 c.p.c., con la conseguenza che non era applicabile l’art. 83 disp. att. c.p.c. Il Tribunale nulla avrebbe detto riguardo a detta eccezione e, dunque, l’avrebbe implicitamente rigettata.

§ 1.1. Il motivo è privo di fondamento.

Esso si fonda sulla postulazione che non sarebbe applicabile l’art. 83-ter disp. att. c.p.c. allorché il problema della distribuzione della competenza di un ufficio fra sezione distaccata del tribunale e sede centrale e, quindi, l’attribuzione dell’affare all’una piuttosto che all’altra dovrebbe avvenire *ad instar* di una regola, che, se operasse una distribuzione secondo la nozione di competenza, sarebbe regola di competenza territoriale inderogabile.

L’assunto, che riprende quello svolto nel giudizio di merito, è privo di spiegazione, là dove non dice alcunché sul perché una questione di ripartizione interna ad un ufficio articolato nella sede centrale e nella o nelle sezioni distaccate diventerebbe questione di competenza se relativa ad un criterio che, se operasse il concetto di competenza, sarebbe quello della competenza inderogabile.

Tanto basterebbe a dirlo inammissibile, per la sua assoluta assertorietà.

§ 1.2. Senonché, esso è anche in contrasto con l’assoluta genericità della terminologia usata dal legislatore nell’art. 83-ter che, parlando di ripartizione, necessariamente si riferisce a qualsiasi tipo di ripartizione ad immagine della competenza nei rapporti fra uffici diversi.

È vero, poi, che il Tribunale si è completamente disinteressato della questione, ma ciò non può essere ragione di ricorso, come se si trattasse di un’omissione di pronuncia su eccezione, atteso che, quando si omette di pronunciare su una questione od eccezione processuale, l’omissione di pronuncia si risolve in una doglianza che inerisce alla questione od eccezione stessa.

Per completezza, ancorché il ricorrente, per la verità, non sostenga ed argomenti espressamente il contrario, è, poi, opportuno, vertendosi in tema di violazione di una norma sul procedimento ed essendo stata posta la questione del modo di applicazione di tale norma, richiamare il principio di diritto affermato da Cass. (ord.) n. 13200 del 2011, secondo cui: «La violazione della regola di distribuzione territoriale delle controversie tra sede centrale e sedi distaccate del tribunale in composizione monocratica non integra una nullità deducibile in appello ai sensi dell’art. 161, primo comma, cod. proc. civ., sia se sia stata rilevata tempestivamente dalla parte e non sanzionata con il procedimento di cui all’art. 83-ter cod. proc. civ., sia se, al contrario, sia stata accolta dal presidente del tribunale cui la decisione è stata rimessa, non potendo mai costituire motivo d’impugnazione della sentenza di primo grado».

Il principio di diritto è, naturalmente, applicabile anche al ricorso straordinario per cassazione, qual è quello in esame.

Ne segue che l'ipotetica violazione della regola di distribuzione interna all'ufficio, se anche vi fosse stata, nemmeno avrebbe potuto costituire motivo di ricorso.

§ 2. Con un secondo motivo si denuncia "in relazione all'art. 360 n. 3, ma in linea subordinata, n. 4 c.p.c." la "questione preliminare del difetto dell'interesse di Stefanelli Massimo ad agire con opposizione *ex art.* 617 c.p.c."

Viene censurata l'affermazione del Tribunale che l'opponente Stefanelli «aveva interesse ad agire evitando l'insorgere di un procedimento esecutivo che tale non poteva essere perché nascente da una pronuncia di mero accertamento».

In tal modo sarebbe stato violato l'art. 100 c.p.c. e per tale ragione si sostiene che la censura sarebbe stata deducibile ai sensi del n. 3, pur prospettandola in via subordinata ai sensi del n. 4 dell'art. 360 c.p.c.

Lo stesso opponente era convinto, come emergeva dalla prospettazione assunta nell'atto di opposizione, della natura di accertamento e non di condanna della sentenza della Corte d'Appello di Bologna e, del resto, non era mai stato contestato da chicchessia ed in particolare dal Bedei, che la sentenza avesse quella natura.

L'azione esercitata sarebbe stata, dunque, di mera iattanza.

§ 3. Con un terzo motivo si deduce "inammissibilità dell'opposizione avversaria in difetto di precepto; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 617 c.p.c., 480 c.p.c., 479 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 3 e, in subordine, n. 4 c.p.c."

Vi è svolta la tesi che l'opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. sarebbe stata inammissibile in difetto di intimazione del precepto.

§ 4. Con un quarto motivo si prospetta "inammissibilità di un'opposizione agli atti esecutivi per essere ammissibile, al più, una opposizione all'esecuzione ma solo dopo la notifica del precepto ovviamente non coltivata né peraltro coltivabile; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 474 c.p.c., 615 c.p.c. e 617 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 3 e in subordine n. 4 c.p.c."

Vi si sostiene la tesi che l'opposizione sarebbe stata eventualmente configurabile come opposizione all'esecuzione e comunque proponibile dopo il precepto. L'illustrazione consiste nella riproduzione di un passo motivazionale della sentenza di questa Corte n. 416 del 1996.

§ 5. I tre motivi possono esaminarsi congiuntamente.

Ai fini del loro scrutinio è necessario premettere un rilievo *in iure*.

La contestazione svolta dall'opponente riguardava non già l'osservanza dei requisiti formali prescritti dall'art. 475 c.p.c. per la spedizione in forma esecutiva e, dunque, una contestazione circa il *quomodo* dell'esecuzione, bensì la stessa esistenza di un titolo esecutivo che giustificasse l'apposizione della formula esecutiva e, dunque, *l'an* del diritto di procedere all'esecuzione.

Il rimedio astrattamente ipotizzabile non era, pertanto, l'opposizione agli atti esecutivi, che è il rimedio spendibile contro l'inosservanza dei requisiti formali richiesti dall'ordinamento per l'apposizione della formula e che debbono essere rispettati quando la si appone.

Era, invece, contestandosi che la sentenza fosse suscettibile di un'apposizione della formula perché non era titolo esecutivo, naturalmente in ipotesi da verificare, l'opposizione all'esecuzione non ancora iniziata e la sentenza impugnata deve essere scrutinata sulla base della sovrapposizione d'ufficio della qualificazione giusta, possibile dato che si tratta di questione di qualificazione della domanda non coperta da cosa giudicata interna per man-

cata impugnazione, in quanto l'affermazione che ne ha fatto il Tribunale non è stata espressione della soluzione di un contrasto fra le parti.

Essa, dunque, rilevava solo ai fini della individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro la sentenza.

In tale prospettiva, si deve osservare che un'opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. non poteva essere proposta, perché l'interesse ad agire è tipizzato dalla legge riferendo essa l'azione oppositiva alla notificazione del precetto e, dunque, suggerendo che se non v'è precetto non è data opposizione.

Su tale questione la dottrina è concorde nel senso appunto della negazione della proponibilità di un'opposizione prima del precetto.

Il principio di diritto che viene in rilievo è, dunque, che avverso la notificazione di una sentenza su cui sia stata apposta erroneamente la formula esecutiva, ancorché essa non fosse per la natura delle sue statuizioni titolo esecutivo, non è esperibile il rimedio dell'opposizione all'esecuzione, che diventa esperibile solo se segua la notificazione del precetto.

§ 5.1. Mette conto di ipotizzare, peraltro, a fini di nomofilachia e nella logica imposta dalla *quaestio iuris* posta dal ricorso e dalle difese, che prima del precetto un rimedio giurisdizionale possa esperirsi contro la notificazione di una sentenza non costituente titolo esecutivo su cui erroneamente sia stata ottenuta l'apposizione della formula esecutiva, ad una sola condizione.

Essa è quella che il rimedio sia giustificato secondo il criterio dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c.

Si deve, invero, ritenere che, quando la notificazione della sentenza in quei termini si accompagni coevamente o sia preceduta da atti di vanto da parte di taluno dell'esistenza a suo favore di un titolo esecutivo, sia configurabile un'ordinaria azione di cognizione in mero accertamento, diretta ad accertare che titolo esecutivo non c'è.

Tale ipotesi, che ha giustificazione alla stregua dell'applicazione del criterio dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c. siccome ricollegabile, in caso di mancanza di un'azione tipizzata, appunto ad un bisogno di tutela giurisdizionale da vanto di esistenza di situazione giuridica favorevole altrui a carico di altri, si potrebbe configurare esclusivamente in presenza appunto di atti di affermazione dell'esistenza della pretesa esecutiva diversi ed ulteriori rispetto a quello che in via esclusivamente implicita potrebbe astrattamente ma in modo del tutto incerto ravvisarsi nella sola notifica di una sentenza con l'apposizione della formula esecutiva che non aveva ragione di esservi apposta per l'assenza di una condanna.

Infatti, è vero che la notificazione della sentenza è – di norma – essenziale per procedere all'esecuzione, ma, poiché, alla stregua dell'art. 615 c.p.c., il legislatore ha previsto una tutela giurisdizionale con il rimedio dell'opposizione solo contro il precetto, la cui notificazione può essere coeva ma anche disgiunta e, in questo secondo caso, necessariamente successiva in senso cronologico, deve ritenersi escluso, per un principio di non contraddizione, che la notificazione della sentenza con la formula esecutiva, ancorché recante erroneamente tale formula, possa considerarsi, nel suo profilo funzionale di atto di partecipazione, significativa dell'affermazione della titolarità del diritto di procedere all'esecuzione. Ciò, ancora a maggior ragione, quando la sentenza sia anche impugnabile.

Perché l'affermazione, nella logica dell'art. 100 c.p.c., giustifichi un interesse ad agire, un bisogno di tutela giurisdizionale, occorrerebbe un atto di vanto esplicito, ma esso non si ravvisa nella mera circostanza della notifica di una sentenza con erronea apposizione della formula esecutiva, giusta i criteri di apprezzamento dell'interesse ad agire in mero accertamento.

Di modo che occorrerebbe, come s'è detto, che alla notifica si accompagni, attraverso manifestazione di intenti coeva o precedente, un vanto espresso della pretesa esecutiva.

Solo a tale condizione si potrebbe giustificare l'ammissione di un'azione di accertamento negativo prima del precetto.

Ne segue che, sempre tenuto conto della possibilità di qualificazione d'ufficio della domanda di cui è processo, anche se si ipotizzasse una sua qualificazione come azione di mero accertamento, nella specie l'art. 100 c.p.c. non la giustificerebbe: infatti, l'azione è stata proposta a seguito della mera notifica della copia della sentenza e senza manifestazione di vanti prima o dopo, dei quali nulla si dice nella citazione in opposizione.

§ 6. Peraltro, se si mantenesse la qualificazione come opposizione agli atti affermata dalla sentenza impugnata, si dovrebbe rilevare — pur nella consapevolezza che la dottrina ha espresso opinioni contrastanti sul punto e che taluno ebbe, peraltro, ad ipotizzare semmai l'ammissibilità di un'azione di accertamento negativo — quanto segue.

È vero che la circostanza che il titolo esecutivo possa notificarsi separatamente, quindi prima del precetto, potrebbe indurre a credere che si possa proporre opposizione agli atti prima di un precetto, tenuto conto della congiunzione "e" che lega le opposizioni relative alla regolarità del titolo a quelle relative alla regolarità del precetto nel primo comma dell'art. 617, c.p.c.

Tuttavia assume valore decisivo altro indice normativo: invero sempre lo stesso comma, ancorando la competenza alla previsione dell'art. 480 c.p.c. e, dunque, alla notificazione del precetto, sottende chiaramente un elemento decisivo in senso contrario.

Ne segue che deve ribadirsi l'antico insegnamento secondo cui «prima della notificazione del precetto, che è l'atto tipico che porta in campo la minaccia di espropriazione forzata, non può sussistere in colui, al quale venga notificata una sentenza, anche se indebitamente fornita della formula esecutiva, il timore di essere assoggettato all'esecuzione forzata. Non è quindi proponibile contro tale notificazione opposizione agli atti esecutivi» (Cass. n. 477 del 1971).

Il Collegio è consapevole che, viceversa, con riferimento ad altra fattispecie sembrerebbe essersi avallata l'idea di un'opposizione agli atti esecutivi prima della notificazione del precetto, ma lo si è fatto per ragioni — sulla cui condivisibilità o meno non è qui necessario soffermarsi — che si ricollegavano alla particolarità della disciplina dell'art. 56 della l. n. 392 del 1978 e non possono essere invocate contro il principio generale sopra ribadito.

Si vuole alludere a Cass. n. 5881 del 1999, la quale si esprime in questi termini: «La mancanza nel titolo esecutivo, costituito da una sentenza dispositiva del rilascio di un immobile, della data di rilascio richiesta dall'art. 56 della legge n. 392 del 1978, è riconducibile alla categoria delle irregolarità formali attinenti al titolo esecutivo e non a quella delle irregolarità formali afferenti al precetto, poiché la data del rilascio è un elemento della sentenza, come emerge dalla previsione di detta norma, secondo cui la data di esecuzione è fissata dal giudice con il provvedimento che dispone il rilascio. Ne discende che il termine di cinque giorni per la proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi, con la quale si faccia valere detta irregolarità, decorre dalla data di notificazione della sentenza costituente il titolo esecutivo e non da quella successiva di notificazione del precetto, a nulla rilevando che la notificazione della sentenza sia stata fatta al procuratore costituito nel giudizio in cui essa venne resa, qualora tale notificazione sia avvenuta entro l'anno dalla pubblicazione, poiché, ai sensi dell'art. 479 secondo comma cod. proc. civ., la notificazione del titolo esecutivo costituito da una sentenza può essere fatta, entro tale limite temporale, al procuratore costituito a norma dell'art. 170 cod. proc. civ. e, dunque, deve ritenersi idonea sia a far decorre il termine di impugnazione (*ex art. 283 cod. proc. civ.*) che ad assolvere al disposto dello

stesso art. 479 (nella specie la Suprema Corte, sulla base di tali principi, ha disatteso il motivo di ricorso, con cui si deduceva che la notificazione era stata effettuata ai soli fini della decorrenza del termine di impugnazione della sentenza e si postulava che il termine per la proposta opposizione agli atti esecutivi dovesse farsi decorrere dalla notifica del precetto)».

Peraltro, per completezza, si dovrebbe rilevare che il ricordato principio di diritto andrebbe posto a raffronto, per verificarne la tenuta, con la ricostruzione della natura del provvedimento di cui all'art. 56 citato offerta da Cass. n. 2746 del 1983 e poi ribadita da Cass. 8687 del 1995.

Ma non è questa la sede per soffermarsi sulla questione.

§ 7. Sulla base delle considerazioni che si sono venute svolgendo il secondo, terzo e quarto motivo di ricorso debbono, dunque, essere accolti.

La sentenza impugnata dev'essere cassata senza rinvio ai sensi dell'art. 382, terzo comma, c.p.c., perché la ragione dell'accoglimento dei motivi è che l'azione non poteva proporsi.

Essa, va rilevato, non solo non poteva proporsi con una qualificazione ai sensi dell'art. 615 e non solo non poteva proporsi con una qualificazione ai sensi dell'art. 617 c.p.c., ma nemmeno, pur nella prospettiva di una possibile qualificazione in tal senso in questa sede, si poteva proporre come azione di accertamento negativo in mancanza del requisito dell'art. 100 c.p.c.

Data la novità della questione nella giurisprudenza della Corte sul versante dell'opposizione a precetto e considerato su quello dell'opposizione agli atti esecutivi sia che rispetto al principio della sentenza del 1971 sembra per certi versi dissonante quello della sentenza del 1999, sia che la dottrina non è univoca sulla questione, il Collegio ritiene, dovendo provvedere sulle spese dell'intero giudizio, di dover far luogo alla compensazione delle spese di tutti e due i gradi.

(*Omissis*)

(1-2-3-4) (Ri)qualificazione della domanda di opposizione e impugnazione. Note a margine di un rinnovato diniego dell'opposizione all'esecuzione (e agli atti) prima della notifica del precetto

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. La (ri)qualificazione della domanda. – 3. Opposizione all'esecuzione prima del precetto. – 4. Opposizione agli atti esecutivi prima del precetto. – 5. Azione di accertamento negativo prima del precetto.

1. Il caso di specie.

Indebitamente (e, a quanto pare, per errore) ottenuta l'apposizione, da parte del cancelliere, della formula esecutiva su una sentenza di mero accertamento, Tizio notificava copia di quest'ultima a Caio (personalmente), il quale, con immediata reazione, ancor prima della notifica del precetto, agiva in opposizione (ulteriori qualificazioni non emergono dalla sentenza), chiedendo che fosse accertata e dichiarata «l'indebita e/o ille-

gittima apposizione della formula esecutiva sulla sentenza (...) e la conseguente nullità e/o invalidità della notifica *ex art. 479 c.p.c.* (...), con propagazione delle nullità e/o invalidità ad ogni atto esecutivo che venisse (in denegata ipotesi) eventualmente compiuto». Qualificata tale opposizione come *agli atti esecutivi* (art. 617 c.p.c.) – «in quanto la contestazione ha per oggetto la validità formale del titolo e la sua corretta spedizione in forma esecutiva»⁽¹⁾ –, il tribunale accoglieva la contestazione, emettendo sentenza.

Avverso tale sentenza, Tizio, in ottemperanza al noto principio dell'«apparenza»⁽²⁾, proponeva ricorso per cassazione *ex artt. 111, 7° co., Cost., 618 e 360, ult. cpv., c.p.c.*, facendo valere⁽³⁾, sostanzialmente, (l'i-

⁽¹⁾ La riportata motivazione della decisione di primo grado assume, peraltro, uno svolgimento criptico, quasi incomprensibilmente affermando, per esteso, che «nel caso *de quo*, siamo quindi alla presenza di un'opposizione agli atti esecutivi, *ex art. 617 c.p.c.*, in quanto la contestazione ha per oggetto la validità formale del titolo e la sua corretta spedizione in forma esecutiva, la quale, nell'ipotesi di specie, non poteva essere fatta valere, difettando altresì il precetto e la sua notifica. Il titolo non ha quindi efficacia esecutiva, nonostante l'indebita apposizione della formula esecutiva e come tale, notificato senza precetto, legittima l'opposizione così come promossa da parte attrice opponente il quale, diversamente da quanto sostenuto dall'opposto, aveva interesse ad agire evitando l'insorgere di un procedimento esecutivo che tale non poteva essere perché nascente da una pronuncia di mero accertamento».

⁽²⁾ Inaugurato dalla famosa Cass., 4-4-1960, n. 753, *GI*, 1961, I, I, 356, e ribadito, da ultimo, da Cass., Sez. VI-3, 11-6-2015, n. 12142: «è orientamento consolidato di questa Corte quello per il quale l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va effettuata facendo esclusivo riferimento alla qualificazione data dal giudice all'azione proposta con il provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua esattezza e dalla qualificazione dell'azione data dalla parte, in base al principio dell'apparenza, e tanto al fine di escludere che la parte possa conoscere *ex post*, ad impugnazione avvenuta, quale era il mezzo di impugnazione esperibile». Nella sentenza in commento, infatti, si legge che la qualificazione data dal giudice «rilevava solo ai fini della individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro la sentenza». Per l'esposizione del principio, v., per tutti, ORIANI, voce *Opposizione all'esecuzione*, *Digesto/civ.*, XIII, App., Torino, 1995, 627, che peraltro, al fine di evitare gli inconvenienti collegati all'adozione di tale principio, propone, sulla scorta della teoria tedesca del “*Meistbegünstigung*” [su cui v. DE DIVITIS, *Sulla teoria del “Meistbegünstigung” nel processo civile tedesco (forma e contenuto nei provvedimenti del giudice)*, *RDP*, 1993, 410 ss.], l'adozione di «un sistema in cui la parte possa ricorrere sia al mezzo di impugnazione corrispondente alla qualificazione operata dal giudice, sia al mezzo di impugnazione che ritiene più corretto, stante l'errore del giudice; in questo secondo caso, l'impugnazione sarà ammissibile se ed in quanto il giudice abbia sbagliato ad etichettare l'azione e sia invece adeguata la qualificazione operata dalla parte».

⁽³⁾ In realtà, preliminarmente ai motivi che si esaminano nel testo, il ricorrente censurava altresì, *ex art. 360, 1° co., n. 2, c.p.c.*, «il mancato accoglimento dell'eccezione di incompetenza territoriale» del giudice adito in sede di opposizione, per violazione delle regole desumibili dagli artt. 27, 28 e 480, 3° co., c.p.c., in quanto l'opposizione era stata proposta presso una sezione distaccata (quella di Cesena) del Tribunale di Forlì, luogo di

nammissibilità dell'azione per) il difetto di interesse, sia *ex art.* 100 c.p.c. – in quanto, stando al ricorrente, né l'opponente aveva dubbi riguardo alla natura di mero accertamento della sentenza notificata, né tale circostanza era stata mai contestata dall'opposto⁽⁴⁾ –, sia, e soprattutto, *ex art.* 617 c.p.c., nella misura in cui l'opposizione veniva proposta prima della notifica del precetto, ritenuta presupposto necessario per la reazione oppositiva del debitore, non solo nelle forme dell'art. 615 c.p.c. – che, secondo il ricorrente, avrebbero dovuto essere seguite dal debitore opponente, ma solo dopo detta notifica –, ma anche, come nella specie, in quelle dell'art. 617 c.p.c.

La Corte, previa una corretta (anche se in parte “forzata”, come si vedrà) riqualificazione dell'opposizione come *all'esecuzione*⁽⁵⁾, accoglie il

avvenuta notifica del titolo, e non, come sosteneva parte ricorrente, presso la sede centrale dello stesso Tribunale; il giudice del merito, tuttavia, non aveva pronunciato sull'eccezione. La Corte respinge *in limine* il motivo, preliminarmente rilevando che la censura di mancata risposta all'eccezione (processuale) si traduce in una doglianza sulla stessa questione, e poi ritenendo, in rito, che la questione non è censurabile attraverso l'impugnazione (si richiama, a tal proposito, l'ampia motivazione offerta da Cass., Sez. III, ord. 16-6-2011, n. 13200, *CED Cassazione*, 2011), e nel merito, comunque, che, correttamente individuato il foro di competenza per l'opposizione, non rileva la sua proposizione presso la sezione distaccata del tribunale, la quale può solo comportare, entro e non oltre lo svolgimento del primo grado di giudizio, i provvedimenti “ordinatori” di cui all'art. 83-ter disp. att. c.p.c., e nulla di più, tantomeno l'annullamento della sentenza per incompetenza del giudice (e ciò, comunque, sul presupposto che le regole sulla ripartizione “interna” degli affari si applichino anche alla materia delle opposizioni esecutive). Incidentalmente (e mancando indicazioni sulla residenza del creditore), mi limito a rilevare l'incertezza del richiamo al “foro della notifica” (art. 480, 3° co., ult. inciso, c.p.c.), il quale, in realtà, mi sembra possa applicarsi solo a partire dalla notifica del precetto (tanto è vero che il “foro della notifica” è individuato in via residuale – «in mancanza», dice la norma – rispetto all'elezione di domicilio presso il giudice competente per l'esecuzione), mentre, anteriormente a questo momento, l'opposizione (ove ritenuta ammissibile, v. *infra* nel testo) dovrebbe proporsi nel foro del convenuto, e dunque del creditore, ai sensi degli artt. 18 ss. c.p.c. [cfr. DELLE DONNE, sub artt. 617 e 618-bis c.p.c., in COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, VII, I, Milano, 2014, 342; GIOVANNINI-MARINELLI, sub art. 27 c.p.c., in CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013, 441; ASPRELLA, sub art. 27 c.p.c., in COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Milano, 2012, 397; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, 351-352; MANDRIOLI, voce *Opposizione (diritto processuale civile)*, *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 460; GARBAGNATI, *Opposizione all'esecuzione*, NN.D.I., XI, Torino, 1965, 1074, nota 11; per l'applicazione analogica del criterio di cui all'art. 480, 3° co., c.p.c., v. invece ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 110].

(4) Anche se, va detto, tale “confessione” di riconoscimento, da parte dell'opposto, della non esecutività del provvedimento sembra contrastare con la duplice circostanza dell'apposizione della formula esecutiva, che evidentemente era stata richiesta dalla stessa parte, e della notifica “personale” – a quanto sembra *ex art.* 479 c.p.c., e non secondo le regole degli artt. 170 e 330 c.p.c. – della sentenza *de qua*.

(5) Nella sentenza si legge che «la contestazione svolta dall'opponente riguardava non

ricorso “nel merito”, cassando senza rinvio *ex art.* 382, 3° co., c.p.c., in virtù del rilievo della “improponibilità” dell’azione (quale che sia il *nomen iuris* assegnatole, v. *infra*, §§ 3-5) per mancanza del precetto, in che consiste, al minimo, la manifestazione di quel peculiare “vanto” che preannuncia l’esercizio dell’azione esecutiva, e legittima così l’interesse ad agire in opposizione.

2. La (ri)qualificazione della domanda.

Le questioni sollevate dalla sentenza in commento sono molteplici, tutte attuali e interessanti, specie riguardo al tema dell’interesse ad agire in opposizione. Devo tuttavia premettere che l’analisi impone di separare, per così dire, il profilo del “metodo” (di cui alla massima *sub n.* 1) da quello del “merito” (di cui alle massime *sub nn.* 2, 3 e 4), e, a quest’ultimo proposito, di procedere a un’ulteriore distinzione dei principi espressi, a seconda del *nomen iuris* (in ipotesi) attribuito all’azione esperita.

Sotto il primo profilo, innanzitutto, vi sono alcune questioni controverse che avrebbero forse meritato un’argomentazione più puntuale, a proposito dell’effettuata riqualificazione officiosa del tipo di opposizione. E infatti – a prescindere dal rilievo, prettamente pratico, per cui la maggiore “libertà” che la Corte si è concessa è stata senza effetti concreti, ove si consideri che la soluzione della “improponibilità” (o comunque del rigetto) della domanda si sarebbe imposta anche nel caso in cui l’opposizione fosse stata ancora considerata come opposizione agli atti (v. *infra*, § 4) –, bisogna rilevare che la Corte ha proceduto d’ufficio alla riqualificazione dell’opposizione proposta, senza che le parti avessero censurato (almeno direttamente) la qualificazione operata dal giudice di prime cure; ma ciò è potuto avvenire, secondo i Giudici di legittimità, in quanto l’affermazione della natura dell’opposizione non era «espressione della soluzione di un contrasto fra le parti», e quindi era insuscettibile di passaggio in giudicato⁽⁶⁾.

già l’osservanza dei requisiti formali prescritti dall’art. 475 c.p.c. per la spedizione in forma esecutiva e, dunque, una contestazione circa il *quomodo* dell’esecuzione, bensì la stessa esistenza di un titolo esecutivo che giustificasse l’apposizione della formula esecutiva e, dunque, l’*an* del diritto di procedere all’esecuzione». Sulla classificazione di questo vizio, v. ancora *infra*, § 4, spec. nota 28.

⁽⁶⁾ Le parole spese contengono, probabilmente, un riferimento alle conclusioni raggiunte, seppure in *obiter dictum*, da Cass., S.U., 19-4-2016, n. 7700, *CorG*, 2016, 968 ss., con nota di CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi-totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, secondo cui non è sufficiente la riproposizione *ex art.* 346 c.p.c., ma è necessaria l’impugnazione incidentale, per le eccezioni affrontate e rigettate,

Il passaggio, così come argomentato, potrebbe però non essere sufficiente: quale che sia la “scaturigine” dell’affermazione sulla natura dell’azione, ivi inclusa la (normale) potestà qualificatoria officiosa⁽⁷⁾, essa dovrebbe comunque tradursi in un capo del *decisum*, in una “parte” di sentenza, integrante un “giudizio di fatto”⁽⁸⁾, la cui autonoma impugnazione

anche se la parte eccipiente sia stata vittoriosa nel merito. Volendo immaginare una possibile linea di pensiero seguita dalla decisione in commento, si potrebbe ritenere che, poiché le Sezioni Unite ricollegano l’impugnazione al ricorrere di una fattispecie di “soccumbenza”, di qualunque natura essa sia, potrebbe, *a contrario*, ritenersi che, al di fuori della soccombenza (che presuppone la domanda o l’eccezione), non c’è necessità di impugnazione sul punto in questione, almeno laddove si tratti di questione rilevabile d’ufficio.

