

Le opposizioni all'esecuzione e le c.d. preclusioni sospensive (a proposito di Cass., sez. III, n. 26285/2019)

Le opposizioni all'esecuzione e le c.d. preclusioni sospensive (a proposito di Cass., sez. III, n. 26285/2019) * di Bruno Capponi

Sommario: 1. Opposizione all'esecuzione e titolo esecutivo - 2.-Crisi del titolo esecutivo e crisi dell'opposizione. 3.-La tutela inibitoria ovvero del diritto a non subire un'esecuzione ingiusta - 4.-Il sistema delle inibitorie e delle sospensioni a fronte delle competenze del giudice dell'impugnazione, del giudice dell'opposizione a precetto e del giudice dell'esecuzione. - 5.-Se quello descritto sia davvero un sistema e se siano concepibili inibitorie e sospensioni "sui generis". - 6.-Il problema del reclamo avverso il provvedimento inibitorio pronunciato dal giudice dell'opposizione a precetto.- 7.-Orientamenti nomopietici della Cassazione - 8.-Analisi della sentenza della Sez. III n.

26285/2019. - 9.-Rapporto tra potere inibitorio del giudice dell'opposizione a precetto e potere sospensivo del giudice dell'esecuzione. - 10.-Critica della sentenza n. 26285/2019. - 11.-La consumazione e la preclusione sospensiva: istituti creati *ex nihilo* dalla Cassazione e apertamente confliggenti con la disciplina positiva. - 12.-L'art. 363 c.p.c.: una norma da rivedere con urgenza

1.-Opposizione all'esecuzione e titolo esecutivo. La formula impiegata dall'art. 615 c.p.c. per identificare il variabile contenuto dell'opposizione all'esecuzione - «contestazione del diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata» - è generica soltanto in apparenza. Essa è infatti idonea ad abbracciare ogni possibile contestazione dell'azione esecutiva, sia essa minacciata o in atto, sia essa fondata sul titolo esecutivo (con riguardo a quello giudiziale, per fatti successivi alla sua formazione), sia su altre ragioni, anche di tipo soggettivo, che non investono direttamente il titolo (sebbene non possano prescindere dalla sua esistenza). È questa la caratteristica propria del nostro istituto: l'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c., sovente accomunata all'opposizione all'esecuzione perché "di merito", è in realtà una contestazione sul *quomodo*, cioè sulla direzione assunta dagli atti esecutivi che hanno colpito beni estranei alla responsabilità patrimoniale del debitore.

Si ritiene comunemente che l'opposizione all'esecuzione tenda ad attaccare il titolo esecutivo; ma così sempre non è, e infatti non sempre l'accoglimento dell'opposizione (di lato il problema dell'efficacia della sentenza) determina la caducazione del titolo a base dell'esecuzione. Al tempo stesso, posto che è dal titolo che deriva la legittimazione all'esecuzione forzata, non sembra corretto affermare che l'opposizione all'esecuzione abbia ad oggetto un diritto astratto all'esecuzione, ovvero una domanda di parte del quale il titolo sarebbe mero presupposto[1]

(file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftn1). È vero che il «diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata» sovente non si esaurisce nel titolo, ma affermare che il titolo è istituzionalmente estraneo all'opposizione confligge con la realtà, anche sotto l'aspetto semplicemente statistico.

2.-Crisi del titolo esecutivo e crisi dell'opposizione. Nel nostro sistema non esiste un'autorizzazione giudiziale preventiva all'esecuzione forzata; il creditore istante ha soltanto l'onere di annunciare le attività esecutive (art. 480 c.p.c.), in genere rispettando un termine dilatorio (art. 482 c.p.c.). Ciò anche quando il titolo non sia del tutto "certo" come, ad es., nella tutela dei crediti di mantenimento o nell'esecuzione forzata dell'*astreinte*. Si è assistito di recente al fenomeno della destrutturazione del titolo esecutivo, derivante da varie forme di eterointegrazione (anche "ipertestuale"). L'art. 2929 *bis* c.c. ha introdotto un caso di esecuzione forzata in cui il titolo esecutivo è soltanto una delle plurime condizioni legittimanti.

Possiamo ragionevolmente parlare di una fase di "crisi" del titolo esecutivo, per come tradizionalmente inteso. Ad essa corrisponde una "crisi" dell'opposizione ogni volta che si ammetta che, valendosi dell'estinzione atipica, l'esecutato possa far valere dinanzi al g.e. contestazioni tradizionalmente proprie dell'opposizione all'esecuzione.

