



Bruno Capponi

**Principi di diritto pronunciati d'ufficio
su spedizione in forma esecutiva e interesse all'opposizione**

La sentenza in epigrafe presenta vari spunti di interesse.

Il primo è nella qualificazione del vizio relativo alla mancanza della formula esecutiva *ex art. 475 c.p.c.*, di cui la S.C. ha inteso occuparsi *ex art. 363 c.p.c.*: esso, viene ribadito, può tradursi tanto in motivo di opposizione agli atti (quando non venga in discussione l'esistenza stessa del titolo esecutivo), quanto di opposizione all'esecuzione (quando appunto si contesti l'esistenza stessa del titolo o la mancanza delle condizioni per l'acquisto dell'efficacia esecutiva – ad es., effettiva prestazione della cauzione). Nel caso, l'opponente aveva lamentato «l'improcedibilità dell'azione espropriativa per irreparabile pregiudizio dei suoi diritti di difesa». Il tribunale aveva accolto l'opposizione, senza qualificarla *ex art. 615 o 617 c.p.c.*, motivando che «una non corretta spedizione del titolo in forma esecutiva non sembra consentire al debitore una corretta verifica formale circa l'ontologia dello stesso titolo esecutivo». Appellata la sentenza, la Corte d'appello la riformava invocando il principio di sanatoria delle nullità per raggiungimento dello scopo («la carenza della formula esecutiva costituiva un vizio sanato dalla proposizione dell'opposizione: tale attività difensiva, infatti, è stata ritenuta dimostrativa del raggiungimento dello scopo, ovvero della compiuta acquisizione, da parte dell'esecutata, delle ragioni del credito fatto valere nei suoi confronti»). Proposto ricorso per cassazione, la S.C. – senza porsi il problema di applicare l'art. 384, comma 3, c.p.c. – rileva d'ufficio, ora per allora, l'improponibilità dell'appello col conseguente passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, perché il vizio denunciato andava correttamente qualificato a norma dell'art. 617 c.p.c.; aggiungendo che era stata la stessa Corte d'appello a riferire che «il tribunale ha accolto l'opposizione agli atti esecutivi» pur non avvedendosi che, accogliendo il gravame, aveva finito per riformare una sentenza non appellabile.

Lo svolgimento del processo, qui sinteticamente tracciato secondo quanto risulta dalla sentenza in epigrafe, costituisce la migliore dimostrazione delle insidie che si nascondono dietro l'impervia materia dell'esecuzione forzata. È vero infatti, come ricorda sempre la S.C., che «qualora un'opposizione in materia esecutiva possa scindersi in un duplice contenuto, in parte qualificabile come opposizione agli atti esecutivi e in parte riconducibile a una opposizione all'esecuzione, l'impugnazione della conseguente sentenza deve seguire il diverso regime previsto per i distinti tipi di opposizione»; il problema è chi, come e quando possa identificare, con effetti vincolanti, quel possibile contenuto: specie nel contesto in cui un vizio – la Corte lo ha premesso – può rivestire, in astratto, entrambi quei contenuti.

In base al noto principio dell'apparenza, la questione non si pone se il primo giudice abbia qualificato *espressamente* il motivo: il mezzo di impugnazione sarà quello conseguente, ancorché quella qualificazione possa risultare erronea. Ma quando, come nel nostro caso, il primo giudice non abbia operato alcuna qualificazione *espressa*, a chi spetterà l'identificazione del giusto mezzo di gravame? E la decisione della Corte d'appello, che da un lato discorre (in narrativa) di opposizione agli atti e dall'altro lato riforma la sentenza di primo grado



(violando, in base alle premesse, l'art. 618 c.p.c.), avrà impropriamente definito un'opposizione *ex art.* 617 ovvero avrà pronunciato nel merito dell'appello sul presupposto che il vizio fosse da opposizione all'esecuzione, che invero risultava caducata dal tribunale in conseguenza della dichiarata nullità insanabile del titolo esecutivo?