⁽⁷⁾ La corretta *qualificazione della domanda* da parte del giudice è, infatti, un passaggio fondamentale per la garanzia del diritto di azione, ed è di rilievo fondamentale nella dinamica delle opposizioni esecutive, non solo ai fini della determinazione dell’ambito oggettivo del giudicato inerente alla pronuncia definitiva, ma anche, e preliminarmente, ai fini del valido e puntuale esercizio del potere di impugnazione da parte del soccombente, ove si consideri il già citato principio dell’“appareanza” (v. nota 2); sicché emerge la delicatezza del potere di qualificazione spettante al giudice, il quale «non è condizionato dalla formula adottata dalla parte, dovendo egli tenere conto, piuttosto, del contenuto sostanziale della pretesa così come desumibile dalla situazione dedotta in causa e dalle eventuali precisazioni formulate nel corso del giudizio, nonché del provvedimento richiesto in concreto, senza altri limiti che quello di rispettare il principio della corrispondenza della pronuncia alla richiesta, e di non sostituire d’ufficio una diversa azione a quella formalmente proposta» (Cass., Sez. II, 9-11-2012, n. 19502), e per il cui corretto esercizio, peraltro, si rende opportuno un adeguato corredo argomentativo della parte opponente, che dovrà precisamente indicare soprattutto il *petitum* oggetto della domanda di opposizione, e quindi il concreto ed effettivo contenuto della richiesta di tutela, a cui il giudice è vincolato *ex art. 112 c.p.c.*; fermo restando che, a tal fine, il giudice «debbà tener conto anche delle domande che risultino implicitamente proposte o presupposte nelle richieste avanzate, in modo da ricostruire il contenuto e l’ampiezza della domanda giudiziale secondo criteri logicamente corretti e tali da evidenziare la volontà della parte in relazione alle finalità dalla stessa perseguite» (Cass., Sez. IV, 26-9-2011, n. 19630, *CED Cassazione*, 2011). Sull’interpretazione della domanda giudiziale, v., per tutti, CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, *Digesto/civ.*, VII, Torino, 1991, 44 ss., spec. 53 ss., secondo cui la domanda è «atto normativo non autonomo» (*ivi*, 48), cui si applicano tutte quelle «norme positive che regolano l’interpretazione degli atti normativi a contenuto singolare e concreto», e in particolare «quelle che disciplinano l’interpretazione dei negozi giuridici, e quindi gli articoli 1362 ss. c.c.» (*ivi*, 53); per ulteriori indicazioni, v. MONTANARI, sub *art. 112 c.p.c.*, in CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013, 1279 ss.; FINOCCHIARO-POLI, sub *art. 112 c.p.c.*, in COMOGGIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Milano, 2012, 216 ss.

⁽⁸⁾ Si afferma generalmente che, «nel caso in cui venga (...) in considerazione l’interpretazione del contenuto o dell’ampiezza della domanda, tali attività integrano un accertamento in fatto, tipicamente rimesso al giudice di merito, insindacabile in cassazione salvo che sotto il profilo della correttezza della motivazione della decisione impugnata sul punto» (così, *ex multis*, Cass., Sez. III, 18-5-2012, n. 7932, *CED Cassazione*, 2012), mentre la violazione dell’art. 112 c.p.c. – qualificata come *error in procedendo*, per cui la Corte avrebbe i poteri di indagare sul fatto (processuale) –, implica direttamente «l’omesso esame di una domanda, o la pronuncia su una domanda non proposta» (*ibidem*; nello stesso senso, già prima, Cass., Sez. II, 20-8-2002, n. 12259, *MGI*, 2002).

bilità – peraltro solo per difetti logici⁽⁹⁾ – è confermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui la *ri*-qualificazione officiosa della domanda (di merito, e non d'impugnazione, s'intende) in sede di cassazione è consentita solo ove il giudice *a quo* non abbia espressamente qualificato l'opposizione proposta⁽¹⁰⁾, dovendo altrimenti ricorrere la censura della parte⁽¹¹⁾, anche in via incidentale; ciò che non è (almeno esplicitamente, v. subito *infra*) avvenuto nel caso di specie, dove in discussione era l'ammissibilità di un'opposizione agli atti preventiva al precetto, e non

⁽⁹⁾ La Suprema Corte è solita ritenere che l'erronea qualificazione, o comunque i vizi attinenti alla qualificazione/interpretazione della domanda non appartengono al novero degli *errores in procedendo*, in quanto accertamenti di fatto del giudice di merito, insindacabili ove adeguatamente motivati (v., da ultimo, Cass., Sez. II, 9-2-2016, n. 2571; ancora *supra*, nota 8); e tuttavia, ove si esamini più diffusamente il dato giurisprudenziale, emerge anche che, «quando venga denunciata, col ricorso per cassazione, la nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 112 c.p.c., assumendosi l'erronea qualificazione della domanda, il giudice di legittimità non deve limitarsi a valutare la sufficienza e logicità della motivazione con cui il giudice di merito ha vagliato la questione, ma è investita del potere di esaminare direttamente gli atti e i documenti sui quali il ricorso si fonda» (Cass., Sez. IV, 4-4-2014, n. 8008, *CED Cassazione*, 2014). Il problema, com'è stato rilevato (v. MONTANARI, sub art. 112 c.p.c., cit., 1281-1282), deriva dalla contrapposizione tra l'«opinione comunemente ricevuta che l'interpretazione di cui si discorre venga ad integrare un tipico giudizio di fatto, come tale riservato in via esclusiva al giudice di merito e sottratto, ove congruamente motivato, al sindacato di legittimità della Cassazione», e l'assunto, «parimenti diffuso, secondo cui, ove alle scelte interpretative del giudice si imputi una violazione della regola in esame di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la Suprema Corte tornerebbe ad assumere la veste, che tipicamente le compete di fronte ad ogni ipotesi di *error in procedendo*, di giudice del fatto (...), con tutto quanto ne consegue in termini di assoggettamento di quella interpretazione ad un sindacato pieno e non di mera logicità»; contrapposizione che, come rilevato (v. nota 8), la giurisprudenza maggioritaria sembra risolvere riservando all'art. 112 c.p.c. la sola censura per l'omessa pronuncia, ovvero l'*ultra*-, *extra*- o *infra*-petizione; per l'indicazione dei termini del contrasto, v. già Cass., Sez. III, 19-5-2004, n. 9471, *MGI*, 2004.

⁽¹⁰⁾ È infatti diffuso il principio per cui può «subentrare la qualificazione del giudice dell'impugnazione soltanto nel caso (...) di qualificazione da parte del primo giudice che sia omessa, soltanto apparente ovvero generica» (così, tra le tante, da ultimo, Cass., Sez. VI-3, ord. 17-6-2014, n. 13758; *conf.* Cass., Sez. III, 20-11-2012, n. 20297; Cass., Sez. III, 8-2-2012, n. 1757; Cass., Sez. IV, 29-7-2011, n. 16781), «e ciò non solo ai fini del merito, ma altresì dell'ammissibilità dell'impugnazione» (Cass., Sez. III, 4-8-2005, n. 16379, *MGI*, 2005; *conf.*, *ex multis*, Cass., Sez. III, 28-2-2006, n. 4507, *MGI*, 2006; Cass., Sez. III, 18-4-2005, n. 8006, *MGI*, 2005); ciò che, peraltro, presuppone l'inoperatività del principio di apparenza.

⁽¹¹⁾ A tal proposito, basti richiamare la massima espressa da Cass., Sez. II, 30-7-2008, n. 20730, *MGI*, 2008: «nel vigente sistema processuale è consentito solo al giudice di primo grado il potere incondizionato di qualificazione della domanda, mentre al giudice di appello – in ragione dell'effetto devolutivo di tale impugnazione e della presunzione di acquiescenza di cui all'art. 329 c.p.c. – non è più permesso di mutare *ex officio* la qualificazione ritenuta dal primo giudice, a meno che questa non abbia formato oggetto di impugnazione esplicita o, quanto meno, implicita, nel senso che una diversa qualificazione giuridica costituisca la necessaria premessa logico-giuridica di un motivo di impugnazione espressamente formulato».

un'erronea qualificazione della domanda proposta, sulla quale si sarebbe dunque formato il giudicato interno *ex art.* 329, *cpv.*, *c.p.c.* È evidente che, ove ciò fosse vero, la decisione della Corte, pur corretta secondo astratti criteri di merito (v. *infra*, §§ 3 ss.), sarebbe illegittima perché adottata in superamento del "giudicato". E tuttavia, a giustificazione dell'approdo cui è giunta la decisione in commento, possono farsi alcune considerazioni.

Secondo una prima, radicale, osservazione si potrebbe direttamente negare l'idoneità dell'affermazione sulla qualificazione giudiziale della domanda a costituire "parte di sentenza" ai sensi dell'art. 329 *c.p.c.*, e quindi a formare oggetto di giudicato interno in difetto di specifica censura⁽¹²⁾.

In mancanza, e con specifico riguardo al caso di specie, si potrebbe valorizzare la clausola di "elasticità" riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità – secondo cui, ai fini dell'interpretazione della domanda (anche d'impugnazione) bisogna «tener conto anche delle domande che risultino implicitamente proposte o presupposte nelle richieste avanzate, in modo da ricostruire il contenuto e l'ampiezza della domanda giudiziale secondo criteri logicamente corretti e tali da evidenziare la volontà della parte in relazione alle finalità dalla stessa perseguite»⁽¹³⁾ –, e così ritenere (con un po' di fantasia, ammetto) che il contenuto del ricorso e l'argomentazione dei motivi (specialmente del quarto) implicavano, seppure indirettamente, una contestazione relativa alla qualificazione del rimedio esperito, rilevandosi la «inammissibilità di un'opposizione agli atti esecutivi per essere

(12) In questo senso, potrebbero militare le considerazioni di quella dottrina (per cui v. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012) che individua «il capo di sentenza di cui agli artt. 329, co. 2 e 336, co. 1 nella decisione di ogni domanda proposta e non già, invece, nella soluzione di ogni questione enucleata e affrontata dal giudice per decidere la causa» (*ivi*, 63), e che trova eco nella giurisprudenza, la quale ha avuto modo di affermare che «la nozione di "parte della sentenza", alla quale fa riferimento l'art. 329, *cpv.* *c.p.c.*, dettato in tema di acquiescenza implicita, e cui si ricollega la formazione del giudicato interno, identifica non già qualsivoglia affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, che sia stata espressamente o implicitamente investita da una censura specifica, bensì soltanto le statuizioni minime suscettibili di acquisire autonoma efficacia decisoria nell'ambito della controversia. Queste ultime sono costituite dalla sequenza fatto, norma ed effetto, intesa come unitaria scansione logica che comprende e supera le singole sue componenti, ancorché ciascuna di esse possa essere, isolatamente considerata, oggetto d'impugnazione» (Cass., Sez. II, 28-9-2012, n. 16583, *CED Cassazione*, 2012). È noto, d'altra parte, che quello di "parte" o "capo" di sentenza sia concetto assai controverso [per indicazioni, v. TEDOLDI, *sub art.* 329 *c.p.c.*, in COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, IV, Milano, 2013, 116; POLI, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, *RDPr*, 2010, 48 ss., spec. 59 ss.].

(13) Cass. n. 19630/2011, cit.

ammissibile, al più, una opposizione all'esecuzione ma solo dopo la notifica del precetto, ovviamente non coltivata né peraltro coltivabile».

Da un punto di vista generale, comunque, potrebbe ritenersi che un vincolo rigido alla qualificazione operata dal primo decidente sia una limitazione poco coerente con l'attuale impostazione del sistema di tutela civile, in cui al giudice spetta il fondamentale potere di interpretare l'assetto sostanziale delle domande a lui proposte, per fornire la risposta di giustizia maggiormente confacente alle esigenze manifestate, e che mal sopporta soluzioni indotte dal rispetto di criteri meramente formali⁽¹⁴⁾, sicché potrebbe auspicarsi il superamento di tale orientamento, in favore del riconoscimento di un più ampio potere (ri)qualificatorio del giudice – anche in virtù di una rimeditazione delle conseguenze dell'idea secondo cui il potere di interpretazione della domanda attiene al fatto, e non al diritto⁽¹⁵⁾ –, previo il necessario contraddittorio con le parti, che

(14) Non meraviglia, dunque, che siano rinvenibili eccezioni nel panorama giurisprudenziale, anche in virtù del fatto che non è sempre facile distinguere tra l'attività di qualificazione della domanda e l'attività di inquadramento del fatto storico allegato in giudizio dall'attore, e nei cui confronti il giudice è chiamato ad applicare la relativa norma giuridica, in ottemperanza al principio *iura novit curia*; ne è testimonianza la decisione di Cass., Sez. III, 8-5-2015, n. 9294, *CED Cassazione*, 2015, secondo cui «l'indicazione nell'atto introduttivo, e la conseguente applicazione in primo grado, di una norma che costituisce titolo di responsabilità diverso da quello realmente esistente, e correttamente individuato nel giudizio di appello, non comporta la formazione di un giudicato implicito, trattandosi di mera qualificazione giuridica del fatto storico addotto a fondamento della richiesta risarcitoria», e quindi rivedibile anche in sede di impugnazione, entro il limite della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; in termini, da ultimo, Cass., Sez. III, 9-9-2016, n. 11805, *CED Cassazione*, 2016. A rigore, bisogna comunque rilevare la non perfetta sovrapposibilità delle due fattispecie, poiché, mentre in quella appena citata si tratta «semplicemente» di identificare gli *effetti giuridici* dei fatti allegati in giudizio dall'attore (è chiara, a tal fine, Cass., Sez. III, 20-10-2010, n. 21561, *CED Cassazione*, 2010: «nell'ipotesi in cui sulla domanda o su un capo autonomo di essa non si sia formato il giudicato interno, per effetto dell'acquiescenza espressa o tacita, deve ritenersi consentito porre in discussione, nell'ambito della impugnazione proposta contro la relativa pronuncia, le questioni concernenti l'applicabilità di una norma giuridica e l'interpretazione della norma stessa, qualunque sia stato il comportamento difensivo concretamente assunto in proposito dalla parte, nel precedente o nei precedenti gradi del giudizio. Dette questioni infatti, sono rilevabili anche d'ufficio dal giudice dell'impugnazione, nell'esercizio del suo potere di individuare ed interpretare la norma applicabile al caso controverso, e non sono suscettibili di passare in giudicato autonomamente dalla domanda o dal capo di essa cui si riferiscono, assolvendo ad una funzione meramente strumentale rispetto alla decisione»), in quella in esame nel testo la qualificazione dei fatti allegati si traduce nell'individuazione di una specifica e diversa *azione oppositiva*, ex art. 615 c.p.c. o ex art. 617 c.p.c.

(15) Necessità particolarmente pressante nel caso di specie, ove dalla diversa qualificazione della domanda derivano un diverso trattamento processuale e l'applicazione di diverse regole in tema di oggetto del giudizio e del giudicato, il cui rispetto dovrebbe prevalere sull'erronea qualificazione compiuta dal giudice del merito. Alla realizzazione di

devono avere diritto di interloquire e adeguare il proprio apparato assertivo⁽¹⁶⁾.

3. *Opposizione all'esecuzione prima del precetto.*

Passando al merito della decisione, e iniziando dalla massima raccolta *sub* n. 2, che rappresenta poi l'unico principio di diritto autenticamente espresso "con effetto" rispetto alla soluzione del caso, si può semplice-

questa esigenza non dev'essere di impedimento il principio dell'"apparenza", poiché esso riguarda il solo profilo dell'ammissibilità, e non anche quello del contenuto e degli esiti dell'impugnazione esperita. Peraltro, in via incidentale, bisogna rilevare che, nella sentenza in commento, non viene affrontato il problema delle conseguenze che dovrebbero derivare dalla riqualificazione dell'opposizione agli atti come opposizione all'esecuzione, in ciò che riguarda l'eventuale necessità di cassare la sentenza e rinviare al giudice del merito per la trattazione dell'opposizione nelle forme coerenti con la sostanza del giudizio (per indicazioni, seppure implicite, in questo senso, v. tuttavia la giurisprudenza segnalata nella nota seguente); e ciò per il semplice motivo che, nel caso di specie, la Corte ha ritenuto di dover provvedere alla cassazione della sentenza «senza rinvio ai sensi dell'art. 382, terzo comma, c.p.c., perché la ragione dell'accoglimento dei motivi è che l'azione non poteva proporsi». In altri termini – in disparte le questioni interpretative intorno al significato da attribuire alla formula dell'art. 382, terzo comma, c.p.c. [su cui, anche per ulteriori indicazioni, v. ASPRELLA, *sub art. 382 c.p.c.*, in COMOGGIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, IV, Milano, 2013, 1071 ss.], e al concetto di "improponibilità" dell'azione (su cui, per qualche informazione, v. FORNI, *Orientamenti in tema di improponibilità, inammissibilità e improcedibilità*, RTPC, 1981, 1318 ss.; NATOLI, *Improponibilità, inammissibilità e improcedibilità della domanda giudiziale*, Milano, 1976) –, i Giudici di legittimità hanno rilevato che, nel caso di specie, quale che fosse la qualificazione giuridica da attribuire alla domanda proposta dalla parte opponente, quest'ultima non poteva "ancora" essere *proposta*, in mancanza del precetto, ritenuto presupposto di "ammissibilità" di *qualunque* tipo di opposizione.

⁽¹⁶⁾ Nel senso indicato, peraltro, sembrano militare alcuni precedenti della stessa Corte (sebbene antecedenti alla famosa decisione sul c.d. giudicato implicito, espressa da Cass., S.U., 16-10-2008, n. 25246, *MGI*, 2008), e relativi proprio alla materia delle opposizioni, nei quali si afferma che l'esattezza della qualificazione operata dal giudice del merito, che rileva per l'ammissibilità dell'impugnazione, «è sindacabile soltanto dal giudice cui spetta la cognizione dell'impugnazione» (Cass., Sez. III, 2-3-2007, n. 4963, *MGI*, 2007), e che il principio dell'apparenza «non preclude, tuttavia, al giudice *ad quem* e, in particolare, alla corte di Cassazione di verificare l'esattezza dell'anzidetta qualificazione» (Cass., Sez. I, 11-2-1995, n. 1553, *MGI*, 1995; già prima, in questo senso, Cass., S.U., 9-4-1986, n. 2466, *FI*, 1986, I, 2503 ss., con nota di DONATI, cui rinvio anche per ulteriori indicazioni; conf. Cass., Sez. III, 6-7-2006, n. 15376, *MGI*, 2006). Pertanto, qualora la Corte rilevi «che l'opposizione dell'esecutato sia diretta a censurare la completezza del procedimento di formazione del titolo esecutivo (...), deve annullare la sentenza del pretore che abbia qualificato detta impugnazione come opposizione agli atti esecutivi e deve affermare, rispetto alla ritenuta opposizione alla esecuzione, la cognizione del giudice competente per materia o per valore» (Cass. n. 1553/1995, cit.); d'altra parte, maggiore flessibilità allo stesso orientamento restrittivo è data dalla precisazione, pure assai diffusa, per cui «occorre verificare se il giudice *a quo* abbia inteso effettivamente qualificare l'azione proposta, o se abbia fatto in riferimento ad essa una affermazione meramente generica» (così, *ex multis*, Cass. n. 8006/2005, cit.).

mente rilevare che la decisione è non solo corretta, ma anche confermativa di una soluzione interpretativa assai diffusa in dottrina, e consistente nell'inammissibilità di un'opposizione all'esecuzione preventiva alla notifica del precetto, e successiva alla notifica del solo titolo esecutivo⁽¹⁷⁾.

La questione del "termine iniziale" per l'opposizione c.d. preventiva all'esecuzione, infatti, è, innanzitutto e a rigore, risolta dalla stessa lettera dell'art. 615, comma 1°, c.p.c., che – a differenza dell'art. 617 c.p.c. (su cui v. *infra*, § 4) – parla di opposizione «al precetto», indicando che il *dies a quo* decorre dall'avvenuta notificazione dello stesso, non bastando a tal uopo la mera notificazione del titolo, anche se spedito in forma esecutiva⁽¹⁸⁾.

La soluzione negativa, d'altronde, è giustificata dal fatto che solo la combinazione tra titolo e precetto è idonea a veicolare, almeno quanto ai suoi elementi oggettivi, la *domanda* di tutela esecutiva⁽¹⁹⁾, e a realizzare, se

(17) In questo senso, infatti, si esprime la maggioranza della dottrina (per indicazioni, v. MANDRIOLI, *Opposizione*, cit., 438 ss.; GARBAGNATI, *Opposizione*, cit., 1072; ANDRIOLI, *Commento*, III, cit., 342 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1964, 295-296; BUCOLO, *L'opposizione all'esecuzione*, Padova, 1982, 412-413; VACCARELLA, voce *Opposizioni all'esecuzione*, *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 5 ss.). Rilevo incidentalmente, all'estremo opposto, *i.e.* a proposito del termine finale – salva la peculiare questione dei rapporti tra gli artt. 615 e 512 c.p.c., a seguito della riforma apportata dal d.l. 3-5-2016, n. 59 [su cui v., *si vis*, MICALI, *Un termine finale per l'opposizione all'esecuzione... o forse no? Sottofondo di una polemica sulla stabilità (e sull'efficacia processuale e sostanziale) dell'esecuzione forzata*, in questa *Rivista*, 2016, 419 ss.] –, che è opinione comune in dottrina e giurisprudenza che l'opposizione non sia più proponibile una volta compiuto l'ultimo atto della serie esecutiva, con cui (auspicabilmente) si soddisfa il creditore precedente (MANDRIOLI, *Opposizione*, cit., 445; GARBAGNATI, *Opposizione*, cit., 1072; ANDRIOLI, *Commento*, III, cit., 344-345; VACCARELLA, *Opposizioni*, cit., 5; in giurisprudenza, tra le tante, v. Cass., Sez. III, 31-3-2007, n. 8061, *MGI*, 2007).

(18) Certamente, non è mancata la provocazione di ritenere promuovibile l'opposizione anche in questo caso (v. MANDRIOLI, *Opposizione*, cit., 438-439), ma la soluzione è stata scartata (v. già VACCARELLA, *Opposizioni*, cit., 5; BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1996, 315-316), in luogo del riconoscimento della semplice proponibilità di un'azione di accertamento negativo (del credito, v. *infra*, § 5), perciò svincolata dal collegamento funzionale con l'esecuzione (in questo senso, lo stesso MANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*; ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, III, cit., 296-297; GARBAGNATI, *Opposizione*, cit., 1072, nota 6; BUCOLO, *L'opposizione*, cit., 99 ss.; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1936, 239 ss.; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, 234; per ulteriori considerazioni, v. ancora *infra*, § 5), con le uniche eccezioni di CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, Roma, 1942, 673 ss., spec. 674, 676, il quale ritiene basti «l'annuncio dell'esecuzione futura, dato esplicitamente con la notificazione del precetto e perfino implicitamente con la sola notificazione del titolo esecutivo, a fondare, quanto all'interesse, l'opposizione», e di FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, 252-253, 263.

(19) Da questa prospettiva, essendo l'opposizione all'esecuzione lo strumento attraverso cui si contesta l'esercizio dell'azione esecutiva, nei suoi aspetti di rito e/o di merito, è del

non direttamente l'azione, almeno il "preannuncio" dell'esercizio dell'azione esecutiva, condizionato al mancato adempimento dell'obbligo contestualmente intimato, e considerato dal legislatore manifestazione (necessaria e) sufficiente a determinare quel peculiare interesse ad agire che si convoglia nell'azione oppositiva *ex art. 615 c.p.c.* (20).

tutto coerente che la prima non sia promuovibile quando ancora il creditore non abbia "richiesto", attraverso la formulazione della pretesa, la prestazione rappresentata nel titolo (art. 480 c.p.c.); evidenza a tal fine NICOLETTI, voce *Precetto*, *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 852, che «il legislatore fa del precetto (...) il punto di collegamento tra la condizione essenziale dell'azione esecutiva (*nulla executio sine titulo*), e l'esercizio della medesima attraverso l'attuazione coattiva delle ragioni dell'avente diritto per la via dell'esecuzione forzata», e che «il precetto è vero e proprio atto del processo esecutivo vuoi perché esso è chiamato a fungere da tramite, in termini istituzionalmente generali (art. 479 comma 1), tra titolo esecutivo ed esecuzione forzata, assurgendo così, in quella che appare la disciplina della legge, a vero e proprio fattore esponenziale dell'azione esecutiva, vuoi perché, come si legge nell'art. 480 comma 3, contro di esso è dato reagire con strumenti che non sono quelli, diversi, ipotizzabili contro una minaccia di esecuzione, ma con quelli che sono gli strumenti apparecchiati contro l'esecuzione, e contro il procedimento nel quale essa si concreta, ossia il procedimento esecutivo» (*ivi*, 854). Torna utile, a questo proposito, il dibattito sulla "domanda esecutiva", che è ricco di interventi e ricostruzioni, spesso contrastanti, e sicuramente paga lo scotto, come molti temi dell'esecuzione forzata, di quella remota, ma mai del tutto abbandonata, suggestione amministrativistica e perciò non giurisdizionale del processo di esecuzione, che tante difficoltà sistematiche ha creato agli interpreti. Se ne ha una visione d'insieme in SALETTI, *Processo esecutivo e prescrizione. Contributo alla teoria della domanda esecutiva*, Milano, 1992, 11 ss.; STORTO, *Esecuzione forzata e diritto di difesa nella giurisprudenza costituzionale*, in questa *Rivista*, 2009, 155 ss.; v. anche LOMBARDI, *Sul principio della domanda nel processo esecutivo*, in AA.VV., *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Anneschino*, Napoli, 2005, 441 ss.