3.-La tutela inibitoria ovvero del diritto a non subire un'esecuzione ingiusta. Nel 2005, il legislatore si è dato carico di assicurare una tutela più incisiva alla parte destinataria dell'atto di precetto, riconoscendola titolare del diritto a non subire un'esecuzione ingiusta. Lo ha fatto inserendo nel comma 1 dell'art. 615 c.p.c. la seguente espressione: «*il giudice, concorrendo gravi motivi, sospende su istanza di parte l'efficacia esecutiva del titolo*». Nel 2015 ha poi precisato (superflualmente) che la sospensione può essere anche parziale, «*se il diritto della parte istante è contestato solo parzialmente*»; in realtà, ha perso un'occasione per chiarire molti punti incerti individuati dalla giurisprudenza, circa la natura e l'estensione del nuovo potere attribuito al giudice dell'opposizione a precetto.

Possiamo chiederci perché il legislatore del 1940 non avesse pensato a una forma di tutela preventiva, posto che l'esecuzione non è soggetta ad autorizzazione. Probabilmente la risposta è nel fatto che il titolo esecutivo

giudiziale era di norma la sentenza d'appello; il proliferare, in tempi relativamente recenti, di titoli più sommari e instabili ha acceso un faro sulla funzione garantistica dell'inibitoria.

Partiamo dalla formula utilizzata. Il legislatore del 2005 si è all'evidenza ispirato all'art. 283 c.p.c., che distingue la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo dalla sospensione dell'esecuzione[2] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftn2). La distinzione è frutto di una novellazione risalente al 1990, perché la norma nel suo originario dettato parlava di sospensione dell'esecuzione già iniziata e la giurisprudenza, interpretando la previsione alla lettera, escludeva la possibilità di una inibitoria sul titolo. Del resto, l'art. 373 c.p.c. continua tuttora a far riferimento alla sospensione dell'esecuzione, ciò che induce le corti d'appello a richiedere che quantomeno sia stato notificato l'atto di precetto; altrimenti, non provvedono sulla istanza.

Il legislatore del 2005 ha fatto un calcolo che si è rivelato sbagliato: intendendo riconoscere il diritto a non subire atti esecutivi ingiusti, ha ragionato come se il giudice dell'opposizione a precetto potesse provvedere sull'inibitoria prima dell'inizio dell'esecuzione; ciò che non avviene mai, perché nell'ipotesi normale il primo atto esecutivo segue di soli dieci giorni la notificazione del precetto. E in dieci giorni, ben difficilmente si riesce a ottenere un provvedimento di inibitoria, essendo dubbia l'applicabilità tanto dell'art. 625, comma 2, c.p.c., tanto dell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c. Per rendere davvero effettivo il diritto a non subire atti esecutivi, il legislatore avrebbe dovuto riconoscere alla stessa proposizione dell'opposizione a precetto un effetto sospensivo automatico; il giudice, poi, avrebbe dovuto confermare quell'effetto, o altrimenti autorizzare gli atti dell'esecuzione.

4.-Il sistema delle inibitorie e delle sospensioni a fronte delle competenze del giudice dell'impugnazione, del giudice dell'opposizione a precetto e del giudice dell'esecuzione. Sta di fatto che, mettendo insieme le norme che abbiamo richiamato con quelle vigenti nell'esecuzione, ne risulta che il giudice

d'appello può sospendere sia l'efficacia esecutiva del titolo, sia l'esecuzione; il giudice dell'opposizione a precetto la sola efficacia esecutiva del titolo; il giudice dell'esecuzione (art. 624 c.p.c.) la sola esecuzione. La distinzione ha una sua logica astratta, perché il giudice dell'opposizione a precetto è estraneo all'esecuzione almeno quanto il giudice dell'esecuzione è estraneo al titolo esecutivo, che guarda dall'esterno. In concreto, però, questa frantumazione di competenze finisce per complicare i problemi.

Il più vistoso dei quali, forse, è dato proprio dal fatto che la contestazione dell'azione esecutiva può anche non riguardare direttamente il titolo (pur presupponendo la sua esistenza: non c'è esecuzione senza titolo); tuttavia, il provvedimento interinale che può ottenersi, in sede di opposizione a precetto, incide proprio e soltanto sul titolo esecutivo. È questo un dato letterale che difficilmente può essere eluso.