La risposta non è affatto semplice, anzitutto perché non può condividersi la sentenza laddove afferma che lo strumento per la denuncia delle nullità nel processo esecutivo è costituito soltanto dall'opposizione agli atti: ciò è vero per le nullità c.d. relative sanabili, ma per le nullità c.d. assolute (e sono tali anzitutto quelle che incidono sul titolo esecutivo) la giurisprudenza ha sempre giudicato ammissibile l'opposizione all'esecuzione svincolata dal termine decadenziale dei venti giorni, forse sul presupposto che – come avvenuto nella specie – l'accoglimento dell'opposizione *ex art.* 615 c.p.c. comporta la caducazione dell'esecuzione, cosa che non dovrebbe avvenire, ma che a volte pure avviene, in caso di accoglimento dell'opposizione *ex art.* 617 c.p.c. Quando non soccorre l'espressa qualificazione da parte del giudice, dovrebbe valere la portata decisoria obiettiva della decisione, che è quanto dire una qualificazione *implicita*: se il tribunale aveva riconosciuto che il vizio della spedizione in forma esecutiva era tale da rendere il titolo non riconoscibile per tale, e così non idoneo a sorreggere l'esecuzione forzata, forse il richiamo all'art. 615 non andava pregiudizialmente escluso. Ciò spiega anche perché la Corte d'appello – non conosciamo il testo della sentenza, se non nella sintesi che ne fa la decisione in commento – ha creduto di poter riformare la sentenza di primo grado proprio come se si trovasse dinanzi a un'opposizione all'esecuzione, e così a una sentenza appellabile. La decisione del giudice d'appello troverebbe così spiegazione non nella sua beata ignoranza, bensì nella qualificazione implicita della nullità come assoluta, da opposizione all'esecuzione.

Il tribunale caduca l'opposizione per carenza di un valido titolo esecutivo, la Corte d'appello riforma la sentenza parlando di nullità sanata per raggiungimento dello scopo: siamo nell'ambito dell'opposizione all'esecuzione o in quello dell'opposizione agli atti? Un sistema davvero garantistico dovrebbe portare a escludere che la risposta possa esser data dalla Cassazione *ex post*, e per di più senza sollecitare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio.

Se errore v'è stato nella scelta del mezzo (anche secondo la valutazione *ex post*) s'è trattato quantomeno di errore scusabile; che potrebbe chiamare, sul riflesso di una qualificazione implicita, lo stesso trattamento che pacificamente si ricollega alla qualificazione espressa ma erronea: lo svolgimento di un grado di appello che l'art. 618 c.p.c. esclude, ma che il concreto andamento del giudizio e la tutela dell'affidamento impongono a tutela del diritto di difesa e del connesso diritto – che raramente, ormai, si trova affermato nella Cassazione del “nuovo corso” – a ottenere una decisione nel merito. Forse una soluzione equilibrata sarebbe quella di prevedere – il compito sarebbe proprio del legislatore, ma la Cassazione “creativa” dei nostri tempi di certo non vi si sottrarrebbe – che, qualora un'opposizione raccolga motivi da opposizione agli atti e da opposizione all'esecuzione, il trattamento, per tutti, dovrà essere quello più garantistico, proprio dell'opposizione di merito, in modo tale da lasciare l'art. 618 a quelle sole opposizioni che si presentano e si qualificano unicamente come opposizioni agli atti.

Nostra impressione è che la S.C. abbia finito per sovrapporre una propria qualificazione “a sorpresa” a quella implicitamente e ragionevolmente risultante da uno svolgimento processuale senz'altro non lineare: il primo giudice non qualifica il vizio, eppure caduca l'esecuzione parlando di una non corretta spedizione che travolge «l'ontologia» del titolo esecutivo; il giudice d'appello riforma la sentenza parlando di nullità sanata dal



raggiungimento dello scopo e, forse proprio per aver parlato di nullità, accenna (senza però produrne conseguenze) all'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* [ma tale cenno non può certo essere decisivo, per chi conosca gli orientamenti paralleli della S.C. sull'art. 2929 c.c. e sulle nullità da opposizione all'esecuzione (che sono in prima battuta, si ripete, proprio quelle che riguardano il titolo esecutivo), distinte dalle nullità riassorbibili da opposizione agli atti]; sopraggiunge infine la sentenza della S.C., che, sul rilievo per cui «l'improponibilità dell'appello è rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di legittimità», per la prima volta qualifica come opposizione agli atti un vizio che nei gradi di merito era stato pacificamente convogliato nell'alveo dell'opposizione all'esecuzione. Potremmo chiedere alla S.C.: cosa prevale, nella decisione del giudice d'appello, lo svolazzo di narrativa in cui si afferma che il tribunale aveva definito un'opposizione agli atti esecutivi o il contenuto di merito della decisione, che è di riforma della sentenza di primo grado con autonoma motivazione fondata sulla affermata sanatoria della nullità per raggiungimento dello scopo? E ancor prima: la sentenza del tribunale che, senza qualificare il vizio denunciato, caduca l'esecuzione riconoscendo che il titolo esecutivo è affetto da un vizio insanabile («ontologia» significa che il titolo non è più riconoscibile per tale) va correttamente qualificata di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi? E, pur consapevoli del fatto che l'esecuzione potrebbe essere interamente decaduta dall'accoglimento tanto dell'opposizione all'esecuzione, tanto dell'opposizione agli atti esecutivi, l'opponente che aveva invocato «l'improcedibilità» dell'esecuzione per vizio insanabile del titolo aveva contestato il diritto di procedere all'esecuzione forzata o la regolarità formale del titolo esecutivo? Riconosciamo che la questione è di per sé dubbia, ma nella scelta (*ex post*) del giusto mezzo ci sembra che il piatto della bilancia avrebbe ragionevolmente potuto pendere a favore dell'opposizione all'esecuzione. La S.C. ha preferito tirar fuori dal suo inesauribile cilindro l'avvenuta formazione del giudicato sulla sentenza di primo grado, senza confrontare la qualificazione astratta del vizio col concreto trattamento che esso aveva subito nei gradi di merito.