(20) Nella sentenza si legge che «l'interesse ad agire è tipizzato dalla legge riferendo essa l'azione oppositiva alla notificazione del precetto e, dunque, suggerendo che se non v'è precetto non è data opposizione». Su un piano generale, a proposito della "scaturigine" dell'opposizione, bisogna risalire al sistema del titolo e dell'azione esecutiva, e ricordare che l'evoluzione storica ha prodotto un sistema in cui l'ordinamento, nella gestione dei conflitti giuridici, decide di attribuire a determinate fattispecie l'efficacia (la «virtù») di titolo esecutivo (art. 474 c.p.c.), o, più semplicemente – e cioè a prescindere dal compiuto riconoscimento dell'esistenza di una fattispecie classificabile come "titolo esecutivo" ai sensi dell'art. 474 c.p.c. –, riconosce loro legittimazione alla c.d. *azione esecutiva*, ovvero la capacità di (auto)realizzarsi a prescindere dalla collaborazione del soggetto passivo e da una necessaria previa cognizione, a mezzo di un processo deputato alla soddisfazione della pretesa creditoria, senza il coinvolgimento contraddittorio del debitore [per ulteriori indicazioni intorno alle tematiche del "conflitto esecutivo" – su cui v., innanzitutto, CAPPONI, *Espropriazione forzata senza titolo esecutivo (e relativi conflitti)*, *CorG*, 2013, 391 ss. –, mi sia consentito rinviare a MICALI, *Titolo esecutivo e "conflitti esecutivi": alcune dinamiche in materia di esecuzione forzata nella più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2015, 402 ss.]: un processo, dunque, "a senso unico" [con tale espressione intendo non solo che «la misura giurisdizionale esecutiva di merito è sempre e costantemente a senso unico, cioè favorevole all'istante» (LUISSO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2011, 19), e quindi che la tipologia di tutela erogata è esclusivamente pensata per il creditore, nell'ipotesi di accoglimento della domanda esecutiva, ma anche e direttamente che proprio quest'ultima

Il coordinamento funzionale esistente tra l'opposizione e la stessa esecuzione forzata⁽²¹⁾, del resto, esclude l'utilizzabilità di tale strumento oppositivo quando ancora l'esecuzione non sia neanche preannunciata, e impedisce l'attivazione dei rimedi inibitori dell'efficacia esecutiva del titolo o sospensivi dell'esecuzione anteriormente a questo momento (cfr. artt. 615 e 623 ss. c.p.c.)⁽²²⁾, al di fuori degli strumenti cautelativi previsti

ipotesi (l'accoglimento della domanda) è in un certo senso esito "naturale" o almeno "tendenziale" del processo esecutivo, poiché la "fondatezza" della domanda è "data per premessa", in virtù dell'impostazione di sistema che attribuisce al creditore l'azione esecutiva e che costruisce quest'ultima come un'azione "ad astrattezza costante", che non ammette l'eccezione nel corso del processo (di esecuzione); il concetto è icasticamente espresso da CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, (rist.) 1980, 242-243, il quale evidenzia che «questa forma particolare e solenne del titolo esecutivo fa sì che l'azione esecutiva che in esso è incorporata (a differenza d'ogni altra azione) aspiri direttamente alla sua meta, cioè all'atto esecutivo, senza bisogno di *altro* accertamento». In questa dinamica si colloca l'«*onere* di opposizione», ovvero l'attivazione del rimedio, condizionata alla volontà di impedire la soddisfazione dell'altrui pretesa [per la classificazione delle opposizioni esecutive all'interno della categoria degli oneri, v. già ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1964, 360; in questi termini, successivamente, DE STEFANO, voce *Onere* (*dir. proc. civ.*), *Enc. dir.*, XXX, 1980, Milano, 114 ss.]. In particolare, per comprendere meglio l'opportunità (e la tipologia) della reazione esercitata con l'opposizione, bisogna considerare che il creditore titolato, che preannuncia/esercita l'azione esecutiva, attraverso la notifica del titolo e del precetto (artt. 479-480 c.p.c.), e introduce il processo di esecuzione, pone in essere un *vanto* nei confronti del debitore, giusto o ingiusto a seconda della fondatezza o meno della pretesa; e contro il vanto ingiusto il rimedio è l'azione di accertamento negativo (per l'inquadramento della minaccia o dell'esercizio dell'azione esecutiva come vanto giudiziale, v. ONNIBONI, *Opposizione a precetto e opposizione a pignoramento: relazioni strutturali*, RTPC, 2002, 453 ss.). Nel caso di specie, si tratta di un vanto peculiare (potrei definirlo "vanto esecutivo"), poiché consiste nell'esercizio immediato o nella minaccia di imminente esercizio di un potere/diritto (l'azione esecutiva), la cui pregiudizialità è comprovata dalla potenzialità satisfattiva che, in mancanza di reazione, l'esecuzione è suscettibile di realizzare, privando il debitore del diritto sul bene oggetto della stessa.

(21) Per l'esistenza di un legame di "interrelazione funzionale", v., pur se con premesse (e panorami normativi) differenti, LIEBMAN, *Le opposizioni*, cit., 247 ss.; ALLORIO, voce *Esecuzione forzata in genere*, N.D.I., V, Torino, 1938, 505; MANDRIOLI, *Opposizione*, cit., 432 ss.; BUCOLO, *L'opposizione*, cit., 409-410, 429 ss.; v. anche ORIANI, *L'opposizione agli atti*, cit., 158.

(22) A proposito della questione relativa alla tempestività della risposta "inibitoria" dell'efficacia esecutiva del titolo proprio in caso di opposizione preventiva all'esecuzione, che esula dall'oggetto di questo scritto, e per la proposta di ritenere che, premessa la sua natura "cautelare", tale inibitoria possa essere richiesta attraverso il modulo "anticipato" di cui agli artt. 669-ter e 669-sexies c.p.c., e così ottenuta prima ancora dell'introduzione dell'opposizione, e magari immediatamente con decreto motivato assunto prima dell'udienza, v. VITTORIA, sub *artt. 615 e 616 c.p.c.*, in COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, VII, I, Milano, 2014, 264 ss., spec. 273 ss.

nell'ambito delle "impugnazioni" dei titoli giudiziali e non, e perciò "autonomi" rispetto al sistema delle opposizioni.

La notificazione del precetto, peraltro, è atto prodromico necessario per qualunque esecuzione forzata (art. 479 c.p.c.)⁽²³⁾, così che il *dies a quo* per l'opposizione preventiva è facilmente individuato sia per l'espropriazione che per le esecuzioni "in forma diretta".

4. *Opposizione agli atti esecutivi prima del precetto.*

Per questioni logiche, mi sembra conveniente occuparmi della massima *sub* n. 4 prima di quella di cui al n. 3, per la maggiore attinenza sistematica rispetto agli argomenti trattati nel paragrafo precedente.

Bisogna subito rilevare che la motivazione della Corte sul punto assume le vesti di *argumentum ad abundantiam*, poiché alla soluzione del caso bastava la dichiarazione di "improponibilità" dell'opposizione all'esecuzione (nella quale si è ritenuta consistere *effettivamente* l'azione promossa) prima della notifica del precetto, e tuttavia i Giudici di legittimità ritengono opportuno, quasi al fine di "controprovare" la giustizia del *decisum*, dedicarsi a un ragionamento ipotetico, consistente nel valutare le prospettive di accoglimento che la domanda *de qua* avrebbe avuto, ove si fosse tenuto fede alla qualificazione effettuata dal giudice del merito (esitata, come detto, nell'attribuzione del *nomen* dell'opposizione agli atti).

Sul merito della questione, potrei dire, la Corte ha seguito la "via breve", affermando che analoga risposta avrebbe ricevuto l'opposizione agli atti esecutivi, poiché non sarebbe riscontrabile, prima della notifica del precetto, un valido interesse ad agire. Tuttavia, premessa l'opinabilità dell'impostazione che esclude l'opponibilità della *regolarità formale* del titolo prima della notifica del precetto⁽²⁴⁾ – anche perché fondata su un debole argomento letterale⁽²⁵⁾, peraltro contrastato da altri elementi presenti all'interno della stessa disposizione⁽²⁶⁾ –, della quale si auspica il

⁽²³⁾ Sul punto, v. NICOLETTI, *Precetto*, cit., 852, che qualifica il precetto come un momento normalmente «necessario od imprescindibile»; DE SANTIS, *L'opposizione all'esecuzione (indici normativi e percorsi della giurisprudenza)*, in AA.VV., *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare*, cit., 259.

⁽²⁴⁾ Per l'esclusione, su tutti, v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965, 477.

⁽²⁵⁾ Si tratta del riferimento, contenuto nell'art. 617 c.p.c., al criterio di competenza sancito dall'art. 480, 3° co., c.p.c., che richiama l'atto di precetto.

⁽²⁶⁾ Primo e più importante fra tutti, quello che fissa il termine per l'opposizione in venti giorni dalla notifica del titolo "o" del precetto (e bisogna ricordare che, almeno di regola, entrambi devono essere notificati per l'introduzione dell'esecuzione, e che possono

superamento⁽²⁷⁾, credo piuttosto che l'opposizione, ove qualificata come agli atti, avrebbe dovuto essere (non già dichiarata "improponibile" o "inammissibile", bensì) rigettata nel merito, e ciò non perché, prima del precetto, non sussisterebbe un valido interesse ad agire, bensì perché in questione non era, come ha riconosciuto la Corte, la "regolarità formale" del titolo, ma la sua stessa *esistenza*, il che, com'è noto, è problema che concerne l'*an* e non il *quomodo exsequendi*⁽²⁸⁾.

esserlo in momenti separati; cfr. art. 479 c.p.c.). D'altra parte, non sembra che l'opponibilità possa essere esclusa sulla base di un mero indice formale come quello della mancanza di un criterio *specifico* di competenza, potendo a tal fine sovenire i criteri *generali* di cui agli artt. 18 ss. c.p.c., come del resto si è già proposto per l'opposizione all'esecuzione preventiva, *rectius* per l'azione di accertamento negativo dopo la notifica del titolo (v. *supra*, nota 3).

(27) Nel senso dell'opponibilità preventiva, d'altronde, si esprime la dottrina maggioritaria, per cui v. FURNO, *Disegno sistematico*, cit., 273-274; MANDRIOLI, *Opposizione*, cit., 455; ANDRIOLI, *Commento*, III, cit., 351; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 322; GARBAGNATI, *Opposizione*, cit., 1074; ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, III, cit., 314; analoghe conclusioni sono raggiunte, peraltro, dalle pronunce richiamate, e non espressamente confutate, dalla decisione in commento (Cass., Sez. III, 14-6-1999, n. 5881, *MGI*, 1999, secondo cui «La disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 617 cod. proc. civ. stabilisce che le opposizioni relative alla "regolarità" formale del titolo esecutivo e del precetto si propongono, prima che sia iniziata l'esecuzione, con atto di citazione da notificarsi nel termine perentorio di cinque giorni dalla notificazione del titolo esecutivo o del precetto. La norma si riferisce ai casi in cui l'irregolarità denunciata riguarda gli atti anteriori all'inizio dell'esecuzione ed è funzionale al principio dell'immediata risoluzione delle questioni che sorgono nell'ambito del processo esecutivo, come si ricava dalla circostanza che in questo procedimento è consentita l'opposizione dei "singoli atti del processo esecutivo". Questo vuol dire che le "irregolarità" riguardanti il titolo esecutivo o il precetto debbono essere fatte valere direttamente contro ciascuno di questi atti con conseguente sanatoria del vizio per il mancato esperimento nei cinque giorni dell'opposizione contro l'atto impugnato»; conf., Cass., Sez. III, 19-1-1996, n. 416, *MGI*, 2006).

(28) A questo proposito, la dottrina è unanime nel ritenere che «i vizi del titolo esecutivo, a differenza di quelli del precetto, perché possano dar luogo a "opposizione agli atti" non devono esser tali da importare inesistenza del titolo esecutivo, perché, se il titolo esecutivo è inesistente allora fa difetto addirittura "il diritto di procedere all'esecuzione", ossia l'azione esecutiva e si apre l'adito, come sappiamo, all'"opposizione all'esecuzione"» [ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, III, cit., 308; conf., MANDRIOLI, *Opposizione*, cit., 451, anche per la precisazione che «la norma in argomento concede spazio soltanto alle irregolarità che 'non' danno luogo a nullità»; in questo senso, v. anche ANDRIOLI, *Commento*, III, cit., 351; DE SANTIS, *L'opposizione all'esecuzione*, cit., 244; MASSARI, voce *Titolo esecutivo*, *NN.D.I.*, XI, Torino, 1973, 386-387; CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 2010, 780-781; *funditus*, ORIANI, *L'opposizione agli atti*, cit., 106 ss., che tuttavia propone una soluzione creativa per l'opponibilità preventiva della mancanza di titolo, su cui v. *infra*, testo e nota 29]. Con specifico riferimento al caso della sentenza priva di valore condannatorio, o comunque priva di "esecutività", v. VACCARELLA, *Opposizioni*, cit., 2; Id., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1993, 243 ss.; MANDRIOLI, *Opposizione*, cit., 435; BUCOLO, *L'opposizione*, cit., 249 ss., i quali ricomprendono la fattispecie tra i motivi di opposizione all'esecuzione. Analogamente si orienta la giurisprudenza, che aveva già chiarito che «la denuncia dell'errata apposizione della formula esecutiva configura (...)

Una soluzione diversa potrebbe discendere dall'accoglimento della proposta già effettuata da R. Oriani, e risalente a un'idea di L. Montesano, secondo cui – ritenuta la sussistenza di un valido interesse oppositivo già con la notifica del solo titolo “non esecutivo” – l'inesistenza del titolo potrebbe farsi valere come motivo di opposizione all'esecuzione *dopo* la notifica del precetto, e come motivo di opposizione agli atti *prima* di allora ⁽²⁹⁾. E tuttavia, non mi sento di condividere questo orientamento, per l'improprietà di una soluzione che qualifichi diversamente e “occasionalmente” il motivo di opposizione a seconda del *tempus* di proposizione, il che peraltro implicherebbe un diverso trattamento processuale della questione, e quindi una rottura di quell'immanente – seppure solo implicitamente espresso – principio di corrispondenza tra oggetto della questione (oggetto *della domanda*) e rimedio oppositivo, che regola il sistema delle opposizioni esecutive, e che garantisce a ogni questione il suo trattamento processuale, a prescindere dal momento e dalle circostanze di insorgenza ⁽³⁰⁾.

opposizione agli atti esecutivi allorché si faccia riferimento solo alla correttezza della spedizione del titolo in forma esecutiva (di cui non si ponga in dubbio l'esistenza), richiesta dall'art. 475 cod. proc. civ., poiché in tal caso l'indebita apposizione della detta formula può concretarsi in una irregolarità del procedimento esecutivo o risolversi in una contestazione della regolarità del precetto ai sensi del primo comma dell'art. 617 cod. proc. civ. Viceversa, allorché la denuncia sia motivata dalla contestazione dell'inesistenza del titolo esecutivo ovvero dalla mancata soddisfazione delle condizioni perché l'atto acquisti la relativa efficacia, l'opposizione deve qualificarsi come opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ.» (Cass., Sez. III, 30-11-2010, n. 24279, *CED Cassazione*, 2010; conf. Cass., Sez. III, 5-6-2007, n. 13069, *MGI*, 2007; Cass., Sez. III, 3-8-2005, n. 16262, *MGI*, 2005; Cass., Sez. III, 8-3-2001, n. 3400, *MGI*, 2001; Cass. n. 1553/1995, cit.).

⁽²⁹⁾ V. ORIANI, *L'opposizione agli atti*, cit., 110 ss.; già prima, in questo senso, MONTESANO, *Nullità della spedizione in forma esecutiva e distinzione tra opposizioni di merito e opposizioni di forma all'esecuzione forzata*, *RDP*, 1950, 236 ss.; nel senso della proponibilità di un'azione autonoma, invece, si è espresso ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, III, cit., 296-297, che ne ha nel contempo rilevato la separatezza dall'esecuzione, e quindi la mancanza di coordinamento funzionale]. Il caso, in verità, era stato oggetto di un contrasto, riportato da VACCARELLA, *Opposizioni*, cit., 11; ID., *Titolo esecutivo*, cit., 189 ss., per cui una parte della giurisprudenza riteneva ammissibile un'opposizione agli atti, preventiva alla notifica del precetto, e avente il contenuto di un'opposizione all'esecuzione (così, Cass., 24-7-1959, n. 2388, *FI*, 1960, I, 106; Cass., 12-6-1971, n. 1803, *FI*, 1971, I, 1864), mentre un'altra, poi divenuta maggioritaria e richiamata dalla stessa decisione che qui si commenta, escludeva l'utilizzo dell'opposizione agli atti, e ammetteva la sola opposizione all'esecuzione, ma dopo la notifica del precetto (in questo senso, Cass., 22-7-1971, n. 477, *FI*, 1971, I, 1258).

⁽³⁰⁾ A questo proposito, non potendo soffermarmi *funditus* sulla questione, mi limito a richiamare quanto affermato da FORNACIARI, *Esecuzione forzata e attività valutativa*, Torino, 2009, 184 ss., spec. 186, secondo cui «in questione, in buona sostanza, non è insomma se non l'adeguamento del rito alla materia del contendere; il far cioè corrispondere al tipo di controversia il tipo di processo del quale il legislatore ha mostrato di volere che, per essa, si facesse applicazione, senza lasciarsi fuorviare dal fatto che, a seconda di come tale controversia è insorta, essa sia stata portata in cognizione da un soggetto oppure da un altro».

5. *Azione di accertamento negativo prima del precetto.*

Recuperando l'ordine di svolgimento della motivazione, posso in ultimo affrontare la questione relativa alla proponibilità, in simili casi, di un'(ordinaria) azione di accertamento negativo, per cui si è già acquisito (v. *supra*, § 3) che essa non avrebbe un legame strutturale né funzionale con l'esecuzione in corso o imminente⁽³¹⁾.

A tal proposito, esclusa l'opportunità (e la fattibilità) di un'impegnativa digressione sui temi generali dell'azione di mero accertamento, specie negativo⁽³²⁾, vorrei segnalare che, a mio avviso, è solo parzialmente condivisibile, almeno nel senso espresso dalla sentenza, l'ulteriore passaggio argomentativo, raccolto nella massima indicata *sub* n. 3 e compiuto ancora in *obiter dictum*, secondo cui è in astratto disponibile un rimedio dichiarativo avverso la notifica di un titolo esecutivo che tale non sia, consistente in un'ordinaria azione di accertamento negativo, purché fondata su di un valido interesse ad agire (art. 100 c.p.c.); interesse che, secondo la Corte, sarebbe *di fatto* inesistente, nel caso di specie, poiché a giustificare tale azione servirebbe più della semplice notifica di un titolo che non abbia il fondamento dell'esecutività⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ Per l'ammissibilità di un'azione di accertamento negativo del credito già prima della notifica del precetto, v. nota 18, *opp. locc. citt.*, cui *adde* TAVORMINA, *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, RDPr, 2001, 233 ss. Contrario in ogni caso all'ammissibilità di un'azione di accertamento negativo, ma sul presupposto che essa avrebbe lo stesso oggetto dell'opposizione, è SALETTI, *Processo esecutivo*, cit., 51, nota 121. In senso dubitativo, ONNIBONI, *Opposizione a precetto*, cit., 456 ss.; CONSOLO, *In tema di accertamento negativo della riconoscibilità dei lodi esteri e di struttura della opposizione*, CorG, 2001, 1344, secondo cui potrebbe ritenersi che il momento della notificazione del precetto coaguli «un interesse ad agire normativamente filtrato in via eccezionale, al fine di meglio tutelare il portatore del titolo».

⁽³²⁾ Per più approfondite indicazioni sull'argomento, v., da ultimo, ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006; CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013; BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013, 129 ss., i quali tendenzialmente concordano sul rilievo di fondo della generale ammissibilità di un'azione di mero accertamento negativo, correlata a un interesse ad agire nascente dall'altrui "vanto" di diritto, pregiudizievole rispetto alla sfera giuridica del soggetto agente.

⁽³³⁾ Ragionamento che, peraltro, non convince integralmente neanche ove assunto nell'ottica funzionale fatta propria dalla Corte: se, infatti, l'azione di accertamento negativo dovesse avere ad oggetto l'inesistenza di un titolo esecutivo, allora non si giustificerebbe l'esclusione di un interesse ad agire in tal senso, e anzi, al contrario, si stimolerebbe l'esigenza di rivolgersi al giudice dell'accertamento per sentir dire che un titolo "non esiste". La conclusione negativa, invece, potrebbe unicamente giustificarsi partendo dall'idea che l'accertamento negativo abbia ad oggetto il "credito", dunque quel diritto certo, liquido ed esigibile di cui all'art. 474, 1° co., c.p.c. (v. *infra* nel testo); credito che, infatti, non era direttamente in contestazione, vertendo l'opposizione sulla sola "esecutività" o meno della sentenza su cui era stata apposta la formula di cui all'art. 475 c.p.c.

Ebbene, se si deve convenire sulla generale ammissibilità di un'azione di accertamento negativo preventiva alla notifica del precetto – proprio in virtù della generale ammissibilità di una tale azione, in quanto legata a fondamentali esigenze di tutela della sfera giuridica del soggetto agente, esposto al pericolo di un pregiudizio, se non piuttosto, e direttamente, al pregiudizio derivante dall'affermazione, da parte altrui, di un diritto soggettivo nei propri confronti, con conseguenze negative non solo per la certezza dei rapporti giuridici, ma anche, di riflesso, per l'integrità del proprio patrimonio giuridico, per l'affidabilità nel campo delle obbligazioni, per gli *status* personali, ecc.⁽³⁴⁾ –, non è, d'altra parte, condivisibile che ciò accada nei confronti del “titolo esecutivo”, poiché questo, *in quanto tale*, e cioè in quanto condizione dell'azione esecutiva (art. 474 c.p.c.), e dunque elemento “rappresentativo” e “legittimante” che rileva *nel processo*, e non altrove, può essere contestato – al di là della sua regolarità formale, per cui v. *supra*, § 4 – solo attraverso l'opposizione all'esecuzione, per i profili che attengono alla legittimità dell'azione (segnatamente, e per l'appunto, l'esecutività del titolo, nonché la certezza, liquidità ed esigibilità del credito, la corrispondenza tra tipologia di titolo e tipologia di esecuzione, ecc.).

Diversamente, si può riconoscere che, anche al di fuori dell'opposizione *ex art.* 615 c.p.c. (e quindi del collegamento, specie funzionale, con l'esecuzione), al debitore sia aperta la via dell'accertamento negativo al fine di contrastare: *a*) il “titolo” *lato sensu* (o attecnicamente) inteso, *i.e.* come *atto giuridico sostanziale*, e dunque il “contenuto” del titolo esecutivo di cui all'art. 474 c.p.c. (la sentenza, il contratto, la cambiale, il titolo di credito, l'atto pubblico etc.); *e/o b*) il credito, e cioè la spettanza, essenza e consistenza del *diritto soggettivo sostanziale* vantato dal creditore, e dunque il rapporto giuridico di diritto materiale intercorrente tra le parti.

E allora, se, sotto il primo profilo, il “titolo” può già farsi oggetto delle azioni di “impugnativa” all'uopo previste dall'ordinamento (es. impugnazione delle sentenze, azione di simulazione del negozio, azione di annullamento del contratto, azione di risoluzione per inadempimento, azione di rescissione etc.), sotto il secondo profilo, in particolare, la sua notificazione può costituire, con riferimento al credito, manifestazione di un vanto, stimolante un interesse *ex art.* 100 c.p.c.: difatti, a differenza dell'azione, il diritto di credito – al di là della sua “efficacia esecutiva” – è un'entità che manifesta i propri effetti *sostanziali* nei rapporti giuridici tra le parti anche

(34) V. *amplius* nota 32, *opp. locc. citt.*

al di fuori del processo e a prescindere dalla notificazione del titolo, e non è dunque illogico riconoscerli un potenziale oggetto di un'azione di accertamento (anche) prima dell'inizio dell'esecuzione.

D'altra parte, questa conclusione non rappresenta che una faccia di quella medaglia che raffigura, sul verso opposto, l'altra conclusione, generalmente accolta, secondo cui il processo di opposizione all'esecuzione non si estingue, nonostante la chiusura "anticipata" del processo di esecuzione da cui ha preso adito, quando esso abbia ad oggetto proprio il diritto di credito per cui si era esercitata l'azione esecutiva, potendo così "sopravvivere" (35).

In ogni caso, bisogna, per opportunità, ribadire che, se pure una tale azione sia astrattamente proponibile al fine di ottenere certezza sul profilo *sostanziale* della pretesa creditoria, la sua utilità pratica si arresta di fronte all'esecuzione forzata, dal momento che la "semplice" azione di accertamento negativo del credito, all'infuori dei meccanismi oppositori prefigurati dall'art. 615 c.p.c., difetta di quel coordinamento funzionale che è suscettibile di produrre effetti inibitori (prima) e/o caducatori (dopo) dell'esecuzione, così che, a tale scopo, per il debitore tornerebbe a essere (almeno astrattamente) più conveniente attendere l'inizio dell'esecuzione e solo allora proporre l'opposizione.

DAMIANO MICALI

(35) Per indicazioni, v. VACCARELLA, *Titolo esecutivo*, cit., 76-77; ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 607-608.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III civ., 22 giugno 2016, n. 12877

Vivaldi *Presidente* — Ambrosio *Relatore* — Soldi *P.M.* (concl. conf.); Società Gestione Attività SGA S.p.A. — Consorzio Generale di Bonifica del Bacino Inferiore del Voltorno.

Esecuzione forzata — Pignoramento — Espropriazione immobiliare — In genere — Bene pignorato — Spese necessarie alla sua conservazione — Nozione — Riconduzione alle spese “per gli atti necessari al processo” ex art. 8, d.p.r. 115/2002 — Conseguenze.

Le spese necessarie alla conservazione stessa dell'immobile, indissolubilmente finalizzate al mantenimento in fisica e giuridica esistenza dell'immobile pignorato (con esclusione, quindi, delle spese che non abbiano un'immediata funzione conservativa dell'integrità del bene, quali le spese dirette alla manutenzione ordinaria o straordinaria o gli oneri di gestione condominiale) in quanto strumentali al perseguimento del risultato fisiologico della procedura di espropriazione forzata, essendo intese ad evitarne la chiusura anticipata, sono comprese tra le spese «per atti necessari al processo» che, ai sensi dell'art. 8 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, sono anticipate dal creditore precedente per essere poi rimborsate come spese privilegiate ex art. 2770 c.c.

Il testo della sentenza si legge in questa *Rivista*, 2017, 239 ss. Se ne riproduce la massima per introdurre una nota di commento.

Spese condominiali e custodia nel pignoramento immobiliare

Sommario:1. La questione controversa affrontata dalla Corte di Cassazione. – 2. Oggetto della custodia e pagamento delle spese condominiali. – 3. Estensione analogica della prededuzione prevista in sede concorsuale. – 4. Qualificazione degli oneri condominiali come spese processuali. – 5. Valutazioni di opportunità e considerazioni conclusive.

1. La questione controversa affrontata dalla Corte di Cassazione.

Nei procedimenti di espropriazione immobiliare si pone con insistenza la questione della possibilità di considerare gli oneri condominiali, relativi al bene pignorato, come spese processuali, da anticipare a cura del custode o del creditore precedente, oppure da detrarre o prededurre in sede di distribuzione del ricavato della liquidazione forzata.

Dopo molti anni di silenzio, anche a seguito delle riforme degli ultimi anni in tema di esecuzione forzata e di condominio, la Corte di Cassazione, con la sentenza che si annota, ha preso posizione in proposito.

La Suprema Corte riconosce che sono spese prededucibili, sia se sostenute dal custode sia se anticipate dal creditore precedente, quelle necessarie al mantenimento in esistenza del bene pignorato, attinenti alla sua struttura o intese ad evitarne il crollo o il perimento; da tale nozione esclude invece le spese che non abbiano un'immediata funzione conserva-

tiva dell'integrità del bene, e dunque dirette alla manutenzione ordinaria o straordinaria, e tra queste le spese condominiali.

In funzione di questa affermazione, riconduce il tema alla disciplina dell'anticipazione delle spese processuali, che, in forza dell'art. 8, d.p.r. 115/2002, ricomprendono quelle *per gli atti necessari al processo*; tali sono, però, secondo la Corte, solo quelle che servono ad evitare la perdita fisica del bene (anche per scongiurare l'applicazione del nuovo art. 164-*bis* disp. att. c.p.c. con la chiusura per infruttuosità della procedura), dovendosi invece escludere le spese per manutenzione ordinaria o straordinaria ed in particolare quelle per oneri condominiali, che restano a carico del debitore esecutato.

In ordine a queste ultime, si deve notare che l'affermazione della Corte di Cassazione è soltanto un *obiter dictum*, poiché il caso di specie era relativo a riparazioni urgenti strettamente necessarie ad evitare la rovina del bene, e non agli oneri condominiali in quanto tali; ma è proprio questo *obiter* a destare il maggior interesse, anche perché ogniqualevolta (o quasi) sia pignorato un immobile facente parte di un edificio in regime di condominio emerge l'inaidempimento del debitore esecutato all'obbligo di pagamento relativo; e sono dunque milioni, in tutta Italia, i soggetti interessati, i condomini che possono essere costretti a pagare più di quanto loro compete per supplire al mancato introito delle somme dovute dall'esecutato inadempiente.

La sentenza, tra l'altro, si pone in contrasto con un lontano precedente di legittimità, ma anche con pronunce di merito che hanno affermato la necessità di versare al condominio le spese relative all'immobile pignorato, da parte del custode o del creditore procedente; non pare coerente, poi, con i principi affermati dalla stessa Corte di Cassazione sul ruolo e sui poteri del custode giudiziale; aderisce peraltro alle affermazioni di gran parte della dottrina che ha preso posizione sul punto, sia pure con brevi cenni e spesso superficialmente.

A ben vedere il tema coinvolge istituti che, per il funzionamento dell'espropriazione immobiliare, sono fondamentali, quali la custodia in vista della liquidazione, soprattutto dopo la riforma del 2005-2006, ed il regolamento delle spese processuali con riguardo al creditore procedente.

2. Oggetto della custodia e pagamento delle spese condominiali.

Occorre fissare alcuni punti di partenza, relativi al ruolo del custode ed all'oggetto del pignoramento⁽¹⁾.