5.-Se quello descritto sia davvero un sistema e se siano concepibili inibitorie e sospensioni "sui generis". Sarebbe importante stabilire se quello delle inibitorie e delle sospensioni sia un fenomeno sostanzialmente unitario, oppure se ciascuna previsione risponda a una sua logica non comune alle altre. La prima soluzione è quella più impegnativa per l'interprete; la seconda è quella che lascia l'interprete libero di ricostruire a suo libito le caratteristiche di ogni singola figura. Vedremo subito che la Cassazione (SS.UU. n. 19889/2019) ha scelto la seconda soluzione a proposito dell'opposizione a precetto, parlando di *sui generis* e "microsistema".

Va peraltro precisato – ci verrà utile per l'esame della n. 26285/2019 – che l'art. 623 c.p.c., allorché cita il «*giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo*» intende non il giudice davanti al quale comunque si discuta del titolo bensì esclusivamente quello che può modificarlo, conoscendolo per così dire dall'interno: vale a dire il giudice dell'impugnazione o dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Per questa ragione, l'art. 623 è sempre stato giudicato estraneo

all'opposizione a precetto e ciò ha costretto il legislatore del 2005 a intervenire sull'art. 615, comma 1. Questa premessa è essenziale per valutare la portata della sentenza, oggetto di questa sessione di studio.

6.-Il problema del reclamo avverso il provvedimento inibitorio pronunciato dal giudice dell'opposizione a precetto. Tra le tante cose che il legislatore del 2005 (e quello successivo) ha omesso di regolare, c'è l'istituto del reclamo avverso il provvedimento sospensivo del giudice dell'opposizione a precetto. La questione ha diviso i tribunali, sino a che le SS.UU. con sentenza n. 19889/2019 non hanno affermato la regola della reclamabilità. Le SS.UU. hanno somministrato una lunga e articolata motivazione, non sempre limpida, volta a dimostrare che il potere (definito cautelare[3] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftn3)) del giudice dell'opposizione a precetto è esercitato in un contesto *sui generis*, non inserito nel sistema delle inibitorie e delle sospensioni quale delineato dalle tante norme del c.p.c. che si occupano dell'esecutorietà della sentenza. Di un simile inquadramento "anti-sistematico" non si avvertiva il bisogno: infatti, la precedente Cass. n. 11243/2010, nell'ammettere il reclamo avverso il provvedimento sospensivo pronunciato nell'ambito dell'opposizione agli atti esecutivi (altra dimenticanza del legislatore), non ha avuto bisogno di far capo a "sotto- o micro-sistemi". Sta di fatto che le SS.UU. si sono impegnate in una serie di dubbie affermazioni: (a) il provvedimento dell'art. 615, comma 1, non è un'inibitoria e non è assimilabile a quella dell'art. 283; (b) ha natura cautelare, ancorché *sui generis*, laddove la giurisprudenza ha sempre negato la natura cautelare delle inibitorie e così l'applicabilità del procedimento cautelare uniforme; (c) l'opposizione riguarda il diritto di procedere all'esecuzione e dunque interessa più il precetto, o altrimenti la domanda esecutiva, che non il titolo esecutivo in sé; (d) la garanzia del reclamo viene direttamente dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., ma nel contempo viene esclusa l'applicabilità delle altre norme del procedimento cautelare uniforme (*in primis* revoca e modifica).

Possiamo parlare di una tecnica del *patchwork*, in cui la soluzione viene dall'assemblaggio di varie "pezze" e in cui il risultato finale – per usare un'espressione francese – non somiglia a niente.

7.-Orientamenti nomopoietici della Cassazione. Alla sentenza delle SS.UU. ha fatto seguito, pochi mesi dopo, la sentenza della sez. III n. 26285/2019, che è l'oggetto precipuo dei lavori odierni.

Le due sentenze sono in realtà un *unicum*. E se la SS.UU. n. 19889/2019, pur criticabile sotto vari aspetti, giunge a soluzioni che possiamo dire condivise dalla maggioranza della giurisprudenza di merito, la sentenza n. 26285 presenta soluzioni del tutto innovative, che esibiscono vistosi problemi di compatibilità col diritto vigente. Se la sentenza n. 19889 sembra riconoscere una garanzia aggiuntiva, la sentenza n. 26285 sottrae poteri alle parti e allo stesso giudice dell'esecuzione.

La sentenza n. 26285 ha inteso chiarire «come si ripartisce il potere di adottare provvedimenti interinali di carattere sospensivo» (§ 9.1.) tra i giudici indicati rispettivamente nel 1° e nel 2° comma dell'art. 615 c.p.c.; sulla premessa che «la sospensione disposta dal giudice dell'esecuzione (è) strutturalmente diversa da quella disciplinata dall'art. 615, 1° comma, c.p.c.» (§ 9.1.), la differenza si fonderebbe sull'art. 623 c.p.c., laddove si contrappone una sospensione «esterna», pronunciata dal «giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo» e una sospensione «interna», che è quella pronunciata dal giudice dell'esecuzione.