Altro punto critico della sentenza è nella riaffermazione, con adattamento al caso, del principio secondo cui «il debitore che intenda opporre, ai sensi dell'art. 617 c.p.c., la mancanza sul titolo della formula prevista dall'art. 475 c.p.c., deve contestualmente indicare quale effettivo pregiudizio dei suoi diritti di difesa sia derivato da tale omissione. In mancanza, l'opposizione dovrà essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse». Non basta la deduzione della nullità: occorre dedurre e provare che quella nullità ha determinato un pregiudizio *effettivo*, diverso da quello dell'osservanza delle regole di procedura («non esiste un interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria»). Il principio si traduce nell'adattamento, qui alle nullità del processo esecutivo, della regola di conversione affermata dal comma 1 dell'art. 161 c.p.c. in tema di nullità della sentenza: non è sufficiente la mera deduzione, nel gravame, del vizio della sentenza che ne determina la nullità, bensì occorre porre quella nullità, calandosi nella logica delle impugnazioni, nel contesto specifico del singolo mezzo. Ciò significa che la nullità, in sé, non è possibile motivo di appello o di ricorso per cassazione, dovendo integrarsi con l'interesse ad impugnare che sempre va posto in connessione con l'ingiustizia e l'illegittimità della sentenza.

Ma che la regola affermata dal codice per l'atto conclusivo del processo, suscettibile di formare la cosa giudicata, possa essere adattata a ogni singolo atto anche di parte, è affermazione che dovrebbe essere sostenuta da una congrua dimostrazione: i termini osservati sono infatti troppo diversi tra loro. Così come occorrerebbe dimostrare che esistono regole del processo la cui inosservanza determina uno specifico pregiudizio, e regole che possono invece essere disapplicate perché non funzionali al rispetto del fondamentale diritto di difesa (si nota che la sentenza – punto 1.2 – sembra contrapporre, a proposito della omessa apposizione della formula esecutiva,



l'*inesistenza*, deducibile *ex art.* 615, e la mera *irregolarità formale*, deducibile *ex art.* 617, bypassando la disciplina delle nullità).

Se si pone mente al caso in cui la regola viene riaffermata, non si tarda a comprendere che la dimostrazione di un *pregiudizio specifico* derivante dall'omissione della spedizione in forma esecutiva del titolo diviene facile materia di *probatio diabolica*: può forse prospettarsi, quel pregiudizio, allorché la spedizione identifichi un successore, avente diritto all'azione esecutiva, diverso dalla parte «a favore della quale fu pronunciato il provvedimento». Fuori di questo particolare caso, il titolo verificato come «formalmente perfetto» (art. 153 disp. att. c.p.c.) ha un suo rilievo oggettivo che potrà anche apparire neutro, nella prospettiva del diritto di difesa: è ben difficile definire qual genere di *specifico pregiudizio* la sua mancanza potrebbe determinare, se il titolo esiste e può, in astratto, validamente instaurare l'esecuzione forzata (non sia, ad esempio, titolo privo di contenuto condannatorio).

L'affermazione è tanto più impegnativa, quanto più si sia disposti a credere a ciò che la sentenza identifica quale possibile oggetto del controllo che il cancelliere (o il notaio) opera ai fini del rilascio della formula esecutiva: davvero occorrerà verificare che l'efficacia esecutiva del titolo non sia stata sospesa, e che il titolo giudiziale non sia stato revocato, annullato o cassato? Davvero il controllo di "perfezione formale" si estenderà sino ad abbracciare eventi estrinseci rispetto al titolo?

Due preoccupanti fenomeni si stagliano con nettezza dietro questa sentenza, che formalmente si presenta come neutro assemblaggio di massime anteriori: il primo, la moltiplicazione *ad libitum* delle fattispecie di inammissibilità, che oramai spuntano come funghi velenosi da narrazioni e verifiche che la stessa Corte tende a somministrare *ex post*; il secondo coincide col vero e proprio fastidio, o palese insofferenza, che la S.C. continua a mostrare per le regole del processo, che potranno impunemente venire calpestate salvo non si dimostri – assumendosene gli oneri probatori, spesso proibitivi – di averne ricevuto un concreto pregiudizio nell'esercizio di diritti fondamentali.