(1) Sulla custodia in generale, si deve fare decisivo rinvio all'opera recente ed approfondita di BELLÉ-CARDINO, *La custodia giudiziale*, in CENDON (a cura di), *Trattati*, Milano,

Innanzitutto, nel momento in cui è eseguito un pignoramento è anche individuato un custode del bene o diritto pignorato. Così, nell'ambito della disciplina dell'espropriazione di immobili, l'art. 560, 5° co., c.p.c. dispone che il custode provvede «all'amministrazione e alla gestione dell'immobile pignorato»; e la stessa regola, più in generale, è prevista nell'art. 65 c.p.c., in forza del quale al custode sono affidate «la conservazione e la amministrazione dei beni pignorati».

In secondo luogo, quanto all'oggetto del pignoramento, deve ritenersi pacifico che, se il bene pignorato è di proprietà esclusiva dell'esecutato ma partecipa ad un condominio, l'espropriazione ricomprende anche le parti comuni condominiali⁽²⁾, che di per sé per diritto sostanziale sono inseparabili (cfr. artt. 1118 e 1119 c.c.), e che *ex art.* 2919 c.c. saranno trasferite all'acquirente in vendita forzata.

Nell'ambito di ciò che il custode è chiamato a custodire stanno quindi, oltre all'immobile pignorato in quanto tale, anche *pro quota* le parti comuni dell'edificio in cui il bene è posto in condominio, dal momento che poi anche quelle insieme a questo saranno oggetto di vendita o assegnazione forzata.

Dunque, nella funzione del custode, di gestione, conservazione ed amministrazione dell'immobile pignorato, rientrano senz'altro le opere e gli interventi anche solo ordinari relativi al condominio di cui l'immobile stesso fa parte, poiché, appunto, il custode custodisce anche le parti comuni (ovviamente insieme agli altri condomini e tramite l'amministratore).

Ne deve seguire che il custode del bene pignorato provvede al pagamento delle spese condominiali, poiché esse senz'altro rientrano nell'ambito della gestione, amministrazione e conservazione di cui parlano gli artt. 65 e 560 c.p.c.⁽³⁾.

2014, anche per i molti riferimenti ivi contenuti a dottrina e giurisprudenza (in part., sul tema oggetto della presente nota, 279 ss., 381 ss.); sul ruolo del custode nell'espropriazione forzata si vedano SALETTI, *La custodia dei beni pignorati nell'espropriazione immobiliare*, in questa *Rivista*, 2006, 66; MICCOLIS, *Custodia di beni pignorati*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007, IV, 593; QUATRARO-PANSINI, *La custodia dei beni pignorati nell'espropriazione immobiliare: prospettive operative*, in questa *Rivista*, 2009, 87; BATTAGLIESE, *La natura giuridica della custodia e la figura del custode giudiziario*, *ivi*, 2013, 145; GALIPÒ, *La posizione del custode giudiziario con riferimento alla situazione condominiale dell'immobile pignorato*, in *www.ilcaso.it*, 5-11-2016.

(2) Cass., 4-9-1985, n. 4612, *FI*, 1986, I, 494, per cui «nell'esecuzione per espropriazione di un appartamento di proprietà esclusiva in edificio condominiale, ad esso accedono le quote sulle parti comuni dell'edificio».

(3) Così FONTANA, *La gestione attiva del compendio immobiliare pignorato*, in questa *Rivista*, 2005, 571, 598, che inserisce il pagamento delle spese condominiali tra i poteri del custode che non necessitano di particolare autorizzazione; FANTICINI, in DEMARCHI (a cura

In questo senso, la Corte di Cassazione ebbe modo di affermare, più di quarant'anni or sono, il principio, non smentito fino ad oggi da alcuna successiva pronuncia di legittimità, per cui le spese di manutenzione dei beni pignorati gravano sul creditore procedente o, in alternativa, sul custode, che dovrà sostenere personalmente l'esborso chiedendone la restituzione in fase di distribuzione⁽⁴⁾. E nella giurisprudenza di merito si è avuto modo di affermare che gli oneri condominiali, «continuando a maturare anche in epoca successiva al pignoramento, non possono essere posti a carico del condominio» perché «concernono un bene la cui vendita va a vantaggio dei creditori nell'esecuzione» e dunque hanno la «qualità di credito in prededuzione»⁽⁵⁾.

Le spese condominiali relative all'immobile pignorato sono dunque spese processuali, che il custode personalmente ovvero il creditore procedente debbono anticipare per poi riprendere in prededuzione *ex art. 2770 c.c.* in sede di distribuzione del ricavato della vendita forzata.

Più chiaramente: il custode, nell'esercizio della sua funzione, versa all'amministratore le spese condominiali maturate dal pignoramento in avanti⁽⁶⁾; se non ha una propria "cassa" dalla quale attingere per farlo⁽⁷⁾, può pretendere che le somme siano anticipate dal creditore procedente, *come ogni spesa processuale*, e poi saranno detratte dal ricavato dalla vendita forzata o riconosciute in privilegio *ex art. 2770 cit.*

Del resto i compensi del custode vengono detratti, ancor prima delle prededuzioni, in sede di distribuzione della somma ricavata dalla liquidazione forzata; ed il custode ottiene anche il rimborso in tale occasione di quanto egli abbia eventualmente speso per la custodia (trasferte, magazzino, trasporto), per la gestione dell'immobile, per le azioni relative ad esso (risoluzione di contratto di locazione, ad esempio) ed alla sua libera-

di), *La nuova esecuzione forzata*, Bologna, 2009, 604-605; PRETE, *Spese condominiali e procedura esecutiva* (nota a T. Padova, 10-2-2014), *ALC*, 2014, 463-464.

(4) Cass., 20-7-1976, n. 2875, *GC*, 1976, I, 1776, con nota di Finocchiaro.

(5) T. Bologna, 6-5-2000, *ALC*, 2001, 132, in motivazione.

(6) Per le spese precedenti al pignoramento il credito del condominio deve essere fatto valere come qualsiasi altro credito verso il debitore esecutato, in particolare con intervento in forza (normalmente) di decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo ai sensi dell'art. 63 disp. att. c.c.; il condominio, creditore pignorante o intervenuto, parteciperà e troverà soddisfazione in sede di distribuzione del ricavato della vendita forzata come un qualsiasi creditore chirografario.

(7) Il problema si pone ancor di più quando custode è (ancora) il debitore esecutato, ai sensi dell'art. 559 c.p.c.: egli non avrà alcuna intenzione o disponibilità di denaro per poter versare le spese condominiali.

zione (accessi forzati, magari con l'ausilio di un fabbro; esecuzione per rilascio in generale) ⁽⁸⁾.

Si ponga mente proprio a quest'ultima evenienza: come il custode chiede al creditore precedente di pagare il fabbro che ha fornito la sua opera in sede di accesso forzoso all'immobile per liberarlo in vista della vendita, così può far anticipare dal medesimo creditore le somme occorrenti per pagare le spese condominiali.

Dunque, gli oneri condominiali successivi al pignoramento sono spese della procedura, del custode o, in alternativa, del creditore precedente, e come tali debbono essere detratte dal ricavato dalla vendita forzata per rimborsarle a chi le ha pagate.

Come si è già scritto, in particolare il custode ottiene, prelevando da quanto ricavato dalla vendita (dal conto corrente appositamente acceso, che egli stesso in via esclusiva gestisce), ancor prima dei crediti in prededuzione, oltre al suo compenso, quanto ha speso – a qualsiasi titolo – per la gestione ed amministrazione del bene; altrimenti, sarà il creditore che ha anticipato le somme necessarie per il pagamento delle spese condominiali, versandole al custode, a vedersene assegnate in prededuzione, con il privilegio di cui all'art. 2770 c.c., come le altre spese processuali sostenute.

Non c'è alcun motivo di escludere da tali importi, da pagare in via preventiva (direttamente al custode o con privilegio al precedente), le spese condominiali successive al pignoramento: non si vede perché per queste ultime non si possa procedere come nel caso delle altre anticipazioni di spese vive da parte del custode o del creditore.

Tra l'altro, per questa finalità opera l'obbligo di rendiconto, previsto dall'art. 593 c.p.c. così come richiamato dall'art. 560 c.p.c. proprio in relazione ai compiti del custode dell'immobile pignorato: costui dovrà dare atto delle entrate (eventuale percezione di frutti, in particolare canoni di locazione, rendite e simili) e delle uscite (costi di custodia, spese di gestione, tra le quali appunto quelle condominiali).

Questa proposta interpretativa è anche coerente con l'impostazione per cui il custode giudiziale è «rappresentante di ufficio, nella sua qualità

⁽⁸⁾ Cfr. CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, 12^a ed., Milano, 2013, 382: va riconosciuto il diritto al rimborso delle spese e di ogni altra erogazione fatte dal custode per conservare e amministrare le cose custodite, quali quelle di magazzino, posteggio, facchinaggio, riparazioni urgenti e simili, diritto che gli deriva dal costo della custodia; l'Autore individua un onere di anticipazione da parte del creditore precedente – «analogamente (alla liquidazione del compenso, con indicazione del soggetto a carico del quale è posto) sono liquidate le competenze accessorie: spese di conservazione e di amministrazione».

di ausiliario del giudice, di un patrimonio separato, costituente centro di imputazione di rapporti giuridici attivi e passivi», in cui debbono farsi rientrare anche quelli relativi al condominio cui il bene pignorato partecipa⁽⁹⁾.

3. *Estensione analogica della prededuzione prevista in sede concorsuale.*

Nella direzione interpretativa qui proposta sta la previsione dell'art. 30, l. 11-12-2012, n. 220 (nota come riforma del condominio), che con grande chiarezza dispone che «i contributi per le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria nonché per le innovazioni sono prededucibili ai sensi dell'art. 11 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, se divenute esigibili ai sensi dell'art. 63, primo comma, disp. att. c.c.».

Si è inserita per legge la prededucibilità, in sede concorsuale, delle spese condominiali ordinarie e straordinarie, maturate dopo la dichiarazione di fallimento, relative ad un immobile ricompreso nell'attivo e gestito dal curatore.

Anche precedentemente a tale norma esplicita, si riteneva in ogni caso che le spese condominiali rientrassero nei crediti prededucibili *ex art.* 111 l. fall. in sede concorsuale: gli oneri condominiali sono sempre stati ritenuti pacificamente spese e debiti contratti dal curatore (custode dell'immobile) per l'amministrazione dei beni caduti nel fallimento, da collocare in prededuzione al primo posto nell'ordine di riparto di quanto ricavato dalla liquidazione dell'attivo⁽¹⁰⁾.

Pare allora contrario a ragionevolezza distinguere tra procedura esecutiva concorsuale e procedura esecutiva singolare, esistendo senza dubbio la medesima *ratio* che consente l'estensione analogica della norma fallimentare all'espropriazione forzata del codice di procedura civile.

Discriminare sarebbe illegittimo e costituirebbe una grave violazione del canone costituzionale della ragionevolezza, dell'uguaglianza e della *par condicio creditorum*: anche nell'espropriazione di un singolo immobile a carico del debitore, le spese condominiali maturate dopo il pignoramento debbono essere pagate dal custode, così come, per quello stesso singolo immobile, avverrebbe nel caso in cui esso fosse caduto nel fallimento del proprietario.

⁽⁹⁾ Cass., sez. lav., 15-7-2002, n. 10252, *RFI*, 2002, «Sequestro conservativo», n. 17.

⁽¹⁰⁾ Cass., 20-8-1997, n. 7756, *Fa*, 1998, 585.

Questa opinione non è però affatto pacifica o condivisa, tutt'altro, come dimostra l'arresto della Suprema Corte nella sentenza in epigrafe.

Con riguardo all'analogia dell'espropriazione immobiliare individuale con la previsione espressa della legge fallimentare, quest'ultima non sarebbe estensibile poiché nel fallimento il debitore perde la legittimazione a pagare ed agire, mentre con il pignoramento egli resta libero di versare gli oneri condominiali che progressivamente maturano.

Più in generale, si osserva che nell'espropriazione forzata individuale non avviene alcuno "spossessamento" dell'esecutato tale per cui egli non possa più gestire il bene immobile posto in condominio, partecipando alle assemblee e pagando le quote per oneri condominiali di manutenzione ordinaria e straordinaria⁽¹¹⁾.

Ma a ben guardare si tratta di argomenti deboli o fondati su basi incerte o erranee.

Infatti, non è vero che con il pignoramento non cambia la posizione civilistica del debitore rispetto al bene di sua proprietà: l'esecutato non rimane affatto nel possesso civilistico del bene che, com'è noto, viene, per così dire, "congelato"⁽¹²⁾, nel senso che non è più del debitore, ma neppure del creditore pignorante o della esecuzione in quanto tale, fino a che non sarà acquistato dall'acquirente in vendita forzata.

Uno "spossessamento" del debitore dunque in effetti si realizza, nel momento in cui viene pignorato un diritto immobiliare a suo carico.

Così, ad esempio, in forza dell'art. 2912 c.c. il debitore esecutato non percepisce più, dopo il pignoramento, i canoni di locazione del bene pignorato, che debbono essere versati al custode e vanno a comporre la somma che poi, insieme al ricavato dalla vendita ed altri eventuali introiti, sarà distribuita.

Proprio questa fattispecie risulta istruttiva. Si pensi al caso in cui le spese condominiali costituiscono oneri accessori del canone di locazione, prima versati al locatore e dopo il pignoramento al custode. Quest'ultimo senz'altro dovrebbe corrispondere al condominio le somme incassate, altrimenti si potrebbe verificare l'assurdo seguente: il conduttore versa canone di locazione e oneri accessori condominiali al custode; le somme

⁽¹¹⁾ Nella giurisprudenza di merito si veda T. Padova, 10-2-2014 (ord.), *ALC*, 2014, 433.

⁽¹²⁾ Efficace immagine utilizzata da LUISSO, *Diritto processuale civile. Il processo esecutivo*, Milano, 2013, 90. Si ricordino, in proposito, gli artt. 2912 c.c., a proposito della percezione dei frutti, e, per il pignoramento mobiliare, 2914, n. 4, c.c., sulla operatività della regola "possesso vale titolo" dell'art. 1153 c.c. soltanto in favore del terzo acquirente che abbia ricevuto il possesso prima del pignoramento.

vanno tutte nelle casse dell'esecuzione; poi vengono alla fine distribuite e magari assegnate interamente a creditori privilegiati, senza alcuna soddisfazione per il condominio che sia intervenuto (come creditore chirografario) nell'espropriazione. Al danno si aggiungerebbe la beffa: le somme pagate dal conduttore per spese condominiali non andrebbero al condominio, che neppure le potrebbe ricevere in sede di distribuzione.

Ed allora, se con il pignoramento il debitore ha ormai perduto il possesso civilistico del bene, per cui *ex art. 2912 c.c.* non può percepire più i frutti prodotti dal bene medesimo, per coerenza, egli non paga gli oneri (ad es. condominiali), i quali gravano sul custode o, in generale, sulla procedura, che percepisce i frutti; in altri termini, così come questi ultimi confluiscono nella cassa dell'esecuzione, le spese relative al bene debbono "uscire" da tale cassa. Argomentare diversamente significherebbe creare una disciplina zoppa, unilaterale, quasi discriminatoria.

Si ricordi tra l'altro che al custode spetta altresì la titolarità delle azioni derivanti dal contratto di locazione, non in quanto «correlata ad un titolo convenzionale o unilaterale (contratto o proprietà), bensì in ragione dei poteri di gestione e amministrazione a lui attribuiti e della relazione qualificata con il bene pignorato derivante dall'investitura del giudice»⁽¹³⁾, e dunque per coerenza tali poteri, per essere completi, debbono ricomprendere sia gli incassi in entrata sia i pagamenti in uscita.

In proposito, sui poteri del custode, può anche spingersi a ritenere che egli abbia diritto di partecipazione e voto – e il corrispondente diritto di impugnazione – nelle assemblee condominiali, anche senza preventiva autorizzazione del giudice dell'esecuzione (che dovrà invece ottenere nel caso in cui oggetto dell'assemblea siano opere di straordinaria manutenzione o innovazioni): in questo modo il custode, chiamato a versare le spese condominiali, può anche controllare il bilancio, con il relativo conguaglio e la ripartizione in quote da pagare.

4. Qualificazione degli oneri condominiali come spese processuali

Un'altra obiezione formulata contro la prededucibilità delle spese condominiali maturate dopo il pignoramento è la seguente: il diritto del condominio diventerebbe, senza apposita norma, un credito privilegiato, munito di una causa di prelazione non prevista né attribuita dalla legge, quando invece, appunto, per diritto sostanziale è chirografario; sarebbe

⁽¹³⁾ Così Cass., 29-4-2015, n. 8695, *ALC*, 2015, 497; Cass., 21-6-2011, n. 13587, *GC*, 2011, I, 2835.

anche addirittura superfluo per il condominio, creditore dell'esecutato, intervenire nell'espropriazione, munito di titolo esecutivo come gli altri creditori *ex art. 499 c.p.c.*, perché in ogni caso il custode dovrebbe provvedere al versamento all'amministratore degli oneri dovuti⁽¹⁴⁾.

A ben guardare però anche in questo caso il rilievo non coglie il bersaglio, in quanto fondato su basi non solide: nella impostazione che si è proposta, si tratta di spese di procedura, come quelle che normalmente sostiene il custode per la gestione, per la vendita e per la liberazione dell'immobile, o come quelle che il creditore procedente è chiamato ad anticipare.

Perciò, non si attribuisce una collocazione privilegiata al credito sostanziale del condominio, ma più semplicemente si ricomprendono le spese condominiali tra quelle di custodia o comunque processuali, che vengono detratte direttamente dal ricavato della vendita oppure riconosciute al creditore procedente che le ha anticipate ai sensi dell'art. 2770 c.c., certamente privilegiate in forza di questa norma ma in quanto spese processuali come tutte le altre.

Con questo ultimo rilievo è giunto il momento di affrontare la *ratio decidendi* utilizzata, quasi in via esclusiva, dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento per porre a carico del custode e del creditore procedente le spese per mantenere l'integrità del bene pignorato, escludendo tutte le altre, condominiali, ordinarie, straordinarie.

Il Supremo Collegio si basa sulla lettura della dizione dell'art. 8, d.p.r. 30-5-2002, n. 115, che, com'è noto, è il testo unico, per lo più compilativo, sulla disciplina delle spese di giustizia: nell'interpretare tale disposizione sulle «spese per atti necessari al processo», da una parte apre, ritenendo che il creditore procedente debba anticipare non solo le spese giudiziarie vere e proprie, ma anche quelle materiali, funzionali alla conservazione dell'integrità dell'immobile, se intese ad evitare la chiusura anticipata dell'esecuzione *ex art. 164-bis disp. att. c.p.c.*; dall'altra restringe il campo, limitando queste ultime a quelle per il mantenimento in esistenza del bene pignorato, in quanto attinenti alla sua struttura o idonee ad evitarne il crollo o il perimento, escludendo quindi le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria o quelle condominiali.

Si tratta però di un'interpretazione eccessivamente rigida, se non forzata, perché la scarna terminologia dell'articolo citato non consente di

⁽¹⁴⁾ Si veda GALIPÒ, *op. cit.*, 8 ss., ed ivi ulteriori riferimenti alle note 7 ed 8; in giurisprudenza T. Padova, 10-2-2014, cit.

spingersi a qualificare in questo modo gli «atti necessari» cui fa riferimento, tra l'altro in relazione ad ogni processo e non solo a quello esecutivo.

Nella opinione della Corte di Cassazione c'è quindi un salto logico, consistente in un'aggiunta creativa, nel ritenere che si tratti soltanto di quanto deve essere pagato per il compimento di atti conservativi dell'integrità materiale del bene pignorato in funzione della vendita.

Al contrario, nulla esclude, a livello logico e giuridico, che tra le spese necessarie possano farsi rientrare quelle condominiali, relative alla gestione anche ordinaria delle parti comuni dell'edificio del quale fa parte il bene immobile pignorato.

In altri termini, il fatto che le spese condominiali non siano relative ad atti «necessari per il processo» è tutto da dimostrare, e comunque non lo dimostra affatto la Corte di Cassazione nella sentenza annotata, la quale lo afferma con una petizione di principio priva di fondamento.

Ed anzi, è proprio la norma richiamata dalla Suprema Corte che consente di ritenere, viceversa, che gli oneri condominiali ordinari e straordinari siano spese processuali: i costi per la manutenzione e per il funzionamento delle cose comuni sono necessari, in quanto, come si è precisato sopra, nell'ambito dell'oggetto dell'espropriazione e della vendita di un immobile facente parte di un condominio debbono ricomprendersi certamente anche le parti comuni.

Pare questa tra l'altro l'opinione della Corte di Cassazione, prima della sentenza in epigrafe, nella interpretazione della dizione dell'art. 8 cit., con l'affermazione del principio per cui le spese di custodia ed il compenso del custode rientrano tra quelle concernenti gli atti necessari del processo, che devono essere anticipate dalla parte a carico della quale sono poste dalla legge o dal giudice⁽¹⁵⁾: si tratta di una lettura ampia e comprensiva della dizione «atti necessari» (che non sono solo quelli volti a scongiurare l'evento drammatico del perimento della cosa), tale da poter ricomprendere in generale le spese di custodia, tra le quali quelle relative alla gestione ed amministrazione del bene pignorato (o sequestrato), in cui rientrano le parti comuni dell'edificio dove è posto e dunque i relativi oneri condominiali.

Si consideri, allora, che spese condominiali ordinarie sono anche quelle per la fornitura di energia elettrica per l'illuminazione delle parti comuni, per il funzionamento dell'ascensore, per il cancello automatico del

⁽¹⁵⁾ Cass., 22-2-2013, n. 4617, *RFI*, 2013, v. «Sequestro conservativo», n. 17; si tratta, nel caso di specie, della custodia di un bene oggetto di sequestro giudiziario.

cortile; o quelle relative alla fornitura dell'acqua da parte dell'azienda municipalizzata: ecco che in caso di mancato pagamento da parte del condomino esecutato potrebbe conseguire una morosità condominiale tale da far cessare la somministrazione, per cui il bene pignorato sarebbe poi acquistato in vendita forzata mutilato di sevizi condominiali anche essenziali (luce, acqua, ascensore, pompe).

È davvero difficile pensare che le spese condominiali anche ordinarie non siano relative ad atti necessari per il processo, per la corretta amministrazione e gestione dell'immobile pignorato, il quale, come si è ripetuto, comprende le parti comuni dell'edificio di cui fa parte, ad opera del custode in funzione della vendita forzata.

Questa è anche l'opinione di quegli Autori che hanno maggiormente approfondito, in tempi recenti, il tema della custodia giudiziale: quando il debitore esecutato viene privato della disponibilità materiale del bene pignorato, affidato ad un custode, è costui a dover provvedere al pagamento delle spese condominiali anche ordinarie, in quanto funzionali all'interesse del procedimento⁽¹⁶⁾ e dunque relative ad atti per esso necessari.

5. Valutazioni di opportunità e considerazioni conclusive.

Per concludere, sia consentita una considerazione di ordine generale, che peraltro si inserisce nell'ambito dell'attuazione del principio costituzionale per cui la durata del processo non deve recare danno.

Le spese condominiali maturate dopo la notificazione del pignoramento aumentano in modo direttamente proporzionale alla durata del processo esecutivo, con grave pregiudizio per i condomini, che alla fine si troveranno costretti a ripartire tra loro e a pagare le spese condominiali medesime.

Considerarle "prededucibili", ponendole a carico del custode, risponde dunque ad un'esigenza di equità e giustizia, per evitare che il debito di

⁽¹⁶⁾ BELLÉ-CARDINO, *op. cit.*, 282-283, i quali ritengono, peraltro, che se il debitore invece rimane nel godimento dell'immobile, è lui che deve continuare a versare le spese condominiali, le quali in tal caso non potrebbero definirsi come funzionali ad un interesse della procedura; questa opinione presuppone l'idea che manchi, nel pignoramento, quello "spossestamento globale" che invece si verifica nel fallimento, per cui sarebbe doveroso distinguere tra la disciplina dell'esecuzione concorsuale e quella dell'esecuzione individuale; in realtà la discriminazione non è corretta, poiché anche nel fallimento spesso il fallito rimane nel godimento dell'immobile fino alla sua liquidazione, e nonostante questo è prevista la prededucazione delle spese condominiali; sullo spossestamento si veda comunque sopra, nel testo.

un condomino moroso finisca per gravare sugli altri condomini adempienti e diligenti.

A quanto precede si collega anche un'altra osservazione di opportunità⁽¹⁷⁾: se il custode ha versato le spese condominiali maturate dal momento del pignoramento in avanti, l'amministratore del condominio non potrà applicare a carico dell'acquirente in vendita forzata la solidarietà di cui all'art. 63 disp. att. c.c., imponendogli il pagamento di quanto dovuto dall'esecutato in relazione all'anno in corso ed all'anno precedente rispetto al momento dell'emissione del decreto di trasferimento.

Così, il fatto che al momento della vendita non vi siano spese condominiali recenti che possano gravare sull'acquirente può indurre un maggior numero di soggetti a partecipare e a tentare di rendersi aggiudicatari, con aumento del prezzo che costoro sono disponibili a pagare per l'acquisto ed a vantaggio del maggior introito per le casse dell'esecuzione.

In sintesi, occorre allora affermare che le spese condominiali straordinarie e ordinarie maturate dopo il pignoramento e relative alle parti comuni dell'edificio cui l'immobile pignorato partecipa, sono spese processuali, del procedimento di esecuzione, e come tali debbono essere pagate direttamente dal custode o da costui previa anticipazione da parte del creditore procedente.

Il custode o il creditore procedente, se le hanno anticipate e versate all'amministratore del condominio, le riprenderanno in sede di distribuzione del ricavato; il custode le preleverà, prima del riparto, in prededuzione, dalla somma ricavata dalla vendita; il creditore procedente le otterrà come tutte le altre spese processuali in applicazione dell'art. 2770 c.c.

Infine, per chiudere il cerchio, se il condominio è creditore procedente o intervenuto nella stessa procedura esecutiva per le spese condominiali precedenti al pignoramento, e non gli sono state versate dal custode quelle maturate successivamente ed in corso di espropriazione, nulla osta al pagamento di queste ultime in sede di distribuzione, prima del riparto agli altri creditori, mediante assegnazione al condominio medesimo, presente nell'espropriazione: si tratta comunque di spese che ad esso dovevano essere versate e non lo sono state.

DAVIDE AMADEI

⁽¹⁷⁾ Mutuata da BELLÉ-CARDINO, *op. cit.*, 383, che parlano di potenziale «effetto parzialmente depressivo sul prezzo di cessione» dell'applicazione dell'art. 63 disp. att. c.c. all'aggiudicatario, per cui «tanto varrebbe porre comunque le spese in prededuzione a carico del ricavato».

RASSEGNA DELLE DECISIONI DELLA CASSAZIONE A CURA DI GABRIELLA TOTA

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni Unite civ., 20 gennaio 2017, n. 1545

Rordorf *Presidente* — Spirito *Relatore* — Iacoviello *P.M.* (concl. parz. conf.); T.M. — Banca di Credito Cooperativo di Ostra e Morro d'Alba S.C. — Korg Italy S.p.A. e altri.

Procedimento civile — Giudice — Ricusazione e astensione — In genere — Obbligo di astensione del giudice dell'esecuzione ex art. 186 disp. att. c.p.c. — Deducibilità della violazione — Ricusazione — Necessità — Motivo di nullità della sentenza in fase di impugnazione — Esclusione.

La violazione dell'obbligo di astensione, previsto dall'art. 186-bis disp. att. c.p.c. per il giudice dell'esecuzione che abbia conosciuto degli atti avverso i quali è proposta opposizione, è deducibile solo con lo strumento della ricusazione ai sensi dell'art. 52 c.p.c., e non in sede di impugnazione come motivo di nullità della sentenza emessa dal giudice che avrebbe dovuto astenersi (1).

Esecuzione forzata — Espropriazione presso terzi — Compenso spettante all'amministratore unico o al consigliere di amministrazione di una società per azioni — Pignorabilità — Applicabilità dei limiti di cui all'art. 545, 4° co., c.p.c. — Esclusione — Fondamento.

L'amministratore unico o il consigliere d'amministrazione di una società per azioni sono legati da un rapporto di tipo societario che, in considerazione dell'immedesimazione organica che si verifica tra persona fisica ed ente e dell'assenza del requisito della coordinazione, non è compreso in quelli previsti dall'art. 409, n. 3, c.p.c. Ne deriva che i compensi spettanti ai predetti soggetti per le funzioni svolte in ambito societario sono pignorabili senza i limiti previsti dall'art. 545, 4° co., c.p.c. (2).

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

1 – Il quesito ed il fatto.

Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite consiste nello stabilire se il rapporto tra la società per azioni ed il suo amministratore sia qualificabile come di lavoro parasubordinato od autonomo (ovvero estraneo a tale ambito) e, di conseguenza, stabilire se il limite di pignorabilità degli stipendi previsto dall'art. 545 c.p.c., comma 4, sia applicabile ai compensi o agli emolumenti dell'amministratore stesso.

In particolare, all'esito dell'espropriazione presso terzi intentata dalla Banca di Credito Coop. di Ostra e Moro d'Alba nei confronti del debitore B.G.B.G. e dei suoi debitori Korg Italy spa e Cassa di Risparmio di Loreto spa, il giudice dell'esecuzione del Tribunale di Ancona assegnò al procedente l'intera somma accantonata dai terzi a titolo di emolumenti per l'attività, qualificata di lavoro autonomo, di amministratore della prima società e di componente del consiglio di amministrazione della seconda. Il debitore propose opposizione avverso l'ordinanza di assegnazione, contrastando, tra l'altro e per quel che ancora rileva, la qualificazione della propria attività, che sostenne doversi ricondurre nell'ambito d'applica-

zione dell'art. 409 c.p.c., n. 3, con conseguente limitazione della pignorabilità ad un solo quinto del totale.

L'opposizione fu accolta dal Tribunale di Ancona che, pur rilevando il contrasto giurisprudenziale sul tema, qualificò l'attività in questione come lavoro parasubordinato, la sussunse entro l'art. 409 c.p.c., n. 3, e qualificò impignorabili oltre il limite del quinto i relativi compensi; inoltre, provvide a revocare l'ordinanza d'assegnazione impugnata e limitò l'assegnazione ad un quinto di quanto i terzi pignorati avevano accantonato.

La creditrice Banca di Credito Coop. di Ostra e Morro d'Alba ha proposto ricorso per la cassazione di quella sentenza (resa ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c.) attraverso cinque motivi. Ha resistito con controricorso la Korg Italy spa, che ha anche depositato memoria. Il debitore intimato non s'è difeso. Con ordinanza interlocutoria n. 3738 del 4 dicembre 2015, la terza sezione civile di questa Corte ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. In particolare, ha posto in risalto che la questione in sé (quella relativa alla limitata, o meno, pignorabilità dei crediti dei quali si discute) ha natura di massima di particolare importanza che, a sua volta, fonda sull'ineludibile soluzione del contrasto giurisprudenziale formatosi intorno al presupposto logico giuridico costituito dalla natura para-subordinata o meno del rapporto del quale si discute.

Il Primo Presidente ha, dunque, assegnato la causa al giudizio di queste Sezioni Unite. 2 – I motivi di ricorso.

Il primo motivo di ricorso ("violazione e falsa applicazione degli artt. 158 e 618 c.p.c., e art. 186 *bis* disp. att. c.p.c.", in rel. all'art. 360 c.p.c., n. 4) sostiene che il giudice dell'esecuzione era privo del potere di trattare la fase di merito, essendo il suo potere limitato (in forza della novella di cui alla L. n. 52 del 2006) ai soli provvedimenti indilazionabili. Peraltro – si aggiunge – l'art. 186 *bis* disp. att. c.p.c., ha espressamente disposto che il giudizio di merito *ex art.* 618 c.p.c., sia trattato da magistrato diverso da quello che ha conosciuto degli atti avverso i quali è proposta opposizione.

Il secondo motivo ("violazione e falsa applicazione artt. 618 e 183 c.p.c., artt. 24 e 111 Cost., in rel. all'art. 360 c.p.c., n. 4") sostiene che il giudice dell'esecuzione avrebbe precluso il pieno esercizio del diritto alla prova, avendo omesso di concedere alcun termine istruttorio, così da consentire all'opponente di fornire adeguata prova del carattere concretamente para-subordinato della propria attività nelle società in questione ed all'opposta di fornire la prova contraria.

Il terzo motivo ("violazione e falsa applicazione art. 115 c.p.c., per omesso accertamento della parasubordinazione in concreto" in rel. all'art. 360 c.p.c., n. 5) lamenta che il giudice abbia omesso di accertare in concreto il grado di eventuale subordinazione, soprattutto nella considerazione che il debitore svolgeva la medesima attività contemporaneamente presso diversi enti.

Il quarto motivo ("violazione e falsa applicazione art. 409 c.p.c., n. 3, e art. 2380 *bis* c.c., in relazione alla qualifica parasubordinata dell'attività dell'amministratore di società per azioni" in rel. all'art. 360 c.p.c., n. 3), dato atto del contrasto di giurisprudenza in tema di identificabilità dell'attività parasubordinata in quella dell'amministratore di società per azioni, sostiene che occorre aderire a quello che l'esclude, in considerazione della mancanza delle caratteristiche della continuità e della coordinazione.

Il quinto motivo ("violazione e falsa applicazione dell'art. 545 c.p.c., in relazione alle ipotesi di attività di parasubordinazione" in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3) deduce che, anche a voler aderire all'orientamento che qualifica come parasubordinato il rapporto intercorrente tra amministratore e società per azioni, l'ambito d'operatività dell'art. 545 c.p.c., commi 3 e 4, non potrebbe comunque estendersi a tali rapporti parasubordinati, dovendo

limitarsene l'applicazione ai soli stipendi e salari derivanti dai rapporti di lavoro subordinato.

2.1 – La risposta ai motivi primo, secondo e quinto.

Al fine di concentrare la trattazione intorno al tema fondamentale sottoposto alla soluzione delle S.U., conviene immediatamente sgombrare il campo dai motivi primo, secondo e quinto, che sono tutti infondati.

Quanto al primo, basta ricordare e ribadire il consolidato principio secondo cui la violazione dell'obbligo di astensione, previsto dall'art. 186 *bis* disp. att. c.p.c., per il giudice dell'esecuzione che abbia conosciuto degli atti avverso i quali è proposta opposizione, è deducibile solo con lo strumento della ricsuazione, ai sensi dell'art. 52 c.p.c., e non in sede di impugnazione come motivo di nullità della sentenza emessa dal giudice che avrebbe dovuto astenersi (cfr. Cass. n. 22854/14).

Quanto al secondo, occorre osservare che nella specie sono stati concessi termini a difesa, in grado di tutelare adeguatamente i diritti delle parti.

Quanto al quinto, infine, va ribadita l'estensione del regime di limitata pignorabilità di cui all'art. 545 c.p.c., alle ipotesi di parasubordinazione, come già affermato da Cass. n. 685/12, secondo la quale, appunto, le modifiche apportate dalle L. 12 marzo 2004, n. 311, e L. 14 maggio 2005, n. 80 (di conversione del D.L. 14 marzo 2005, n. 35) al D.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180 ("Approvazione del testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti dalle pubbliche amministrazioni") hanno comportato la totale estensione al settore del lavoro privato delle disposizioni originariamente dettate per il lavoro pubblico, sicché i crediti derivanti dai rapporti di cui all'art. 409 c.p.c., n. 3, sono pignorabili nei limiti di un quinto, previsto dall'art. 545 c.p.c. Restano, dunque, da delibare i motivi terzo e quarto, che involgono la natura parasubordinata o meno del rapporto tra società per azioni e loro amministratori, ai fini della applicabilità o meno, ai compensi di questi ultimi, dei limiti o benefici d'impignorabilità previsti per gli stipendi dall'art. 545 c.p.c.

3 – La soluzione del quesito: premessa.

Il D.P.R. n. 180 del 1950, contenente l'approvazione del testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti dalle pubbliche amministrazioni, modificato dalla L. n. 311 del 2004, e dalla L. n. 80 del 2005, di conversione del D.L. n. 35 del 2005, all'art. 2, così recita: "Gli stipendi, i salari e le retribuzioni equivalenti, nonché le pensioni, le indennità che tengono luogo di pensione e gli altri assegni di quiescenza corrisposti dallo stato e dagli altri enti, aziende ed imprese indicati nell'articolo 1, sono soggetti a sequestro ed a pignoramento nei seguenti limiti: 1)....; 2) fino alla concorrenza di un quinto valutato al netto di ritenute, per debiti verso lo stato e verso gli altri enti, aziende ed imprese da cui il debitore dipende, derivanti dal rapporto d'impiego o di lavoro".

L'art. 52, comma 3, dello stesso decreto, introdotto dalla citata legge di modifica n. 80 del 2005, prevede poi che i compensi corrisposti a soggetti titolari dei rapporti di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c., n. 3, sono sequestrabili e pignorabili nei limiti di cui all'art. 545 c.p.c.

L'art. 545 c.p.c., statuisce che: "Le somme dovute da privati a titolo di stipendio, di salario..., possono essere pignorate nella misura di un quinto per i tributi dovuti allo Stato... ed in eguale misura per ogni altro credito".

Le modifiche apportate dalle L. n. 311 del 2004, e L. n. 80 del 2005, al D.P.R. n. 180 del 1950, hanno comportato la totale estensione al settore del lavoro privato delle disposizioni originariamente dettate solo per il lavoro pubblico (in tal senso, cfr. Cass. n. 4465/11). In conseguenza di tale equiparazione la già citata Cass. n. 685/12 ha affermato che an-

che ai rapporti di lavoro privato riconducibili all'art. 409 c.p.c., n. 3, debbano trovare applicazione i limiti di pignorabilità di cui all'art. 545 c.p.c., comma 4; limiti pacificamente non estendibili anche ai corrispettivi per i contratti di lavoro autonomo o d'opera professionali.

Da qui la rilevanza della questione della riconducibilità dei compensi percepiti dagli amministratori ad emolumenti che trovino origine in un rapporto di lavoro parasubordinato, di lavoro autonomo o di opera professionale oppure ad un rapporto di altra natura e la conseguente necessità di risolvere il contrasto di giurisprudenza formatosi intorno alla natura del rapporto che si instaura tra la società per azioni ed il proprio amministratore.

3.1 – La natura del rapporto che lega la società per azioni ed il suo amministratore. La dottrina.

Giova premettere rapidissimi cenni circa le posizioni dottrinarie sul tema, visto che la giurisprudenza ne ha in qualche modo risentito gli echi, diversificandosi in ragione delle diverse teorie di volta in volta accolte, oppure tentando il connubio tra esse.

In estrema sintesi, sono identificabili due diversi orientamenti: 1) la teoria cd. contrattualistica, che individua la presenza di un vero e proprio contratto che legherebbe due soggetti distinti, l'amministratore da un lato, la società dall'altro, ciascuno autonomo centro di interessi, spesso anche contrapposti; 2) la teoria cd. organica, secondo cui, al contrario, mancherebbe ogni dualità, configurandosi solo un'immedesimazione dell'organo nella persona giuridica che rappresenta, senza possibilità di un regolamento negoziale interno, fonte di reciproci diritti e obblighi.

È ovvio che la prima apre la strada alla configurabilità di un rapporto parasubordinato tra i due soggetti distinti costituiti dalla società ed il suo amministratore, mentre la seconda conduce ad escluderlo in forza dell'indistinguibilità dei due.

Più in dettaglio, poi, possono essere individuate nell'ambito della teoria cd. contrattualistica (la quale, come s'è visto, fa derivare il conferimento del potere rappresentativo all'amministratore non dalla legge o dallo statuto, bensì dal regolamento negoziale, con la conseguente negazione dell'immedesimazione organica): a) la tesi di coloro i quali hanno ravvisato un negozio *sui generis*, tipico di amministrazione, non riconducibile ad alcuna tipologia nota, ma assimilabile di volta in volta a questo o quel contratto (di mandato, d'opera, di lavoro subordinato, ecc.), senza tuttavia identificarsi in alcuno, salvo far riferimento alle rispettive, compatibili discipline; b) l'antica teoria che assimila la figura dell'amministratore a quella del mandatario, della quale ha ormai fatto giustizia il riformato testo dell'art. 2392 c.c., nel quale è stato eliminato il richiamo alla "diligenza del mandatario" di cui all'art. 1710 c.c.; c) la teoria più isolata che vede nell'amministratore un lavoratore subordinato della società (diversa da quella che ammette la possibilità di cumulare il rapporto di amministrazione con quello di lavoratore subordinato), in base alla quale il rapporto di amministrazione sarebbe esso stesso da ricondurre ad un rapporto di lavoro subordinato, con l'assemblea che ne ha il potere di nomina e revoca (quindi, di costituire ed estinguere il rapporto) nonché quello direttivo e di controllo (esercitato unitamente al collegio sindacale) e l'amministratore, dal suo canto, con i suoi doveri di fedeltà e di collaborazione che si manifestano principalmente nell'obbligo di non concorrenza, di cui all'art. 2390 c.c., e nel diritto al compenso; d) la teoria che riconduce l'amministratore alla figura del prestatore d'opera professionale finalizzata a far conseguire un profitto alla società, con assunzione di responsabilità ed impiego di tempo ed energie lavorative; e) la teoria, infine, che riconduce il rapporto d'amministrazione alla fattispecie della parasubordinazione (che, come vedremo in seguito, è stata accolta da una pronuncia delle S.U. del 1994), configurando un rapporto negoziale autonomo tra amministratore e società, dal contenuto fissato dalla legge e dallo

statuto, superando definitivamente l'idea di un'immedesimazione organica assoluta che avrebbe impedito il dualismo e la contrapposizione di interessi e costringendo il rapporto di amministrazione nell'area dei rapporti intrasoggettivi.

A fronte di quella finora sinteticamente descritta v'è, invece, la cd. teoria organica, per la quale gli amministratori rappresentano un organo necessario per l'operatività della società, secondo una precisa scelta del legislatore che ne ha regolato la struttura in modo tale da escludere che il loro rapporto possa operare secondo le regole della rappresentanza ordinaria. La configurazione non contrattuale del rapporto società – amministratori incide poi sulla ricostruzione della fonte dei loro poteri: gli amministratori risulterebbero titolari dei poteri gestori in via originaria, in quanto organi necessari per il funzionamento e la realizzazione del contratto sociale, analogamente ai poteri dell'assemblea dei soci, con cui vi sarebbe una semplice convivenza, senza alcuna possibilità di sovrapposizione o limitazione. I poteri degli amministratori derivando direttamente dalla legge sono dunque autonomi, non avocabili, né disponibili, né limitabili ad opera dell'assemblea dei soci a cui spetta solo di designare il titolare di prerogative gestorie già determinate. Ulteriore corollario del rapporto organico è quello della immedesimazione organica dell'amministratore nella società stessa, e quindi l'inesistenza di due contrapposti ed autonomi centri di interesse tra i quali instaurare non solo un rapporto contrattuale ma un qualsiasi rapporto intersoggettivo, data l'impossibilità di una diversificazione di posizioni contrapposte e l'inesistenza di separazione tra funzione gestoria e funzione esecutiva sottoponibile a verifica, controllo o disciplina.

La natura di organo riconosciuta all'amministratore diviene dunque il principale ostacolo giuridico alla configurabilità di qualsivoglia rapporto di natura patrimoniale tra la persona fisica e la società, a causa della mancanza di due distinti centri di interessi e di volontà, non solo nella fase genetica del rapporto, ma anche e soprattutto nella fase del suo svolgimento.

3.2 – Lo stato della giurisprudenza. La sentenza a S.U. del 1994 ed i suoi precedenti.

Il contrasto giurisprudenziale sul tema (che, come s'è detto, è stato riscontrato sia dalla sentenza oggi impugnata, sia dall'ordinanza interlocutoria di rimessione alle S.U.) è diretta conseguenza della variegata elaborazione dottrinale finora descritta e si può definire endemico alla giurisprudenza di legittimità.

Le molteplici pronunzie susseguitesi sin dagli anni '80 del secolo scorso (tutte rese per fini diversi da quelli che oggi ci riguardano e, soprattutto, per risolvere problemi di competenza e di rito) evidenziano un primo orientamento che escludeva potersi individuare nell'ambito del rapporto di amministrazione un rapporto tra due distinti centri di interesse tra i quali avviene lo scambio di prestazioni, siccome l'ordinamento della società per azioni è regolato in modo da attribuire all'amministratore-rappresentante le caratteristiche strutturali di organo, con esclusione dei connotati del rapporto intersoggettivo della rappresentanza ordinaria.

Tutte queste pronunce erano favorevoli all'applicazione del rito ordinario, stante l'impossibilità di diversificare l'attività del prestatore di lavoro e l'attività del destinatario della prestazione per l'assenza dei due contrapposti centri di interesse e la conseguente necessità di escludere il rapporto di parasubordinazione, data la mancanza del rapporto di dipendenza sul piano economico e, quindi, di quella situazione di debolezza contrattuale che caratterizza tali rapporti e ne giustifica l'equiparazione alla subordinazione ai fini della tutela processuale.

Un diverso orientamento riconduceva invece le controversie in questione all'art. 409 c.p.c., n. 3, ritenendo che il rapporto tra amministratore e società per azioni presentasse i

caratteri della continuità e del coordinamento con l'attività svolta dall'impresa societaria, richiesti da tale norma per affermare la competenza per materia del giudice del lavoro.

Il tentativo di dare soluzione al contrasto è stato compiuto da queste S.U. con la sentenza n. 10680 del 1994, la quale, ancora una volta per risolvere una questione di rito e competenza (si trattava di stabilire innanzi a quale giudice dovesse essere sottoposta l'azione proposta dall'amministratore contro la società da lui amministrata per il rimborso di spese da lui effettuate in adempimento del mandato), prese netta posizione a favore della qualificazione del rapporto di amministrazione in termini di rapporto di lavoro parasubordinato, ai sensi dell'art. 409 c.p.c., n. 3.

Il principio enunciato dalla sentenza è il seguente: La controversia nella quale l'amministratore di una società per azioni, o ente assimilato, chieda la condanna della società stessa al pagamento di una somma dovuta per effetto dell'attività di esercizio delle funzioni gestorie, è soggetta al rito del lavoro ai sensi dell'art. 409 c.p.c., n. 3, atteso che, se verso i terzi estranei all'organizzazione societaria è configurabile, tra amministrazione e società, un rapporto di immedesimazione organica, all'interno dell'organizzazione ben sono configurabili rapporti di credito nascenti da un'attività come quella resa dall'amministratore, continua, coordinata e prevalentemente personale, non rilevando in contrario il contenuto parzialmente imprenditoriale dell'attività gestoria e l'eventuale mancanza di una posizione di debolezza contrattuale dell'amministratore nei confronti della società.

L'enunciato si articola in quattro essenziali proposizioni: a) l'esistenza di un rapporto organico, in virtù del quale l'amministratore impersona la società all'esterno, non esclude la configurabilità, nei rapporti interni, di un vincolo di natura obbligatoria tra l'amministratore stesso e l'ente da lui gestito, né la conseguente distinzione, in quest'ambito, di due centri d'interesse contrapposti facenti rispettivamente capo alle parti di tale ultimo rapporto; b) l'attività che l'amministratore è tenuto a prestare in favore della società presenta i caratteri della personalità, della continuazione e della coordinazione, e quindi rientra nella previsione dell'art. 409 c.p.c., n. 3; c) la circostanza che tale attività sia finalizzata al conseguimento dello scopo sociale, ed abbia perciò contenuto imprenditoriale, non impedisce di ritenerla parasubordinata, non foss'altro che un analogo contenuto è ravvisabile anche nell'attività dell'istitutore, il quale certamente opera in posizione di lavoratore subordinato; d) la difficoltà d'ipotizzare una situazione di debolezza contrattuale dell'amministratore nei confronti della società non vale ad escludere il carattere parasubordinato del relativo rapporto, perché l'indicata situazione di debolezza non costituisce un presupposto di applicabilità della disciplina processuale delle controversie in materia di lavoro.

3.3 – La giurisprudenza successiva alla sentenza a S.U. del 1994.

Si diceva in precedenza del "tentativo" operato da queste S.U. nel 1994 di dare un definitivo assetto al tema, siccome quella sentenza ha avuto sicuramente il pregio di fondare l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, senza tuttavia spegnere i contrasti che nei più di venti anni a seguire hanno caratterizzato le decisioni in argomento. Contrasti che, per un verso, sono stati fomentati dalla sempre più diversificata dottrina e che, per altro verso, sono la necessaria conseguenza del mutato quadro normativo, non solo in materia societaria.

A fronte, dunque, di numerosissime sentenze che hanno, per finalità varie, ribadito la natura parasubordinata del rapporto in questione, se ne individuano altre che, invece, sono tornate ad affermare la tesi del rapporto di lavoro autonomo, pur con generico riferimento all'immedesimazione organica. Altre ancora – come vedremo – hanno affermato la natura autonoma e tipica del rapporto societario.

In quest'ordine di idee, s'è affermata la legittimità della previsione statutaria di gratuità delle funzioni di amministratore di società (Cass. n. 2861/02), s'è esclusa l'applicabilità al rapporto del disposto dell'art. 36 Cost., con conseguente affermazione di disponibilità e rinunciabilità del compenso (Cass. n. 19714/12), oppure s'è affermato che, in caso di revoca senza giusta causa, la liquidazione dei relativi danni debba avvenire secondo i criteri generali degli artt. 1223 e 2697 c.c., e non equiparando la vicenda alla risoluzione di un contratto di lavoro subordinato (Cass. n. 23557/08).

Neppure da trascurare è il filone giurisprudenziale il quale, in maniera incontrastata, esclude da molti decenni che il privilegio *ex art. 2751 bis c.c.*, n. 2, assista il credito del compenso in favore dell'amministratore o liquidatore di società. Teoria fondata sulla constatazione che l'attività svolta da quei soggetti non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con conseguente sopportazione del rischio ed, a differenza di quella del prestatore d'opera, non è determinata dai contraenti preventivamente, né è determinabile aprioristicamente (tra le varie e più recenti, cfr. Cass. n. 22046/14, n. 4769/14, n. 11652/07, n. 13805/04).

Si dirà in seguito della recente ed innovativa tesi giurisprudenziale del "rapporto societario", riferita al disposto del D.Lgs. n. 168 del 2003, art. 3, comma 2, lett. a), che detta criteri per l'individuazione della competenza per materia del tribunale delle imprese.

3.4 – Critiche alla teoria del rapporto parasubordinato.

Il mutato assetto normativo sviluppatosi in questo lungo lasso di tempo, la nuova configurazione dell'intero sistema societario derivante dalle novelle legislative, il diverso approccio alla materia che non tenga conto di problematiche attinenti solo alla competenza ed al rito, impongono alle S.U. un radicale ripensamento rispetto alla propria decisione del 1994 ed alle conseguenze che ne sono derivate e ne derivano trasversalmente in vasti campi dell'ordinamento.

Ponendo a raffronto i quattro enunciati sui quali fonda quella sentenza (cfr. *supra* par. 3.2) ed il disposto dell'art. 409 c.p.c., n. 3, (che fa riferimento ad "una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato") occorre rilevare che quello *sub a*) deve essere senz'altro concordato (seppure con i limiti dei quali si dirà in seguito), nella considerazione che l'immedesimazione organica può aver rilievo nei rapporti con i terzi, ma nei rapporti interni effettivamente sussiste una relazione obbligatoria tra soggetti affatto distinti tra loro. Difficilmente, invece, può essere prestata adesione agli altri enunciati contenuti in sentenza. Soprattutto all'afferzata esistenza del fondamentale requisito del coordinamento, che in essa rimane mera asserzione, né sviluppata, né dimostrata.

Le perplessità sul punto, che furono avanzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito già all'indomani della pubblicazione della sentenza in commento, risultano oggi quanto mai rafforzate alla luce delle novelle susseguites in campo societario dal 2003 in poi.

È opinione unanime, condivisa da dottrina e giurisprudenza, che il coordinamento presupposto dalla disposizione di cui all'art. 409 c.p.c., n. 3, deve essere inteso in senso verticale, ossia deve rappresentarsi come una situazione per cui il prestatore d'opera parasubordinato è soggetto ad un coordinamento che fa capo ad altri, in un rapporto che deve presentare connotati simili a quelli del rapporto gerarchico propriamente subordinato. È per questo, ossia al fine di favorire la parte normalmente più debole, che il rapporto parasubordinato è assoggettato dal legislatore alla medesima disciplina processuale prevista per quello subordinato. In altri termini, l'attività coordinata è sinonimo di attività in qualche misura eterodiretta o, comunque, soggetta ad ingerenze o direttive altrui.

Requisito, questo, che – più che mai nell'attuale quadro normativo – non è affatto individuabile rispetto all'attività dell'amministratore societario, neanche se si volesse ritenere (come sembra, per fugaci accenni, ritenere la sentenza del 1994) che questi sia soggetto al coordinamento dell'assemblea dei soci.

Al contrario, la riforma del diritto societario rende l'amministratore il vero egemone dell'ente sociale. A lui spetta in via esclusiva la gestione dell'impresa, con il solo limite di quegli atti che non rientrano nell'oggetto sociale (art. 2380 *bis* c.c.); il suo potere di rappresentanza è generale e concerne anche gli atti estranei all'oggetto sociale (art. 2384 c.c., comma 1); se è amministratore unico ha sia il potere di gestione, sia quello di rappresentanza; in eccezione ai principi generali, è stabilito che le limitazioni ai suoi poteri (sia di rappresentanza, sia di gestione) che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti (non quelle legali) non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, fatta salva la cd. *exceptio doli* (art. 2384, comma 2, c.c.).

Quanto, poi, al rapporto tra assemblea ed amministratore, la novella consente di escludere affatto l'ipotizzabilità di un coordinamento imposto dalla prima al secondo.

Questo rapporto emerge da due disposizioni: il già citato art. 2380 *bis* c.c., che, come s'è visto, attribuisce la gestione dell'impresa in via esclusiva all'amministratore, e l'art. 2364 c.c., n. 5, per il quale l'assemblea ordinaria delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori.

Dal raffronto si deduce che la competenza gestoria dell'assemblea ha carattere delimitato e specifico: ossia, sussiste solo per gli atti espressamente attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, mentre quella degli amministratori ha carattere generale e sussiste per tutti gli atti d'impresa che non sono riservati all'assemblea e che si pongono in rapporto di mezzo a fine rispetto al conseguimento dell'oggetto sociale. Quest'ultima cessa, per lasciare il campo a quella dell'assemblea, solo quando si tratta di iniziative che comportino una sostanziale modifica, diretta o indiretta, dell'oggetto sociale.

Inoltre, non è possibile riservare statutariamente all'assemblea la decisione di compiere l'atto ma può essere solo prevista una mera autorizzazione a compiere l'atto, nel senso che la decisione del compimento dell'atto rimane pur sempre riservata all'amministratore, il quale può decidere di non compiere l'atto, benché l'assemblea l'abbia autorizzato a farlo. In ogni caso, l'autorizzazione al compimento degli atti deve essere oggi prevista dallo statuto.

In conclusione, se per "coordinamento" (quale presupposto indispensabile perché ai sensi dell'art. 409 c.p.c., n. 3, possa individuarsi un'attività parasubordinata) deve intendersi l'eterodirezione dell'attività stessa, si può categoricamente escludere che la funzione dell'amministratore societario ne sia soggetto.

Per altro verso, non può farsi a meno di rilevare che la soggezione al coordinamento è riflesso di una situazione di debolezza contrattuale che costituisce il senso stesso della summenzionata disposizione, dal momento che è proprio la presupposta inferiorità di una parte rispetto all'altra a giustificare l'equiparazione del lavoratore parasubordinato a quello subordinato. La sentenza del 1994 liquida l'argomento ritenendo che "quest'elemento è di incerta definizione e, quel che più conta, è di contenuto sociologico, ossia valido quale ausilio interpretativo in quanto idoneo a ricostruire la *ratio legis*, ma non è assumibile quale presupposto di applicabilità di una norma".

Ritengono, piuttosto, oggi le S.U. che, se quest'elemento è idoneo a ricostruire la *ratio legis*, nella vicenda che ci occupa l'accertata assenza di una situazione di debolezza contrat-

tuale conforta la tesi dell'inconfigurabilità dell'amministratore societario quale lavoratore parasubordinato.

3.5 – La tesi del rapporto societario.

Tutto ciò premesso, è indispensabile rappresentare che la giurisprudenza di legittimità è recentemente pervenuta alla profonda rivisitazione del tema ed al superamento degli ambiti tra i quali finora s'era mossa, sostenendo che il rapporto fra l'amministratore e la società debba essere ricondotto nell'ambito dei "rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario" cui fa riferimento il D.Lgs. n. 168 del 2003, art. 3, comma 2, lett. a), per l'individuazione della competenza per materia del tribunale delle imprese.

In questo condivisibile ordine d'idee, tutta la giurisprudenza (che ha trovato la sua basilare affermazione proprio nella pronuncia delle S.U. n. 10680 del 1994) non è più compatibile con il citato intervento legislativo che, appunto, ha attribuito al tribunale delle imprese la competenza relativa alle controversie in materia di rapporti societari, nella loro complessità, che coinvolgano amministratori e società, rendendo ormai irrilevante la distinzione fra l'attività a rilevanza esterna degli amministratori e il rapporto di natura obbligatoria di questi ultimi con la società.

Nell'esegesi dell'ultima disposizione normativa in commento, è stato correttamente osservato (in particolare da Cass. n. 14369/15) che tra i "rapporti societari" ai quali essa fa riferimento deve necessariamente comprendersi il rapporto tra società ed amministratori, data l'essenzialità del rapporto di rappresentanza in capo a questi ultimi come rapporto che, essendo funzionale, secondo la figura della c.d. immedesimazione organica, alla vita della società, consente alla stessa di agire. In altri termini, tale rapporto è rapporto "di società" perché serve ad assicurare l'agire della società, non assimilabile, in quest'ordine di idee, né ad un contratto d'opera (in questo senso, cfr. già Cass. 22046/14), né tanto meno ad un rapporto di tipo subordinato o parasubordinato.

Così ragionando, ossia facendo riferimento alla natura del rapporto come di tipo "societario", la citata Cass. n. 14369/15 ha ricompreso nella competenza del tribunale delle imprese la controversia avente ad oggetto l'impugnazione di delibera di revoca di un intero consiglio di amministrazione per giusta causa, mentre Cass. n. 2759/16 ha ammesso il ricorso ad arbitri anche nelle controversie tra amministratori e società attinenti al profilo interno dell'attività gestoria ed ai diritti che ne derivano (quale, ad esempio, il diritto al compenso), ove tale possibilità sia prevista dagli statuti societari. Giova, infine, ricordare che già il D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, art. 130, introducendo l'art. 144 *ter* disp. att. c.p.c., aveva escluso che tra le controversie previste dall'art. 409 c.p.c., fossero comprese quelle di cui all'art. 50 *bis* c.p.c., comma 1, n. 5, seconda parte (tra cui l'azione di responsabilità promossa dalla società nei confronti dei suoi amministratori), controversie per le quali il tribunale giudica in composizione collegiale. L'art. 50 *bis* c.p.c., è stato poi modificato dalla L. n. 262 del 2005, art. 15 (Tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari).

4 – Un'opportuna precisazione.

È indispensabile precisare che tutto quanto finora affermato concerne la figura dell'amministratore societario nelle sue funzioni tipiche di gestione e rappresentanza dell'ente, ossia come soggetto che, immedesimandosi nella società, le consente di agire e raggiungere i propri fini imprenditoriali. Non è escluso, però, che s'instauri, tra la società e la persona fisica che la rappresenta e la gestisce, un autonomo, parallelo e diverso rapporto che assuma, secondo l'accertamento esclusivo del giudice del merito, le caratteristiche di un rapporto subordinato, parasubordinato o d'opera.

È il caso ben delineato dalla risalente Cass. n. 1796/96, la quale, affermata la compatibilità giuridica tra le funzioni del lavoratore dipendente e quelle di amministratore di una società, precisa che la sussistenza di un simile rapporto deve essere verificata in concreto; essendo indispensabile, da una parte, accertare l'oggettivo svolgimento di attività estranee alle funzioni inerenti al rapporto organico, dall'altra, la ricorrenza della subordinazione, sia pure nelle forme peculiari compatibili con la prestazione lavorativa dirigenziale. Nella specie, si trattava di un soggetto che originariamente era stato assunto dalla società con la qualifica di dirigente e, solo successivamente, era stato investito della carica di componente nel consiglio di amministrazione, da lui in alcune occasioni presieduto. Il menzionato precedente di legittimità ha così respinto il ricorso avverso la sentenza che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento del dirigente in assenza di prova, da parte della società, della cessazione del rapporto subordinato e della sua sostituzione con un rapporto diverso che attribuiva all'ex lavoratore il potere di assumere decisioni imprenditoriali travalicanti la sfera di attribuzioni di un dirigente, stante l'ammissibilità della coesistenza del rapporto di lavoro subordinato con le diverse e non interferenti funzioni amministrative.

5 – Conclusioni sulla vicenda in esame.

Come osservato in precedenza (soprattutto *sub* 3), la soluzione del quesito (limiti alla pignorabilità dei compensi dell'amministratore unico) ha preteso la soluzione del contrasto giurisprudenziale in tema di rapporto tra società ed amministratore.

Occorre precisare che, nella specie, il giudice dell'esecuzione, all'esito dell'espropriazione presso terzi intentata dalla Banca di Credito Cooperativo di Ostra e Morro d'Alba nei confronti del debitore e dei suoi debitori Korg Italy spa e Cassa di Risparmio di Loreto s.p.a., aveva assegnato alla Banca procedente l'intera somma accantonata dai terzi a titolo di emolumenti per l'attività, ritenuta di lavoro autonomo, svolta dal B. in qualità di amministratore unico della prima società e di componente del consiglio di amministrazione della seconda.

Come ha già notato l'ordinanza interlocutoria, la ricorrente banca non ha proposto alcuna doglianza specifica sulla piena equiparazione, ai fini della gravata decisione, dei compensi ed emolumenti spettanti all'amministratore unico della società per azioni (carica pacificamente ricoperta dal debitore in seno all'organizzazione della controricorrente Korg Italy spa) e di quelli spettanti allo stesso debitore quale semplice componente di un consiglio di amministrazione (carica altrettanto pacificamente ricoperta dal debitore in seno alla Cassa di Risparmio di Loreto). Tuttavia, le argomentazioni che precedono, rivolte alla figura dell'amministratore unico di società per azioni, a maggior ragione valgono per il componente del consiglio di amministrazione. Sicché, può essere enunciato il seguente principio:

L'amministratore unico o il consigliere d'amministrazione di una società per azioni sono legati da un rapporto di tipo societario che, in considerazione dell'immedesimazione organica che si verifica tra persona fisica ed ente e dell'assenza del requisito della coordinazione, non è compreso in quelli previsti dall'art. 409 c.p.c., n. 3. Ne deriva che i compensi spettanti ai predetti soggetti per le funzioni svolte in ambito societario sono pignorabili senza i limiti previsti dall'art. 545 c.p.c., comma 4.

Tornando alla fattispecie in esame, la sentenza impugnata ha, dunque, errato nell'affermare la limitata pignorabilità dei crediti in questione, sicché devono essere accolti i motivi terzo e quarto del ricorso e la sentenza deve essere cassata in relazione a questi stessi motivi.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c. Sicché, va respinta l'opposizione proposta *ex art.* 617 c.p.c., dal debitore Giovanni B.G.B. avverso l'ordinanza di assegnazione emessa dal giudice

dell'esecuzione del tribunale di Ancona in data 8 gennaio 2013 nella procedura esecutiva n. 9337/12 RGE, sezione distaccata di Osimo, e, per l'effetto va confermata la predetta ordinanza.

La complessità giuridica della questione e lo stesso mutamento giurisprudenziale consigliano l'intera compensazione tra le parti delle spese dei giudizi di merito e di quello di cassazione.

Nota 1. In senso conforme Cass., 28-10-2014, n. 22854; Cass., 9-4-2015, n. 7121. V. anche Cass., 4-12-2015, n. 24718, *Fa*, 2016, 555 ss., con nota di Trentini, e *RDPPr*, 2016, 1317 ss., con nota di Bertollini, secondo la quale l'incompatibilità del giudice delegato, che ha pronunciato il decreto di esecutività dello stato passivo, a far parte del collegio chiamato a decidere sulla conseguente opposizione, non determina una nullità deducibile in sede di impugnazione, in quanto tale incompatibilità – non escludendo la *potestas iudicandi* del predetto giudice, quale magistrato addetto al tribunale che dell'impugnazione stessa è il giudice naturale – può dar luogo soltanto all'esercizio del potere di ricsuzione, che la parte interessata ha l'onere di far valere, in caso di mancata astensione, nelle forme e nei termini di cui all'art. 52 c.p.c. Nonché Cass., 17-5-2013, n. 12115, la quale ha affermato che, in difetto di ricorso per la ricsuzione del giudice, ai sensi degli artt. 51, 1° co., n. 4, e 52 c.p.c., è inammissibile il successivo ricorso per cassazione con cui il debitore esecutato – nell'impugnare la sentenza emessa ai sensi dell'art. 617 c.p.c. – si dolga di un'asserita incompatibilità del giudice dell'esecuzione, in relazione al compimento di atti della procedura esecutiva anteriori rispetto alla decisione adottata sulla proposta opposizione agli atti esecutivi.

Nota 2. Sulla natura del rapporto che lega la società per azioni al suo amministratore v. Cass., S.U., 14-12-1994, n. 10680, secondo cui «la controversia nella quale l'amministratore di una società di capitali, o ente assimilato, chieda la condanna della società stessa al pagamento di una somma dovuta per effetto dell'attività di esercizio delle funzioni gestorie, è soggetta al rito del lavoro ai sensi dell'art. 409 n. 3, c.p.c., atteso che, se verso i terzi estranei all'organizzazione societaria è configurabile, tra amministratore e società, un rapporto di immedesimazione organica, all'interno dell'organizzazione sono ben configurabili rapporti di credito nascenti da un'attività, come quella resa dall'amministratore, continua, coordinata e prevalentemente personale, non rilevando in contrario il contenuto parzialmente imprenditoriale dell'attività gestoria e l'eventuale mancanza di una posizione di debolezza contrattuale dell'amministratore nei confronti della società».

In senso contrario v. peraltro le successive Cass., 26-2-2002, n. 2861, *FI*, 2003, I, 273 ss., secondo la quale «è legittima la clausola dell'atto costitutivo di società cooperativa che preveda la gratuità dell'incarico di amministratore, trattandosi di attività non equiparabile ad una prestazione di lavoro subordinato in senso stretto e non essendo perciò ad essa applicabile il principio costituzionale della retribuzione proporzionata e sufficiente»; Cass., 12-9-2008, n. 23557, la quale ha affermato che «il rapporto di immedesimazione organica fra l'amministratore ed una società di capitali esclude che le funzioni connesse alla carica siano riconducibili ad un rapporto di lavoro subordinato ovvero di collaborazione coordinata e continuativa; ne consegue che in caso di revoca senza giusta causa, per la liquidazione dei relativi danni, deve procedersi secondo i criteri generali di cui agli artt. 1223 e 2697 c.c., trattandosi di vicenda non equiparabile alla risoluzione di un contratto di lavoro subordinato»; Cass., 13-11-2012, n. 19714, secondo cui «il rapporto tra l'amministratore di una società di capitali e la società medesima va ricondotto nell'ambito di un rapporto professionale autonomo e, quindi, ad esso non si applica l'art. 36, 1° co., Cost., che riguarda il diritto alla retribuzione in senso tecnico, poiché il diverso diritto al compenso professionale

dell'amministratore, avendo natura disponibile, può essere oggetto di una dichiarazione unilaterale di disposizione da parte del suo titolare (nella specie, di rinuncia)».

In base ad altro, più recente indirizzo, il rapporto tra società per azioni e amministratori potrebbe essere ricompreso nell'ambito dei "rapporti societari" cui fa riferimento l'art. 3, 2° co., lett. a), d.lg. 168/2003. In tal senso v. Cass., 9-7-2015, n. 14369 (ord.), *Soc*, 2016, 596 ss., con nota di Farina, secondo cui «la formulazione del d.lgs. n. 168 del 2003, art. 3, comma 2, lett. a), là dove fa riferimento all'esistenza della competenza delle Sezioni Specializzate in materia di impresa sulle cause e i procedimenti relativi a rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, con l'ampio riferimento ai rapporti societari si presta tipicamente a ricomprendere, quale specie di questi, il rapporto fra l'amministratore e la società. Ne consegue che appartiene alla competenza della sezione specializzata in materia di impresa la controversia introdotta dagli amministratori riguardo alla deliberazione che li abbia revocati per giusta causa»; Cass., 17-10-2014, n. 22046, *Soc*, 2015, 815 ss., con nota di Fanti, la quale ha affermato che «i compiti che la società affida al suo amministratore riguardano la gestione stessa dell'impresa, costituita da un insieme variegato di atti materiali, negozi giuridici ed operazioni complesse, sicché, quand'anche taluni di questi atti ed operazioni possano compararsi all'attività di un prestatore d'opera, il rapporto che intercorre tra amministratore e società non può essere equiparato, in ragione del rapporto di immedesimazione organica tra essi esistente, a quello derivante dal contratto d'opera, intellettuale o non intellettuale. Ne consegue che, al fine della liquidazione del compenso all'amministratore non determinato dalle parti al momento della nomina, non è consentito alcun riferimento automatico alle tariffe dei dottori commercialisti».

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione III civ., 27 gennaio 2017, n. 2043

Vivaldi *Presidente* — De Stefano *Relatore* — De Renzis *P.M.* (concl. conf.); Banco Popolare Società Cooperativa — Edil Tetti S.r.l. e altri.

Esecuzione forzata — Espropriazione immobiliare — Pignoramento — Nei confronti di un trust — Conseguenze — Chiusura anticipata della procedura — Fondamento — Necessità che l'azione esecutiva sia condotta nei confronti del trustee.

Va disposta la chiusura anticipata di una procedura seguita al pignoramento di beni immobili effettuato nei confronti di un trust in persona del trustee, anziché nei confronti di quest'ultimo, visto che il trust non è un ente dotato di personalità giuridica, né di soggettività, ma un mero insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato e formalmente intestati al trustee, che rimane l'unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi non quale legale rappresentante, ma come colui che dispone del diritto (1).

Nota 1. In senso conforme Cass., 18-12-2015, n. 25478, *Trust*, 2016, 177, secondo cui «il trust non è un soggetto giuridico dotato di propria personalità; è unicamente il trustee la persona di riferimento nei rapporti con i terzi, non quale "legale rappresentante" di un inesistente soggetto distinto, ma come soggetto che dispone del diritto»; Cass., 20-2-2015, n. 3456, per la quale «il legale rappresentante di un'impresa costituita in un trust conserva la legittimazione al conferimento della procura speciale per la proposizione del ricorso per cassazione, atteso che il trust non è un ente dotato di personalità giuridica, ma un insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato e formalmente intestati al trustee, che è

l'unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi, ma non quale legale rappresentante, bensì come colui che dispone del diritto».

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione III civ., 28 febbraio 2017, n. 5037

Vivaldi *Presidente* — Barreca *Relatore* — Russo *P.M.* (concl. parz. conf.); D.P. — Unicredit S.p.A. e altri.

Esecuzione mobiliare presso il debitore e presso terzi — Accertamento dell'obbligo del terzo — Dichiarazione del terzo — Reticente o elusiva — Responsabilità aquiliana — Sussistenza.

Nell'espropriazione presso terzi, qualora la dichiarazione da questi resa, ai sensi dell'art. 547 c.p.c., risulti, in esito al successivo giudizio di accertamento contemplato dall'art. 549 c.p.c., reticente od elusiva, sì da favorire il debitore ed arrecare pregiudizio al creditore istante, a carico di detto terzo deve ritenersi configurabile non la responsabilità processuale aggravata di cui all'art. 96 c.p.c. (dato che egli, al momento di quella dichiarazione, non ha ancora la qualità di parte), ma, con riguardo al dovere di collaborazione nell'interesse della giustizia che al terzo incombe quale ausiliario del giudice, la responsabilità per illecito aquiliano, a norma dell'art. 2043 c.c., in relazione alla lesione del credito altrui per il ritardo nel conseguimento del suo soddisfacimento provocato con quel comportamento doloso o colposo (1).

Esecuzione mobiliare presso il debitore e presso terzi — Dichiarazione del terzo — Reticente o elusiva — Responsabilità aquiliana — Azionabilità della relativa pretesa risarcitoria in via autonoma — Ammissibilità — Mancata contestazione del comportamento del terzo nel giudizio ex art. 549 c.p.c. — Rilevanza ex art. 1227 c.c. — Sussistenza.

In tema di espropriazione presso terzi, il terzo pignorato, nel rendere la dichiarazione ex art. 547 c.p.c., deve fornire indicazioni complete e dettagliate dal punto di vista oggettivo, in modo da consentire l'identificazione dell'oggetto della prestazione dovuta al debitore esecutato, compresi il titolo ed il quantum del credito pignorato; invece, dal punto di vista soggettivo, è necessario e sufficiente che dichiari quali siano i rapporti intrattenuti soltanto col soggetto che nell'atto di pignoramento è indicato come debitore sottoposto ad esecuzione, atteso che l'ambito soggettivo della dichiarazione del terzo è delimitato dall'ampiezza della direzione soggettiva dell'atto di pignoramento, rivolto sia nei confronti del terzo pignorato che del debitore esecutato, in base al titolo esecutivo azionato (2).

Esecuzione mobiliare presso il debitore e presso terzi — Dichiarazione del terzo — Reticente o elusiva — Responsabilità aquiliana — Azionabilità della relativa pretesa risarcitoria in via autonoma — Ammissibilità — Mancata contestazione del comportamento del terzo nel giudizio ex art. 549 c.p.c. — Rilevanza ex art. 1227 c.c. — Sussistenza.

In tema di espropriazione presso terzi, l'instaurazione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo (oggi la contestazione della dichiarazione del terzo ai sensi dell'art. 549 c.p.c. come sostituito dalla l. n. 228 del 2012) non costituisce condizione di proponibilità della domanda risarcitoria da parte del creditore procedente che assuma di aver subito danni per la dichiarazione falsa o reticente resa dal terzo pignorato, potendo tutt'al più la mancata contestazione della dichiarazione di quest'ultimo rilevare come fatto colposo del creditore, la cui valutazione,

ai sensi dell'art. 1227, 1° o 2° co., c.c. costituisce oggetto di un accertamento di fatto demandato al giudice del merito (3).

Svolgimento del processo

1. Con la sentenza impugnata, pubblicata il 23 luglio 2015, la Corte di appello di Genova ha accolto gli appelli proposti da Unicredit S.p.A. e Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. nei confronti di D.P., in proprio e quale erede del padre Da.Pi., contro la sentenza del Tribunale di Massa che, accogliendo la domanda di risarcimento danni avanzata con distinte citazioni dalla Curatela fallimentare della ditta individuale (*OMISSIS*), tornata *in bonis* nel corso del giudizio, e D.P., in proprio e quale erede del padre Da.Pi., aveva condannato gli istituti di credito, in solido, a risarcire a D.P. per danno patrimoniale, quale successore del titolare della ditta individuale, fallita e poi tornata *in bonis*, la somma di Euro 16.438.461,34, oltre rivalutazione monetaria dal 19 ottobre 1999 alla data della sentenza e interessi legali sulla somma annualmente rivalutata, e spese legali.

Per quanto ancora qui rileva, va detto che la Corte d'appello ha escluso che sia proponibile autonoma azione di responsabilità, ai sensi dell'art. 2043 c.c., nei confronti del terzo pignorato (nel caso di specie, gli istituti di credito anzidetti) da parte del creditore procedente (nel caso di specie, la Curatela del fallimento della ditta individuale (*OMISSIS*), cui è succeduto D.P.), nonché da parte di altro danneggiato (lo stesso D.P., in proprio e quale erede del padre), poiché la responsabilità del terzo si dovrebbe fare valere nell'ambito del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, ai sensi dell'art. 96 c.p.c. Ha comunque ritenuto infondate le domande per diverse ragioni, di cui si dirà trattando dei motivi di ricorso. Ha perciò riformato la sentenza di primo grado, rigettando le originarie domande risarcitorie e condannando D.P. a restituire quanto già riscosso, sia personalmente che da parte del Fallimento (*OMISSIS*), da ciascuno dei due istituti di credito, oltre accessori, ed a pagare, in favore di questi, le spese processuali dei due gradi di giudizio.

2. Avverso la sentenza, D.P. propone ricorso con nove motivi, illustrati da memoria.

Unicredit S.p.A. e Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. si difendono con distinti controricorsi e memorie. La seconda propone ricorso incidentale condizionato, basato su due motivi.

Motivi della decisione

3. Carattere assorbente rispetto ai primi due motivi hanno i restanti, che vanno perciò trattati prima ed accomunando, in primo luogo, i motivi terzo, quarto e quinto e, quindi, i motivi sesto e settimo (gli uni e gli altri relativi alla posizione di D.P., quale successore del titolare della ditta individuale, quindi, processualmente, successore della Curatela del fallimento della ditta (*OMISSIS*)), nonché successivamente i motivi ottavo e nono (questi ultimi, in quanto relativi alla posizione di D.P., in proprio e quale erede del padre).

Pare opportuno premettere in sintesi le vicende processuali che hanno preceduto ed anche determinato il presente giudizio, nonché chiarire l'oggetto di quest'ultimo.

Il Fallimento era subentrato alla ditta individuale (*OMISSIS*) nel giudizio promosso da quest'ultima nei confronti del Ministry of Planning of Iraq, dinanzi al Tribunale di Massa, per inadempimento contrattuale (n. 1539/98 R.G.). In forza di ordinanza di pagamento emessa in questo giudizio, ai sensi dell'art. 186 *quater* c.p.c., in data 29 luglio 1999, per la somma di USD 10.000.000,00, oltre interessi legali dal 26 giugno 1990 al saldo (poi confermata con sentenza del Tribunale di Massa n. 800/2003, appellata ed infine passata in giudicato per la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione con sentenza del 25

gennaio 2010 n. 1285), la Curatela aveva promosso pignoramento presso terzi nei confronti del predetto debitore dinanzi al Tribunale di Roma. I rappresentanti degli istituti di credito terzi pignorati, Banca di Roma S.p.A. e B.N.L. S.p.A., avevano reso dichiarazioni negative, all'udienza dell'11 febbraio 2000, successivamente integrate, sempre con dichiarazioni negative, all'udienza del 17 marzo 2000. Il Fallimento aveva quindi promosso giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo dinanzi al Tribunale di Roma ed, instaurato il contraddittorio con la costituzione di entrambi gli istituti di credito, all'udienza del 2 luglio 2003 la causa era stata rimessa in decisione, dopo la precisazione delle conclusioni.

Nelle more di questo giudizio, e precisamente in data 15 luglio 2003, con atto a rogito Notaio Lucentini di Carrara racc. n. 11525 rep. n. 218104, il Fallimento aveva ceduto il credito vantato nei confronti del Ministry of Planning of Iraq alla società inglese Server Plus Ltd, per il corrispettivo di Euro 77.450,00.

Successivamente alla cessione, con sentenza depositata l'8 ottobre 2003 il Tribunale di Roma, definitivamente pronunciandosi nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo ex art. 548 c.p.c., aveva rigettato la domanda del Fallimento, dichiarando il difetto di legittimazione processuale della Curatela per mancanza di autorizzazione a stare in giudizio da parte del giudice delegato e condannando il Curatore, anche in proprio, al pagamento delle spese processuali.

Il Fallimento aveva impugnato la sentenza, così come il Curatore, in proprio, limitatamente al capo di condanna alle spese di lite. Dopo la chiusura del fallimento, il giudizio – già dichiarato interrotto – era stato riassunto da BNL e D.P. si era costituito, in qualità di erede del fallito. La Corte d'appello, con sentenza depositata il 19 luglio 2012, aveva dichiarato estinto il giudizio, a seguito della rinuncia di quest'ultimo e del curatore del fallimento, in proprio.

3.1.– Dopo che la società cessionaria Server Plus Ltd aveva agito esecutivamente per la riscossione del credito ceduto, mediante due pignoramenti presso terzi introdotti dinanzi al Tribunale di Massa (in forza di altra ordinanza ex art. 186 *quater*) e dinanzi al Tribunale di Roma (in forza della sentenza n. 800/2003, emessa nel giudizio n. 1539/98 in cui la società cessionaria si era costituita, succedendo al cedente), il Fallimento assumeva che in queste procedure sia Banca di Roma S.p.A. che B.N.L. S.p.A. – contraddicendo le dichiarazioni rese nel pignoramento presso terzi introdotto dal Fallimento – avrebbero reso dichiarazioni positive. Pertanto, il curatore fallimentare, dopo messa in mora stragiudiziale, autorizzato dal giudice delegato in data 28 aprile 2005, conveniva in giudizio, con atto di citazione del 28 maggio 2005, entrambi gli istituti di credito per sentirli condannare, ai sensi dell'art. 2043 c.c., a “corrispondere all'attore, a titolo di risarcimento del danno... *omissis*..., una somma pari alla differenza tra gli importi di spettanza irachena detenuti dai convenuti...*omissis*... e la somma di Euro 77.450,00 ricavata dalla cessione...*omissis*...”, nel presupposto che gli istituti di credito, già alla data delle dichiarazioni negative nel pignoramento presso terzi instaurato dal Fallimento, fossero in possesso di ingenti somme di spettanza dello Stato iracheno, che avrebbero consentito il soddisfacimento integrale del credito vantato dal Fallimento nei confronti del Ministry of Planning of Iraq.

Con separato atto di citazione in data 28 aprile 2005, D.P. in proprio, e nella qualità di unico erede legittimo di Da.Pi., deceduto il (*OMISSIS*), proponeva autonoma domanda di risarcimento danni nei confronti di Banca di Roma S.p.A. e di B.N.L. S.p.A., deducendo di essere stato pregiudicato dal comportamento tenuto dalle banche, non solo quale unico erede e successore del padre, titolare della ditta individuale dichiarata fallita dal Tribunale di Massa, ma anche in proprio, quale socio ed amministratore della Zeta s.r.l. (già P. e Da.

Pi. s.r.l.), nonché quale fideiussore, subendo danni di natura patrimoniale e non patrimoniale.

I due giudizi, poi riuniti, risultano quindi instaurati per illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c., con addebito di responsabilità agli istituti di credito per avere reso dichiarazioni non corrispondenti al vero nel processo esecutivo per pignoramento presso terzi, iniziato dal Fallimento della ditta individuale (*OMISSIS*) per riscuotere un credito di USD 10.000.000,00 ed accessori nei confronti del Ministry of Planning of Iraq, e per aver mantenuto le stesse dichiarazioni negative nel successivo giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, conclusosi con sentenza dichiarativa dell'estinzione.

4.- La prima ragione di rigetto nel merito delle domande risarcitorie, ritenuta dalla Corte d'appello, consiste nell'interruzione del nesso di causalità tra le condotte illecite ascritte alle banche ed i danni lamentati, dovuta, secondo il giudice del gravame, alla condotta extraprocessuale e processuale tenuta dal Fallimento, cedendo il credito per un prezzo irrisorio (con una "sproporzione oggettiva tra il valore del credito e il corrispettivo della cessione... tale da rilevare sotto il profilo della interruzione del nesso di causalità tra il fatto illecito delle banche, se vi fosse stato, e il danno", secondo quanto si legge in sentenza), senza attendere l'esito del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, e non coltivando adeguatamente questo giudizio.

4.1.- Contro questa ragione della decisione sono rivolti i motivi terzo, quarto e quinto, da trattarsi perciò unitariamente.

Col terzo motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, degli artt. 99 e 112 c.p.c."

Il ricorrente sostiene che la Corte d'appello ha individuato il danno sofferto dal Fallimento nell'"impossibilità di aggredire in quella sede esecutiva il credito accertato dal debitore esecutato verso il terzo" ovvero nella perdita della possibilità di concludere positivamente la procedura esecutiva, mentre il danno lamentato dal Fallimento sarebbe consistito nell'essere stato indotto a cedere il credito ad un prezzo irrisorio (o, meglio, successivamente rivelatosi irrisorio), anche in conseguenza del comportamento delle banche che avevano fatto credere che si trattasse di un credito inesigibile. Quindi vi sarebbe stata un'erronea interpretazione della domanda, che avrebbe condotto la Corte di merito ad equivocare anche sui termini di riferimento dell'art. 1227 c.c., comma 1, in quanto per escludere il nesso di causalità avrebbe dovuto individuare un comportamento (colposo) tenuto dallo stesso Fallimento, di per sé idoneo, a prescindere dalla condotta illecita delle banche, a generare l'errore che indusse alla cessione del credito.

4.2.- Col quarto motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, dell'art. 1227 c.c., comma 1, in relazione all'art. 1223 c.c. e artt. 40 e 41 c.p."

Il ricorrente, premesso che l'art. 1227 c.c., comma 1, richiede il previo accertamento di un comportamento del danneggiato che abbia provocato od abbia concorso a provocare il danno, sostiene che la Corte d'appello avrebbe errato nell'individuare questo comportamento nella cessione del credito alla Server Plus, in quanto se la cessione del credito, come detto col terzo motivo, "è il danno, non può essere anche l'evento esterno che ha concorso a provocarlo". Escluso perciò, secondo il ricorrente, che questo evento esterno possa essere consistito nella cessione del credito, nemmeno si sarebbe potuta individuare come causa del danno l'estinzione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, che, dopo la cessione, il Fallimento non aveva più né legittimazione né interesse a coltivare.

4.3.- Col quinto motivo si denuncia "omesso esame di fatti decisivi, oggetto di discussione tra le parti, ex art. 360 c.p.c., n. 5".

Il ricorrente critica l'affermazione della Corte d'appello secondo cui il Fallimento non avrebbe dovuto considerare sufficienti le dichiarazioni negative degli istituti di credito "per cedere a prezzo vile un credito plurimilionario nei confronti di uno Stato sovrano" (come detto in sentenza). Sostiene che il giudice non avrebbe tenuto conto di tre circostanze – a) il Fallimento, all'epoca della cessione, non era a conoscenza che presso le banche vi fossero depositate somme riconducibili allo Stato debitore; b) il fatto notorio che nel gennaio 2003 era scoppiata la seconda guerra irachena; c) il Tribunale di Massa, nella sentenza con la quale aveva rigettato l'opposizione alla dichiarazione di fallimento nel 2003, aveva affermato che il credito difficilmente avrebbe potuto essere incassato – che, se considerate, avrebbero consentito di escludere ogni addebito di concorrente responsabilità per la produzione del danno, in capo al Fallimento.

5.– I primi due motivi in esame sono infondati; il terzo è inammissibile.

Prendendo le mosse da quest'ultimo, logicamente preliminare (essendo l'accertamento dei fatti sempre presupposto rispetto alle conseguenze giuridiche che da essi si intendono trarre), va rilevato che la norma applicabile è l'art. 360 c.p.c., n. 5 come modificato dal D.L. n. 83 del 2012, art. 54, comma 1, lett. b), convertito nella L. n. 134 del 2012. Pertanto, sarebbe stato onere del ricorrente, per l'ammissibilità del motivo, non solo dimostrare di avere dedotto in sede di merito i fatti di cui sopra (deduzioni cui, in effetti, si riferiscono le note in calce al quinto motivo), ma anche indicare come e quando questi fatti (in particolare, il secondo ed il terzo) sarebbero stati fatti oggetto di discussione tra le parti (cfr. Cass. S.U. n. 8053/14 e Cass. n. 19881/14), soprattutto in presenza di una decisione di primo grado che – come notano le resistenti – pur favorevole al ricorrente, di detti fatti non si era espressamente occupata.

Anche a prescindere da questo profilo di inammissibilità, l'altro profilo che induce alla stessa conclusione è che nessuna delle tre circostanze poste a fondamento del motivo appare decisiva, tenuto conto della motivazione che il giudice di merito ha reso, valutando la situazione di fatto in cui maturò la decisione del Fallimento di cedere il credito ad un prezzo più che irrisorio (per come evidenziato nel passaggio di motivazione sopra trascritto). Orbene, la prima – sia quanto alla falsità delle dichiarazioni delle banche, sia quanto al momento in cui la Curatela ebbe conoscenza dell'esistenza di fondi "riconducibili" allo Stato iracheno – è circostanza, a sua volta, oggetto di accertamento giudiziale, per come si dirà trattando degli altri motivi, quindi non è un fatto storico certo e, men che meno, decisivo, del quale sarebbe stato omesso l'esame; la seconda – quanto alla guerra del Golfo – è circostanza che la Corte d'appello mostra comunque di aver superato, laddove ha affermato che si trattava di credito plurimilionario vantato verso uno Stato sovrano, la cui esigibilità ha ritenuto non compromessa per il conflitto in atto, con valutazione di merito che non risulta validamente censurata mediante la mera affermazione del contrario da parte del ricorrente; la terza è in sé del tutto insignificante, comunque non di fatto storico si tratta, ma, a sua volta, di un argomento valutativo contenuto in una sentenza ed espresso a tutt'altri fini ed in ben altro contesto giurisdizionale.

5.1.– All'inammissibilità del quinto motivo, consegue l'infondatezza del terzo e del quarto.

Per superare i suggestivi argomenti retorici che ne sono a fondamento, è sufficiente osservare che la Corte d'appello ha ritenuto che la cessione del credito a prezzo irrisorio non fosse stata determinata, nemmeno in parte, dal comportamento tenuto dalle banche nel procedimento di pignoramento presso terzi, ma fosse essa stessa il fatto del creditore che ha cagionato il danno, talmente tanto "colposo", cioè arbitrario ed imprudente, da doversi ritenere del tutto svincolato da quel comportamento (e – parrebbe – ascrivibile ad un ben

più articolato piano criminoso, che ha coinvolto gli organi fallimentari, sul cui ruolo il giudice correttamente non si è soffermato, essendo irrilevante in sede civile – pur avendo fatto cenno alle “tormentate vicende della gestione fallimentare e della cessione alla Server Plus del credito in particolare, con succedersi di curatori e un primo provvedimento di rigetto della autorizzazione alla cessione”: cfr. pag. 19 della sentenza). Il danno del quale è stato chiesto il risarcimento è causato dal corrispettivo della cessione, non certo dalla cessione in sé, come sostiene il ricorrente. Su quel corrispettivo il giudice ha concentrato la propria attenzione, apprezzando il dato inequivoco della manifesta sproporzione, in difetto, rispetto al valore del credito; nonché l’ulteriore dato che esso venne concordato quando ancora non era definito il giudizio di accertamento dell’obbligo del terzo, colpevolmente trascurato dal Fallimento.

In diritto, non vi è alcuna violazione delle norme sull’interpretazione della domanda (terzo motivo), poiché il giudice bene ha considerato il danno del quale il Fallimento ha chiesto il risarcimento, costituito dalla differenza tra il valore del credito che avrebbe potuto realizzare esigendone (anche coattivamente) il pagamento dal proprio debitore ed il prezzo della cessione.

Nemmeno, in diritto, vi è violazione delle norme sul nesso di causalità e sul concorso del fatto colposo del creditore (terzo e quarto motivo), poiché il giudice bene ha individuato il fatto colposo del Fallimento (consistito, come detto, nella scelta, gravemente colposa, se non altro, del prezzo vile e del momento della cessione; pur senza considerare il dato – chiarificatore dell’intera vicenda – della riconducibilità al D. della società cessionaria Server Plus Ltd – ritenuta in una sentenza penale di primo grado – alla quale la sentenza qui impugnata fa cenno e sulla quale si intrattengono le resistenti); ed al fatto del Fallimento il giudice ha attribuito efficacia causale esclusiva, e non concorrente, in ordine alla produzione di detto danno.

La Corte d’appello ha cioè ritenuto che questo fosse ascrivibile esclusivamente all’operato degli organi fallimentari, non determinato dalla condotta delle banche. Questa valutazione in fatto non è censurabile per le ragioni dette trattando del sesto motivo.

I motivi terzo e quarto vanno perciò rigettati.

6.– La seconda ragione di rigetto nel merito delle domande risarcitorie, ritenuta dalla Corte d’appello, consiste nell’esclusione di qualsivoglia condotta colposa o dolosa ascrivibile alle banche nel rendere le dichiarazioni di terzo ai sensi dell’art. 547 c.p.c. Secondo il giudice del gravame, il terzo pignorato è chiamato a rispondere con veridicità circa il proprio debito, ed in ciò soltanto consisterebbe il suo obbligo di informazione, ma, “in quanto soggetto portatore di propri interessi”, non sarebbe tenuto a prestare collaborazioni ulteriori, con la conseguenza – nel caso di specie – che le banche sarebbero state tenute a fornire indicazioni così come fecero – soltanto in riferimento al Ministry of Planning of Iraq, unico soggetto indicato come debitore nel pignoramento, nonché in riferimento “all’Ambasciata dell’Iraq, organo di rappresentanza di ogni articolazione statale” (secondo quanto si legge in sentenza), ma non in riferimento ad altri soggetti, enti o persone riconducibili allo Stato iracheno (e ciò, a prescindere dalla fondatezza o meno della tesi dell’immedesimazione organica e dall’ambito di estensione di essa, sostenuta dall’appellato).

6.1.– Contro questa ragione della decisione sono rivolti i motivi sesto e settimo, da trattarsi perciò unitariamente.

Col sesto motivo si denuncia “violazione e falsa applicazione – *ex* art. 360 c.p.c., n. 3 – dell’art. 547 c.p.c. in relazione all’art. 88 c.p.c., ed agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.; nullità della sentenza, *ex* art. 360 c.p.c., n. 4, per manifesta contraddittorietà della motivazione; omesso esame, *ex* art. 360 c.p.c., n. 5, di un fatto decisivo”.

Il ricorrente sostiene che, a prescindere dalla ricostruzione sistematica del ruolo del *debitor debitoris*, è indubbio che la sua dichiarazione ha la funzione di creare il vincolo del pignoramento sull'oggetto che va perciò adeguatamente individuato dal dichiarante, dovendo il terzo mettere a disposizione della giustizia le sue conoscenze affinché si realizzi il fine del procedimento (come affermato – osserva il ricorrente – dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 9407/1987). Quindi il giudice d'appello, ritenendo diversamente, avrebbe violato l'art. 547 c.p.c. e le altre norme indicate in rubrica; inoltre, sarebbe incorso in vizio di motivazione perché non avrebbe considerato che, malgrado fossero state invitate dal g.e. ad integrare le dichiarazioni con riferimento a conti intestati “o riconducibili al debitore”, le banche insistettero nelle loro dichiarazioni negative, così dimostrando *per tabulas* come queste fossero state volutamente elusive o reticenti.

6.2.– Col settimo motivo si denuncia “omesso esame di ulteriori fatti decisivi, ex art. 360 c.p.c., n. 5, in relazione all'art. 547 c.p.c. e art. 2043 c.c.”.

Il ricorrente sostiene che la Corte d'appello non avrebbe esaminato i seguenti fatti: a) le banche, alla data del pignoramento, avrebbero avuto dei fondi “formalmente riconducibili al Ministry of Planning” per un importo complessivo che da solo avrebbe consentito di estinguere una parte rilevante del credito; b) vi sarebbero stati inoltre ulteriori conti intestati ad una serie di altri enti statali (Central Bank of Iraq, Rasheed Bank, Rafidain Bank ed altri Ministeri), tra cui anche l'Ambasciata della Repubblica dell'Iraq e l'Ufficio Addetto Commerciale dell'Ambasciata.

7.– I motivi in esame non meritano di essere accolti.

È corretta in diritto la decisione del giudice di merito poiché va affermato che il terzo pignorato, chiamato a rendere la dichiarazione, ai sensi dell'art. 547 c.p.c., deve fornire indicazioni complete e dettagliate dal punto di vista oggettivo, in modo da consentire l'identificazione dell'oggetto della prestazione dovuta al debitore esecutato, compresi il titolo ed il *quantum* del credito pignorato; invece, dal punto di vista soggettivo, è necessario e sufficiente che dichiarati quali siano i rapporti intrattenuti soltanto col soggetto che nell'atto di pignoramento è indicato come debitore sottoposto ad esecuzione.

Non è affatto richiesto dal disposto dell'art. 547 c.p.c., né dall'interpretazione data alla norma dalla giurisprudenza di questa Corte, che il terzo estenda il proprio dovere di collaborazione fino al punto di dover verificare e dichiarare rapporti intrattenuti con soggetti diversi dal debitore esecutato, anche se questi rapporti siano o possano essere ricondotti, dal punto di vista economico, alla sfera patrimoniale del medesimo debitore esecutato.

In particolare, l'ambito soggettivo della dichiarazione del terzo ai sensi dell'art. 547 c.p.c. è delimitato dall'ampiezza della direzione soggettiva dell'atto di pignoramento, quale atto rivolto sia nei confronti del terzo pignorato che del debitore esecutato, in base al titolo esecutivo azionato.

Qualora questo sia stato emesso nei confronti di un organo di un'amministrazione statale dotato di autonomia patrimoniale o contabile e l'atto di pignoramento indichi quest'ultimo quale debitore esecutato, il terzo pignorato dovrà riferire soltanto dei rapporti intrattenuti con questo debitore.

Questa regola – indiscussa per gli organi dello Stato – apparato nazionale (non essendo mai stata nemmeno prospettata l'eventualità che, debitore esecutato essendo un Ministero del Governo italiano, il terzo pignorato debba o possa riferire la propria dichiarazione a tutti i rapporti intrattenuti con la Presidenza del Consiglio o con gli altri Ministeri o addirittura con tutti o parte di altri organi dello Stato – apparato) – non soffre eccezioni quando sia esecutato un organo dell'apparato statale di uno Stato estero.

Qualora poi si voglia sostenere che questo sia, secondo l'ordinamento interno di quel Paese, privo di autonomia patrimoniale o contabile ovvero, per le più diverse ragioni o rapporti (compresa, eventualmente, la rappresentanza volontaria o legale), si avvalga di altri organi, o soggetti, per intrattenere rapporti giuridici di carattere patrimoniale e/o per adempiere alle proprie obbligazioni, occorrerà verificare se, anche tenuto conto della direzione soggettiva del titolo esecutivo, questi organi o soggetti debbano o possano subire l'esecuzione per il credito vantato nei confronti del primo.

Di siffatta situazione tuttavia si dovrà fare carico il creditore procedente, dandone atto nel pignoramento e rivolgendo perciò l'azione esecutiva nei confronti di chi assuma debba rispondere col proprio patrimonio del debito (proprio od altrui).

Tutto quanto fin qui detto non ha nulla a che vedere con gli interessi di cui sono portatori i terzi pignorati: su questo l'affermazione del giudice non è corretta, ma è del tutto priva della valenza decisoria che ad essa (strumentalmente) attribuisce il ricorrente.

Così come non è corretto il riferimento fatto in sentenza all'Ambasciata dello Stato estero, ed ai poteri rappresentativi che sono riconosciuti ai diplomatici, in quanto questi vanno tenuti distinti dai profili di responsabilità patrimoniale sopra evidenziati.

L'unica questione di diritto rilevante è quella dell'individuazione dei soggetti e dell'oggetto dell'azione esecutiva per espropriazione presso terzi, quali delineati dall'art. 543 c.p.c., a cui non può non corrispondere l'ambito, soggettivo ed oggettivo, della dichiarazione del terzo, quale delineato dall'art. 547 c.p.c. Gli obblighi di collaborazione del terzo pignorato sottolineati, in diverse occasioni, da questa Corte attengono – come bene notano il giudice *a quo* e le parti qui resistenti – all'individuazione dell'oggetto del pignoramento: ciò in correlazione con l'art. 543 c.p.c., comma 2, n. 2 che – con norma rimasta immutata anche dopo le ripetute modifiche dello stesso articolo e degli altri successivi, con le leggi che si sono succedute nel periodo 2012/2014 – consente che l'atto di pignoramento contenga l'indicazione delle cose o delle somme dovute “almeno generiche”, nella prospettiva appunto che la specificazione di queste si abbia a seguito della dichiarazione del terzo pignorato.

Invece, nessuna genericità è consentita nell'individuazione del soggetto debitore, che spetta esclusivamente al creditore procedente, il quale lo identifica e lo cita a comparire ai sensi dello stesso art. 543 c.p.c., comma 2, n. 4: soltanto rispetto a quest'ultimo soggetto va resa la dichiarazione da parte del terzo, né è giuridicamente corretto gravare il terzo pignorato di oneri di specificazione o di integrazione.

Il sesto motivo di ricorso è perciò infondato, e va rigettato, quanto al dedotto vizio di violazione di legge.

Esso è inammissibile quanto al dedotto vizio di motivazione, poiché del tutto irrilevante è il fatto – la richiesta di dichiarazioni integrative rivolta dal g.e. ai terzi pignorati – del quale si denuncia l'omesso esame.

7.1.– L'unico fatto rilevante ai fini dell'affermazione di responsabilità delle banche sarebbe potuta essere la presenza di somme dovute dagli istituti di credito al debitore esecutato, Ministry of Planning of Iraq, così identificato quale parte del rapporto bancario. Infatti, è dato incontestato – risultante peraltro dalle trascrizioni dell'atto di pignoramento contenute in sentenza e nei controricorsi – che siano state pignorate “tutte le somme dovute dal Ministry of Planning of Iraq alla Ditta (OMISSIS) e per essa alla Curatela del fallimento omonimo fino alla concorrenza di Lire 32.043.453.124, somme a qualsiasi titolo dovute al Ministry of Planning of Iraq e comunque presenti il giorno del pignoramento su tutti i conti correnti, titoli o valori intestati al Ministry of Iraq”; il pignoramento, pertanto, non venne esteso ad alcun altro soggetto che non fosse quest'ultimo.

Orbene, non si evince affatto dalla sentenza che sia stato accertato che – come si sostiene col settimo mezzo – presso i due istituti di credito, all'epoca delle dichiarazioni rese nel procedimento esecutivo, vi fossero conti o depositi o altri rapporti di credito intestati proprio al Ministry of Planning of Iraq.

Il ricorrente sostiene che questa circostanza fosse vera (verità decisamente e ripetutamente esclusa dalle resistenti, che continuano a sostenere che non vi fosse alcun conto o rapporto all'epoca intestato al detto debitore) e che risulterebbe provata dagli atti allegati al ricorso con le lettere M, per Banca di Roma, ed N, per BNL, già prodotti nel primo grado di giudizio (cfr. pagg. 41-42 del ricorso *sub a*).

Orbene, dallo stesso ricorso risulta che gli atti di cui sopra vennero fatti oggetto di esame in sede di merito, tanto che venne disposta anche consulenza tecnica d'ufficio volta a verificare se effettivamente, all'epoca delle dichiarazioni rese nel 2000 nel pignoramento presso terzi, vi fossero conti o titoli o rapporti intestati direttamente al Ministero della Pianificazione iracheno e che questa consulenza concluse escludendo la circostanza sia per Banca di Roma (oggi Unicredit) che per BNL, come sottolineano entrambe le resistenti e come emerge dalle conclusioni della CTU riportate e richiamate in ricorso.

L'inammissibilità del motivo, quanto al primo profilo (*sub a*), allora consegue alla mancata specifica contestazione, da parte del ricorrente, di queste conclusioni ed alla mancata indicazione di elementi, trascurati dal giudice di merito, che sarebbero stati idonei a smentirle. A ciò si aggiunga che, tenuto conto di tutto quanto denunciato col mezzo in esame *sub a*), la censura attiene non tanto all'omesso esame di fatti decisivi, così come richiesto dall'art. 360 c.p.c., bensì all'insufficienza della motivazione in merito a singole risultanze documentali; insufficienza motivazionale, che non è più deducibile come vizio di motivazione (cfr., tra le altre, Cass. S.U. n. 8053/14).

Quanto al secondo profilo del mezzo in esame (*sub b*), l'inammissibilità consegue alla mancanza di decisività della circostanza che presso gli istituti di credito vi fossero conti o depositi o altri rapporti di credito intestati a soggetti iracheni diversi dal Ministry of Planning of Iraq – del tutto irrilevanti a fini esecutivi, per quanto detto sulla violazione di legge denunciata col sesto motivo. Salvo a precisare che, per come risulta dai documenti richiamati e trascritti nei controricorsi, a questi altri soggetti, oltre che al Ministero della Pianificazione, venne indirizzato il secondo dei pignoramenti notificati da Server Plus Ltd (la quale, però, si era frattanto procurata un nuovo titolo esecutivo, cioè la sentenza n. 800/03, emessa nei confronti, non solo del Ministero, ma anche di diversi organi ed enti iracheni, peraltro mai convenuti nel giudizio n. 1539/98), sicché si giustifica che le dichiarazioni *ex art.* 547 c.p.c. dovessero riguardare debitori eseguiti diversi dal Ministero.

In conclusione, il settimo motivo è inammissibile.

8.– Con l'ottavo motivo si denuncia “nullità della sentenza, *ex art.* 360 c.p.c., n. 4, in relazione all'art. 112 c.p.c. per omessa pronuncia nell'appello incidentale proposto dal ricorrente”.

Il motivo è infondato, in base al principio di diritto per il quale il vizio di omessa pronuncia da parte del giudice d'appello è configurabile allorché manchi completamente l'esame di una censura mossa al giudice di primo grado; tale violazione non ricorre nel caso in cui il giudice d'appello fondi la decisione su una costruzione logico-giuridica incompatibile con la domanda (così, tra le altre, Cass. n. 16254/12 e n. 452/15) ovvero quando questa, pur mancando specifiche argomentazioni, risulti implicitamente o esplicitamente assorbita in altre statuizioni della sentenza (cfr., tra le più recenti, Cass. n. 1360/16).

Questa situazione processuale si è avuta nel caso di specie, dal momento che il giudice d'appello, pur non prendendo espressamente in esame l'appello incidentale del D., ha ri-

gettato le “domande attoree” ed ha dichiarato assorbite da questo rigetto “tutte le altre questioni”: ciò, che dimostra, per un verso, che la Corte di merito non si è riferita soltanto alla domanda risarcitoria del Fallimento; per altro verso, che le ragioni del rigetto di questa domanda, comunque, sono state reputate idonee a sostenere, logicamente e giuridicamente, anche il rigetto delle domande risarcitorie del D., in proprio e quale erede del padre, risultate perciò assorbite. In effetti dette ragioni sorreggono adeguatamente anche questo rigetto, poiché attengono all'unica condotta dolosa o colposa ascritta alle banche ed alla sua efficienza causale, pur a fronte della pluralità dei danni, diretti o indiretti, che si assumono prodotti dalle dichiarazioni asseritamente non veritiere. Totalmente fuorviante, in proposito, è l'affermazione della difesa del D., in proprio, secondo cui non sarebbe stato accertato in alcun modo un fatto colposo imputabile direttamente al D., ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. (ribadita anche nella memoria *ex art.* 378 c.p.c.): si trascura la posizione di danneggiato indiretto del ricorrente, in proprio; i danni che egli avrebbe subito dal fatto colposo del Fallimento, consistito nella rovinosa cessione del credito, non gli possono certo essere risarciti dalle banche, la cui condotta è stata giudicata non colpevole e priva di efficienza causale.

L'ottavo motivo va perciò rigettato.

9.- Col nono motivo si denuncia, in via subordinata “violazione o falsa applicazione, *ex art.* 360 c.p.c., nn. 3 e 4, degli artt. 96 e 2043 c.p.c.”, riproponendo, rispetto alla posizione di D.P., in proprio e quale erede del padre, la censura di cui al primo ed al secondo motivo. Vi si aggiunge che l'affermazione della Corte d'appello, circa il fatto che l'azione di responsabilità delle banche avrebbe dovuto essere avanzata nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, non potrebbe mai valere per il ricorrente, in quanto non era costituito né era parte di questo giudizio.

9.1.- Col primo motivo del ricorso si denuncia infatti “violazione e falsa applicazione, *ex art.* 360 c.p.c., n. 3, dell'art. 96 c.p.c. e art. 2043 c.c., in relazione agli artt. 547, 548 e 549 c.p.c. (nel testo anteriore alla L. n. 228 del 2012)”.

Si critica la sentenza nella parte in cui ha disatteso sia il principio di diritto che la motivazione della sentenza a Sezioni Unite di questa Corte n. 9407/87 e se ne invoca, per contro, l'applicazione al caso di specie, smentendo l'assunto della Corte genovese secondo cui sarebbe stata superata dalla giurisprudenza di legittimità successiva.

9.2.- Col secondo motivo si denuncia “(in via subordinata): violazione o falsa applicazione, *ex art.* 360 c.p.c., n. 3, dell'art. 96 c.p.c.; omesso esame di fatti decisivi, *ex art.* 360 c.p.c., n. 5, in relazione all'art. 96 c.p.c. e art. 2043 c.c., anche alla luce di un'interpretazione conforme all'art. 24 Cost., art. 8 Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo e del Cittadino e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e oggi del Trattato di Costituzione europea”.

Si lamenta che la Corte d'appello non avrebbe considerato due circostanze fondamentali anche al fine di escludere, in concreto, la dichiarata improponibilità della domanda risarcitoria separatamente dal giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo. Si tratta di fatti storici che avrebbero dimostrato che soltanto dopo la chiusura di questo giudizio il Fallimento avrebbe appreso della (asserita) falsità delle dichiarazioni rese dagli istituti di credito terzi pignorati e comunque soltanto dopo la precisazione delle conclusioni in detto giudizio si sarebbe determinato il danno costituito dalla cessione del credito. Perciò, conclude il ricorrente, anche se l'art. 96 c.p.c. fosse stato astrattamente applicabile, la domanda risarcitoria non avrebbe potuto essere proposta, in concreto, in quel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, nemmeno in grado di appello.

10.– Tutti e tre i motivi appena enunciati sono inammissibili in base al principio di diritto per il quale “Quando una decisione di merito, impugnata in sede di legittimità, si fonda su distinte ed autonome *rationes decidendi* ognuna delle quali sufficiente, da sola, a sorreggerla, perché possa giungersi alla cassazione della stessa è indispensabile, da un lato, che il soccombente censuri tutte le riferite *rationes*, dall’altro che tali censure risultino tutte fondate. Ne consegue che, rigettato (o dichiarato inammissibile) il motivo che investe una delle riferite argomentazioni, a sostegno della sentenza impugnata, sono inammissibili, per difetto di interesse, i restanti motivi, atteso che anche se questi ultimi dovessero risultare fondati, non per questo potrebbe mai giungersi alla cassazione della sentenza impugnata, che rimarrebbe pur sempre ferma sulla base della *ratio* ritenuta corretta” (così, tra le varie, Cass. n. 12372/06).

Poiché, come detto sopra, le ragioni della decisione di rigetto sono corrette in riferimento sia alla mancanza di una condotta colpevole ascrivibile alle banche sia all’interruzione (*rectius*, mancanza) del nesso di causalità tra fatto e danni, l’impugnazione della ragione della decisione di improponibilità della domanda è inammissibile per carenza di interesse.

11.– La particolare importanza della questione di diritto posta dai motivi appena dichiarati inammissibili induce tuttavia a ribadire, d’ufficio, ai sensi dell’art. 363 c.p.c., comma 3, il principio di diritto espresso da questa Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 9407/87, per cui “Nell’espropriazione presso terzo, qualora la dichiarazione da questi resa, ai sensi dell’art. 547 c.p.c., risulti, in esito al successivo giudizio di accertamento contemplato dall’art. 549 c.p.c., reticente od elusiva, si da favorire il debitore ed arrecare pregiudizio al creditore istante, a carico di detto terzo deve ritenersi configurabile non la responsabilità processuale aggravata di cui all’art. 96 c.p.c. (dato che egli, al momento di quella dichiarazione, non ha ancora la qualità di parte), ma con riguardo al dovere di collaborazione nell’interesse della giustizia, che al terzo incombe quale ausiliario del giudice, la responsabilità per illecito aquiliano, a norma dell’art. 2043 c.c., in relazione alla lesione del credito altrui per il ritardo nel conseguimento del suo soddisfacimento provocato con quel comportamento doloso o colposo” (cfr. nello stesso senso anche Cass. n. 9888/95 ed altre successive).

Il principio è perfettamente compatibile, non solo con la mancanza della qualità di parte in capo al terzo pignorato nel processo esecutivo, ma anche con l’assunzione di tale qualità del terzo nel giudizio di accertamento dell’obbligo del terzo, ai sensi del testo originario degli artt. 548 e 549 c.p.c. La sentenza conclusiva di questo giudizio, infatti, pur dando luogo a giudicato sull’esistenza e sull’entità del credito nei rapporti tra il debitore esecutato ed il suo debitore, tuttavia non determina(va) alcun giudicato di tipo sostanziale nei rapporti tra quest’ultimo, terzo pignorato, ed il creditore procedente, riguardando soltanto l’accertamento e l’individuazione dell’oggetto del pignoramento e quindi dell’assegnazione, con effetti esclusivamente endoesecutivi (cfr. Cass. S.U. n. 25037/08, secondo cui il giudizio di accertamento dell’obbligo del terzo previsto dall’art. 548 c.p.c. (vecchio testo) “... si conclude con una sentenza dal duplice contenuto di accertamento: l’uno, idoneo ad acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale tra le parti del rapporto, avente ad oggetto il credito del debitore esecutato (che, pertanto, è litisconsorte necessario) nei confronti del terzo pignorato; l’altro, di rilevanza meramente processuale, attinente all’assoggettabilità del credito pignorato all’espropriazione forzata, efficace nei rapporti tra creditore procedente e terzo *debitor debitoris* e come tale rilevante ai soli fini dell’esecuzione in corso, secondo la forma dell’accertamento incidentale *ex lege*”).

Si tratta di una conclusione che – come si nota anche in ricorso – ha trovato oramai definitivo riscontro normativo nel testo dell’art. 549 c.p.c. che, quale risulta dopo le modifi-

che apportate dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, prevede che sulle contestazioni della dichiarazione del terzo provvede il giudice dell'esecuzione con ordinanza che "produce effetti ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione" (cioè dell'esecuzione contro il terzo pignorato).

La peculiare posizione del terzo pignorato, quale collaboratore, od ausiliario, del giudice dell'esecuzione, e parte di un rapporto sostanziale esistente col proprio creditore, non anche col creditore precedente, comporta, non solo che la sua responsabilità per avere reso una dichiarazione *ex art. 547 c.p.c.*, che si assume falsa o reticente, si configuri come illecito aquiliano, a norma dell'art. 2043 c.c., e non come responsabilità processuale aggravata da far valere ai sensi dell'art. 96 c.p.c. nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, ma anche che l'instaurazione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo (oggi la contestazione della dichiarazione del terzo ai sensi dell'art. 549 c.p.c. come sostituito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228) non costituisce condizione di proponibilità della domanda risarcitoria, potendo tutt'al più la mancata contestazione della dichiarazione del terzo rilevare come fatto colposo del creditore, la cui valutazione ai sensi dell'art. 1227 c.c., comma 1 o comma 2, costituisce oggetto di un accertamento di fatto demandato al giudice di merito.

Ne consegue che l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. da parte del creditore precedente che assuma di avere subito danni per la dichiarazione falsa o reticente resa dal terzo pignorato nel processo di espropriazione presso terzi può essere esperita con giudizio autonomo e distinto da questo processo.

Queste precisazioni ed il principio di diritto sopra ribadito nell'interesse della legge non incidono sul giudizio di inammissibilità dei corrispondenti motivi, che, tenuto conto dell'inammissibilità o dell'infondatezza degli altri, comporta il rigetto del ricorso.

Resta assorbito il ricorso incidentale condizionato proposto da Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. Le spese del giudizio di cassazione seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*, si dà atto che sussistono i presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

Nota 1. Esattamente in termini Cass., S.U., 18-12-1987, n. 9407, *FI*, 1988, I, 2321.

Nota 2. *Contra*, nel senso che, nel rendere la dichiarazione di quantità *ex art. 547 c.p.c.* (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 228 del 2012), il terzo non deve necessariamente indicare l'esatto ammontare della propria obbligazione, essendo sufficiente la dichiarazione che questa sia di importo superiore al credito per cui si procede ed alle relative spese, salvo che la predetta specificazione rilevi ai fini del processo esecutivo, v. *ex multis* Cass., 23-6-2016, n. 13015. In dottrina, in argomento, *TOTA, Individuazione e accertamento del credito nell'espropriazione forzata presso terzi*, Napoli, 2014, 47 ss.

Nota 3. Non constano precedenti specificamente in termini.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione III civ., 9 marzo 2017, n. 6022

Vivaldi *Presidente* — D'Arrigo *Relatore* — Russo *P.M.* (concl. conf.); D.P.G. e altri — D.K.

Esecuzione forzata — Opposizione — Giudizio penale — Statuizioni civili — Condanna provvisoria — Esecutività — Dalla lettura del dispositivo.

Per l'esecuzione forzata della condanna provvisoria pronunciata dal giudice penale è sufficiente la notificazione del solo dispositivo, della quale tiene il posto anche la lettura in udienza se la parte è presente o deve considerarsi tale, non occorrendo invece attendere il deposito delle motivazioni né, tantomeno, procedere alla notificazione del provvedimento comprensivo delle ragioni della decisione (1).

Svolgimento del processo

La Gestoil s.r.l. in liquidazione e D.P.G. hanno proposto opposizione al precetto notificato a istanza di D.K. per il pagamento della somma complessiva di Euro 15.362,22, liquidata a titolo di provvisoria dal Tribunale di Spoleto in esito ad un procedimento penale. Gli opposenti hanno dedotto, fra l'altro, l'omessa notificazione del titolo esecutivo, ritenendo a tal fine non sufficiente il solo dispositivo della sentenza penale, non corredato dalla motivazione.

L'opposizione, qualificata come proposta ai sensi dell'art. 617 c.p.c., è stata rigettata dal Tribunale di Roma con sentenza del 17 marzo 2015, avverso la quale gli opposenti propongono ricorso per cassazione, basato su un unico motivo. Il D. resiste con controricorso. La Gestoil s.r.l. e il D.P. hanno depositato memorie difensive.

Motivi della decisione

La questione sottoposta all'attenzione del Collegio è se, in materia di condanna provvisoria pronunciata dal giudice penale, valga quale titolo esecutivo il solo dispositivo della decisione pubblicato ai sensi dell'art. 545 c.p.p., ovvero occorra notificare al debitore l'intero provvedimento, comprensivo della motivazione.

Anzitutto sul punto va chiarito che non è conducente l'argomento, sul quale insistono i ricorrenti, secondo cui la possibilità di procedere ad esecuzione forzata sulla base del solo dispositivo sarebbe esclusa – *a contrario* – da quanto disposto dall'art. 431 c.p.c., comma 2, che prevede tale facoltà, in pendenza del termine per il deposito della sentenza, solo per le sentenze di condanna pronunciate dal giudice del lavoro.

Il riferimento all'art. 431 c.p.c., comma 2, infatti, potrebbe dimostrare anche esattamente il contrario di quanto sostenuto in ricorso. Il codice di procedura civile, nell'unica ipotesi di provvedimento giudiziario nel quale la stesura della motivazione è separata dalla pubblicazione del dispositivo, prevede la possibilità di procedere all'esecuzione solo sulla base di quest'ultimo. L'ipotesi, dal punto di vista strutturale, corrisponde alle modalità di formazione della sentenza penale, mentre la circostanza che quest'ultima non menzionata nel codice di procedura civile non appare significativa, stante la separazione dei due sistemi processuali.

Invero, sebbene la pronuncia del giudice penale di condanna al pagamento di una provvisoria costituisca l'accoglimento di una domanda civile di contenuto risarcitorio o restitutorio spiegata in sede penale, il regime di formazione del titolo esecutivo e di validità dello stesso va ricercato nell'ordinamento processuale penale.

In particolare, l'art. 544 c.p.p., prevede che, conclusa la deliberazione, il presidente redige e sottoscrive il dispositivo. Subito dopo è redatta una concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la sentenza è fondata. Qualora non sia possibile procedere alla redazione immediata dei motivi in camera di consiglio, vi si provvede non oltre il quindicesimo giorno da quello della pronuncia (termine elevabile, in caso di particolare complessità, fino a novanta giorni).

L'art. 545 c.p.p., in tema di pubblicazione della sentenza, prevede testualmente che "la sentenza è pubblicata in udienza dal presidente o da un giudice del collegio mediante la lettura del dispositivo. La lettura della motivazione redatta a norma dell'art. 544, comma 1,

segue quella del dispositivo e può essere sostituita con un'esposizione riassuntiva". La lettura del dispositivo in udienza equivale a notificazione della sentenza per le parti che sono o devono considerarsi presenti all'udienza.

Appare dunque chiaro l'autonomo rilievo che assume, nel processo penale, la lettura del dispositivo in udienza, alla quale viene data efficacia equipollente alla pubblicazione della sentenza e alla sua notificazione. La motivazione, viceversa, va letta o riassunta in udienza solamente se è redatta contestualmente, in camera di consiglio; altrimenti la stessa sarà semplicemente depositata in cancelleria.

Quanto alle statuizioni civili, l'art. 539 c.p.p., prevede che, se le prove acquisite non consentono la liquidazione del danno, il giudice penale pronuncia condanna generica e rimette le parti davanti al giudice civile. In tal caso, su richiesta della parte civile, il giudice penale condanna l'imputato e il responsabile civile al pagamento di una provvisoria nei limiti del danno per cui si ritiene già raggiunta la prova. L'art. 540 c.p.p., aggiunge che "la condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno è dichiarata provvisoriamente esecutiva, a richiesta della parte civile, quando ricorrono giustificati motivi. La condanna al pagamento della provvisoria è immediatamente esecutiva".

Emerge dunque con chiarezza che la condanna al pagamento della provvisoria è sempre immediatamente esecutiva, risultando tale esecutività connaturata alla funzione di tale statuizione; la condanna definitiva alle restituzioni al risarcimento del danno, invece, provvisoriamente esecutiva solo se dichiarata tale, su richiesta di parte civile, ricorrendone giustificati motivi.

Infine, dal combinato disposto delle previsioni in tema di statuizione civile e di pubblicazione della sentenza, si trae la conclusione che la condanna al pagamento di una somma determinata a titolo provvisoria, *ex lege* immediatamente esecutiva, viene pubblicata mediante la sola lettura del dispositivo che, nei confronti della parte presente in udienza o che deve considerarsi tale, sostitutiva anche della notificazione.

Alla luce di tali considerazioni, deve affermarsi il seguente principio di diritto:

– per l'esecuzione forzata della condanna provvisoria pronunciata dal giudice penale è sufficiente la notificazione del solo dispositivo – della quale tiene il posto anche la lettura in udienza, se la parte è presente o deve considerarsi tale – non occorrendo invece attendere il deposito delle motivazioni, né tantomeno procedere alla notificazione del provvedimento comprensivo delle ragioni della decisione.

Conseguentemente, il ricorso deve essere rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità vanno poste a carico del ricorrente, ai sensi dell'art. 385 c.p.c., comma 1, nella misura indicata nel dispositivo.

Sussistono i presupposti per l'applicazione del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, sicché va disposto il versamento, da parte dell'impugnante soccombente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione da lui proposta, senza spazio per valutazioni discrezionali (Sez. 3, Sentenza n. 5955 del 14/03/2014, Rv. 630550).

Nota 1. Non si rinvennero precedenti in termini. Nel senso che «proposta opposizione avverso il precetto intimato sulla base di sentenza penale di condanna al pagamento di una provvisoria sprovvista di clausola di provvisoria esecuzione, è irrilevante la sopravvenuta esecutività, nel corso del giudizio di opposizione, della sentenza penale, atteso che non viene meno l'interesse alla prosecuzione del giudizio di opposizione, che è dotato di autonoma rilevanza ed implica l'accertamento dell'esistenza del titolo esecutivo all'atto dell'intimazione del precetto», v. Cass., 16-9-2005, n. 18355.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione VI-3 civ., 16 marzo 2017, n. 6836

Amendola *Presidente* — Barreca *Relatore* — Cardino *P.M.* (concl. diff.); C.G. e altri — Fallimento (*Omissis*) S.r.l. in liquidazione e altro.

Sequestro conservativo penale, ex art. 316 c.p.p., di beni di terzi acquirenti a titolo oneroso dall'imputato condannato con sentenza penale al risarcimento dei danni in favore della parte civile — Conversione del sequestro in pignoramento ex art. 320 c.p.p. — Condizioni — Previa revocazione dell'alienazione ai sensi degli artt. 2901 ss. c.c.

Nel caso in cui sia stato disposto, ai sensi dell'art. 316 c.p.p., un sequestro conservativo penale di beni di terzi acquirenti a titolo oneroso dall'imputato condannato con sentenza penale al risarcimento dei danni in favore della parte civile, affinché la conversione del sequestro in pignoramento ai sensi dell'art. 320 c.p.p. possa dare luogo (in forza della sentenza penale di condanna) ad un'azione esecutiva per espropriazione degli immobili dei terzi, è necessario che l'alienazione sia stata previamente revocata ai sensi degli artt. 2901 ss. c.c. L'azione revocatoria, quindi, è pregiudiziale non al giudizio di opposizione all'esecuzione, bensì all'azione esecutiva, in quanto condizione di esercizio della stessa nei confronti dei terzi proprietari ex artt. 602 ss. c.p.c. (1).

Motivi della decisione

– Va premesso che:

– il processo esecutivo per espropriazione immobiliare nel quale è stata proposta dai terzi proprietari esecutati G. e C.R. e G. l'opposizione all'esecuzione, oggetto di questo regolamento, prende le mosse dalla conversione di un sequestro conservativo penale concesso nell'ambito del processo penale per bancarotta fraudolenta, distruttiva e preferenziale, nel quale era imputato C.E., socio e amministratore della società (*OMISSIS*) Srl, fallita in data 3-4 aprile 2008;

– l'ordinanza di sequestro conservativo penale aveva avuto ad oggetto, tra gli altri, anche beni immobili intestati alla moglie ed ai figli dell'imputato, G.A. e R. e C.G.;

– C.E. è stato condannato con sentenza penale definitiva, anche al risarcimento dei danni in favore del Fallimento costituito parte civile nel processo penale, liquidati nell'importo complessivo di Euro 277.730,00;

– a seguito di conversione del sequestro penale in pignoramento, il Fallimento ha depositato l'istanza di vendita dei beni di proprietà degli odierni ricorrenti;

– questi hanno proposto opposizione, per motivi qui non rilevanti, nonché per mancato esercizio dell'azione revocatoria degli atti di compravendita con i quali gli immobili pignorati sono stati loro trasferiti dal debitore C.E.

1.2. Il giudice ha ritenuto che il titolo esecutivo in forza del quale si era avuta la conversione del sequestro in pignoramento fosse la sentenza penale di condanna dell'imputato al risarcimento del danno e che, avendo il Fallimento, nelle more della causa di opposizione, instaurato azione revocatoria al fine di ottenere una pronuncia diretta a far rientrare i beni immobili sequestrati nel patrimonio del dante causa, vi fosse pregiudizialità tra l'azione revocatoria ed il giudizio di opposizione all'esecuzione. Perciò, dopo aver affermato che la decisione di questo “debba comunque dipendere dalla decisione della revocatoria”, ne ha disposto la sospensione ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ.

1.3. I ricorrenti censurano il provvedimento osservando che il giudice ha erroneamente fatto rientrare nel concetto di pregiudizialità l'esito del giudizio di revocatoria senza com-

prendere che questo è diretto a sancire il diritto (ad oggi inesistente) di revoca degli atti di trasferimento immobiliare con la finalità di ottenere il "titolo" (mancante in atti e condizione essenziale per poter dar corso all'esecuzione) giustificante l'azione esecutiva intrapresa nei confronti dei terzi. Si sarebbe avuta perciò un'interpretazione allargata ed impropria del concetto di pregiudizialità *ex art. 295 cod. proc. civ.*

2.- Il ricorso è fondato.

Gli artt. 602 e seg. cod. proc. civ. consentono l'espropriazione di beni di terzi che, per una delle specifiche situazioni contemplate nella detta disposizione, debbano rispondere di un debito altrui.

Presupposto di questa esecuzione è, in primo luogo, l'esistenza di un titolo esecutivo nei confronti del debitore c.d. diretto che è soggetto diverso da colui o da coloro nei cui confronti si svolge invece l'espropriazione (arg. *ex art. 604 cod. proc. civ.*; cfr. Cass. n. 535/2012, secondo la quale nell'espropriazione contro il terzo proprietario, il debitore diretto non è legittimato passivo dell'azione esecutiva e il pignoramento va notificato e trascritto esclusivamente nei confronti del terzo, perché ha come unico oggetto il bene di proprietà di quest'ultimo. Tuttavia il debitore diretto resta parte necessaria del procedimento esecutivo, cui partecipa a titolo diverso da quello del terzo proprietario, e in tale veste dev'essere sentito ogni volta che le norme regolatrici del procedimento prevedano questa garanzia nei suoi confronti).

Le condizioni in presenza delle quali la legge consente che il creditore possa espropriare beni immobili di proprietà di soggetti diversi dal suo debitore si verificano quando il bene pignorato: a) è un bene gravato da pegno o da ipoteca per un debito altrui (per avere il terzo acquistato il bene già ipotecato o per essere il terzo datore di ipoteca); oppure, b) è un bene "la cui alienazione da parte del debitore è stata revocata per frode".

2.1.- Nel caso di specie, il titolo esecutivo nei confronti del debitore C.E. ed a favore del Fallimento (*OMISSIS*) s.r.l. in liquidazione è costituito dalla sentenza penale passata in giudicato che ha condannato il primo a risarcire al secondo i danni provocati dai reati per i quali è stato ritenuto responsabile.

Quindi, non certo di mancanza di titolo esecutivo si tratta, nel caso di specie, come impropriamente si afferma in alcuni punti del ricorso o della memoria dei ricorrenti.

Piuttosto si ha che, per ottenere coattivamente l'adempimento del debito di C.E., cioè per far valere il titolo esecutivo che comunque si è formato nei confronti di questo debitore, il Fallimento può agire *in executivis* anche nei confronti di terzi, ma soltanto in presenza di una delle condizioni di cui si è detto sopra.

Infatti, si tratta di terzi acquirenti di beni già di proprietà del debitore in forza di atti a titolo oneroso che si assumono compiuti in frode dei creditori. La condizione legittimante l'azione esecutiva è che questi atti siano stati revocati per frode e la revocatoria non può che avvenire in sede civile ai sensi degli artt. 2901 e 2904 cod. civ., nonché ai sensi dell'art. 193 cod. pen.

Sebbene questa norma ponga una presunzione di frode, per la quale gli atti a titolo oneroso compiuti dal colpevole dopo il reato si presumono fatti in frode rispetto ai crediti indicati nell'art. 189 (oggi inteso come riferito ai crediti di cui all'art. 316 cod. proc. pen.: cfr. Cass. civ. n. 23158/14, su cui *infra*), tuttavia per la revoca dell'atto è necessaria la prova della mala fede dell'altro contraente. Questa prova non può essere data in sede civile, dove perciò il creditore, pur potendosi avvalere della presunzione nei confronti del debitore condannato, dovrà dare la prova della *scientia fraudis* da parte dell'altro contraente (cfr. già Cass. civ. n. 1468/1979), presupposto necessario per ottenere la dichiarazione di inefficacia relativa dell'atto a titolo oneroso.

Solo dopo che l'atto sarà stato dichiarato inefficace il bene che ne è oggetto potrà essere assoggettato ad espropriazione.

L'azione revocatoria quindi è pregiudiziale non al giudizio di opposizione all'esecuzione, bensì all'azione esecutiva, in quanto condizione di esercizio della stessa nei confronti dei terzi proprietari *ex artt.* 602 c.p.c. e seg.

3.- Non coglie perciò nel segno la difesa del Fallimento, qui resistente, laddove sembra sostenere che, in caso di conversione del sequestro penale in pignoramento, sarebbe questa stessa conversione a consentire l'espropriazione dei beni già oggetto di sequestro, anche quando di proprietà di terzi per averli questi acquistati dall'imputato in forza di atti a titolo oneroso.

Si tratta di un'affermazione che non trova riscontro nelle norme del codice penale e del codice di procedura penale che disciplinano le fattispecie delle sanzioni penali accessorie (c.d. azione revocatoria penale) e del sequestro conservativo penale.

In sostanza, il Fallimento finisce per ipotizzare una sorta di inefficacia *ipso iure* degli atti di disposizione di colui che è condannato in sede penale. Orbene, questa inefficacia è effettivamente prevista dal codice penale, ma soltanto nell'ipotesi della sanzione accessoria disciplinata dall'art. 192 cod. pen., che prevede che "gli atti a titolo gratuito compiuti dal colpevole dopo il reato, non hanno efficacia rispetto ai crediti indicati nell'art. 189" (oggi, inteso come riferito all'art. 316 cod. proc. pen.: cfr. Cass. civ. n. 23158/14). La norma quindi si applica soltanto nel caso in cui gli atti di disposizione del "colpevole" siano stati fatti a titolo gratuito e l'automatismo dell'inefficacia in essa prevista si giustifica perché non vi sono ragioni di terzi acquirenti da tutelare che siano preminenti rispetto a quelle dei danneggiati dal reato che abbiano agito per il relativo risarcimento, costituendosi parti civili in sede penale. Questa Corte ha già avuto modo di affermare, con riguardo all'art. 192 cod. pen., che "La speciale ipotesi di inefficacia dell'atto di disposizione a titolo gratuito, contemplata dall'art. 192 cod. pen. a garanzia, tra l'altro, dei crediti risarcitori spettanti al soggetto danneggiato dal reato, non costituisce oggetto di un'azione *ad hoc*, ma può essere fatta valere in giudizio in via sia principale che incidentale, e, inoltre, come mera eccezione, anche non riconvenzionale" (Cass. n. 23158/14 cit.). Essa consente perciò l'azione esecutiva sui beni che ne formano oggetto, a maggior ragione se, a cautela del diritto al risarcimento, il danneggiato da reato abbia ottenuto un sequestro conservativo convertibile in pignoramento ai sensi dell'art. 320 cod. proc. pen.

Si tratta di una vera e propria eccezione alla regola, di cui si è detto sopra, del previo necessario esperimento dell'azione revocatoria per agire esecutivamente sui beni trasferiti a terzi dal debitore diretto.

A questa eccezione alle norme degli artt. 602 e seg. cod. proc. civ. solo di recente il legislatore ne ha aggiunta un'altra, di rilevanza civilistica. Si tratta della previsione dell'art. 2929 *bis* cod. civ., introdotto dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, art. 12, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015 n. 132, che consente al creditore, pregiudicato da un atto a titolo gratuito del debitore, munito di titolo esecutivo, di procedere ad esecuzione forzata, a determinate condizioni, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia.

Escluse tuttavia queste eccezioni, non a caso espressamente previste dalla legge come tali, l'espropriazione del terzo proprietario per un debito altrui è possibile solo in presenza delle condizioni richieste dall'art. 602 cod. proc. civ.

In particolare, va affermato che nel caso in cui sia stato disposto, ai sensi dell'art. 316 cod. proc. pen., un sequestro conservativo penale di beni di terzi, acquirenti a titolo oneroso dall'imputato, condannato con sentenza penale al risarcimento dei danni in favore della

parte civile, perché la conversione del sequestro in pignoramento ai sensi dell'art. 320 cod. proc. pen. possa dare luogo (in forza della sentenza penale di condanna) ad un'azione esecutiva per espropriazione degli immobili dei terzi, è necessario che l'alienazione sia stata previamente revocata ai sensi degli artt. 2901 e seg. cod. civ.

3.1.– Tale conclusione consente di superare anche gli argomenti addotti dal Pubblico Ministero a sostegno della sua conclusione di rigetto del ricorso.

Infatti, il positivo esperimento dell'azione revocatoria non si pone come condizione di perseguibilità dell'azione esecutiva *ex artt.* 602 c.p.c., e seg., ma come condizione di procedibilità di essa nei confronti dei terzi, nel senso che la dichiarazione di inefficacia dell'alienazione debba necessariamente precedere il pignoramento.

A questa regola non fa eccezione il caso di sequestro conservativo penale, per le ragioni suddette, che trovano riscontro in quanto esposto dallo stesso Pubblico Ministero, laddove conclude osservando che si tratta di misura cautelare che, operando per la durata del processo penale, non può comunque consentire alla sentenza penale di “trasferire il bene sequestrato – formalmente appartenente a terzi – a favore del condannato o a dichiarare relativamente inefficaci le eventuali alienazioni che quest'ultimo avesse fatto a favore di terzi, trattandosi di compito funzionalmente spettante al giudice civile”, qualora si tratti di beni oggetto di alienazioni a titolo oneroso.

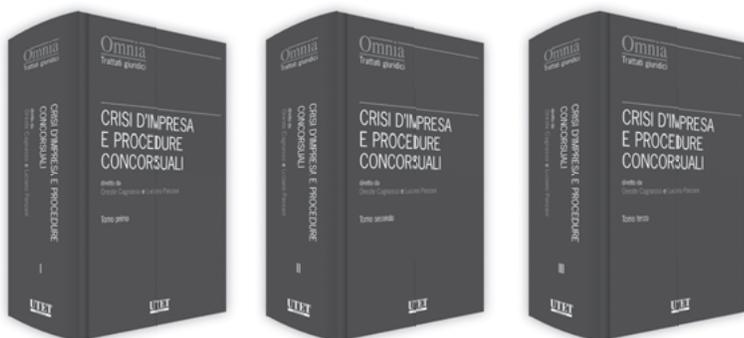
A tutto quanto detto consegue che la decisione dell'opposizione all'esecuzione non dipende affatto dall'esito dell'azione revocatoria e quindi il suo corso non può essere sospeso *ex art.* 295 cod. proc. civ., in attesa della definizione del giudizio pendente ai sensi dell'art. 2901 cod. civ.

In conclusione, il ricorso va accolto e va disposta la prosecuzione del giudizio di opposizione all'esecuzione dinanzi al Tribunale di Lodi, al quale va rimessa anche la decisione sulle spese del presente regolamento.

Nota 1. In senso conforme Cass., 9-3-1979, n. 1468, *FI*, 1980, I, 792.

CRISI D'IMPRESA E PROCEDURE CONCORSUALI

diretto da Oreste Cagnasso e Luciano Panzani



€ 260

Cod. 00188309

Il Trattato approfondisce, con un **approccio multidisciplinare e trasversale**, la disciplina dell'intero diritto fallimentare, attraverso un **commento di alto profilo** e di taglio estremamente pratico che tiene conto della normativa vigente e dei progetti di riforma della materia.

Attraverso l'apporto derivante da una solida preparazione scientifica ed esperienza professionale, gli Autori analizzano in modo dettagliato **il dato normativo**, offrendo nel contempo una **panoramica sugli aspetti applicativi offerti dalla giurisprudenza di legittimità e di merito**, unitamente agli **orientamenti elaborati dalla dottrina** più significativa.

Particolare attenzione viene poi riservata agli **spunti offerti dai lavori della Commissione Rordorf** e alle numerose novità normative intervenute fino alla **legge 30 giugno 2016, n. 119 di conversione del d.l. n. 59/2016**, effettuando nel contempo una ricognizione del regime vigente in alcune delle più significative realtà europee e internazionali.

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Y95ETBN - 16x24

 shop.wki.it  02.82476.794
 info.commerciali@wki.it



Wolters Kluwer
When you have to be right

*Se posso avere una raccolta
di volumi che si arricchisce
continuamente,*

è La Mia **Biblioteca**

La Mia **Biblioteca** è la prima biblioteca professionale digitale con migliaia di testi pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA, il fisco, LEGGI D'ITALIA e Altalex. Puoi trovare risposte certe grazie all'autorevolezza delle fonti e ad un motore di ricerca intuitivo, semantico e veloce. Puoi consultarla online ovunque, sempre, da qualsiasi dispositivo mobile. Puoi personalizzarla in base alle tue aree di interesse e alle tue esigenze professionali. Puoi integrarla a 360° con le tue banche dati Wolters Kluwer.

è **pensata per te,
richiedi subito una prova!**

lamiabiblioteca.com



 **Wolters Kluwer**



L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)