Tuttavia, come abbiamo già detto, l'art. 623, nella lettura tradizionalmente recepita e mai ridiscussa, non si occupa del giudice dell'opposizione a precetto, bensì esclusivamente del giudice dell'impugnazione (o dell'opposizione a decreto ingiuntivo); inoltre – e soprattutto – mentre il giudice dell'impugnazione può incidere, con effetti diversi, sia sull'efficacia esecutiva del titolo (*inibitoria*) sia sull'esecuzione in atto (*sospensione*), questo secondo potere è formalmente

sottratto al giudice dell'opposizione a precetto, titolare soltanto del primo. La Sezione III finirà, dopo un tortuoso ragionamento, per affermare il contrario, palesemente contro la lettera della legge.

Vero quindi che la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è di tipo «esterno», secondo una consolidata classificazione della dottrina; il problema è se essa – prevista dall'art. 615, comma 1, ovvero dall'art. 623 c.p.c. – risponda a un modello unitario e richieda, per poter essere efficace nell'esecuzione in atto, un provvedimento ricognitivo del g.e. In un primo momento (§ 9.1., in fine), la Corte sembra dare per scontato che il g.e. debba «dichiarare» – nel senso d'una mera «presa d'atto» – la sospensione disposta dal giudice dell'opposizione a precetto così come avviene, ex art. 623 c.p.c., per l'inibitoria del giudice dell'impugnazione; ma nello sviluppo della non breve motivazione giungerà ad affermare che il provvedimento ex art. 615, 1° comma, può autonomamente sospendere l'esecuzione: perché, in sostanza, esso è un omologo di quello che il g.e. può pronunciare a norma dell'art. 624 c.p.c. Risultato, anch'esso, contrastante con la lettera delle norme implicate.

8.-Analisi della sentenza della Sez. III n. 26285/2019. Il passaggio argomentativo centrale è il seguente (§ 9.3.): giacché nessuna norma circoscrive nel tempo il potere del giudice «innanzi al quale è impugnato il titolo esecutivo» (parliamo dunque sempre e soltanto del giudice dell'impugnazione), «è certo che la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, anche se disposta dopo che sia già stato eseguito il pignoramento, determina parimenti gli effetti sospensivi del processo esecutivo previsti dall'art. 626 c.p.c., che infatti parla genericamente di “processo esecutivo sospeso” senza distinguere a seconda che la sospensione sia stata pronunciata ai sensi degli artt. 623 o 624 c.p.c.». Pertanto, continua la Corte, se il provvedimento del comma 1 dell'art. 615 è inquadrabile quale sospensione «esterna», non soltanto il potere del giudice non è temporalmente circoscritto e perdura anche se nelle more il pignoramento venga compiuto, ma gli effetti del provvedimento inibitorio «non differiranno, nella sostanza, dalla

sospensione ex art. 624 c.p.c.: i beni staggiti resteranno soggetti al vincolo di indisponibilità, ma non potranno compiersi ulteriori atti esecutivi» (§ 9.3., in fine).

La Corte omette di considerare che, se il provvedimento del giudice dell'impugnazione può autonomamente sospendere l'esecuzione in atto (art. 623 c.p.c.), quella del giudice dell'opposizione a precetto, che non è una sospensione dell'esecuzione, è sempre, vista dalla prospettiva del g.e., una fattispecie di sopravvenuta carenza dell'efficacia del titolo esecutivo che chiama un provvedimento dello stesso g.e. che incida sull'esecuzione in atto: che sarà pure meramente ricognitivo, non fondato sull'apprezzamento di "gravi motivi" e così non reclamabile, ma che certo non potrà essere del tutto soppresso, se il risultato da raggiungere sarà quello della sospensione del processo esecutivo.

In tal modo, l'art. 615, comma 1, è stato sovrapposto all'art. 623 e allo stesso art. 283, nonostante la chiara diversità delle formule rispettivamente impiegate.

9.-Rapporto tra potere inibitorio del giudice dell'opposizione a precetto e potere sospensivo del giudice dell'esecuzione. Il risultato sa di posticcio: i poteri del giudice dell'impugnazione e quelli del giudice dell'opposizione a precetto vengono totalmente identificati, al punto che, nel § 9.4., potrà affermarsi che «la sospensione del processo esecutivo – che sia disposta ai sensi tanto dell'art. 615, 1° comma, c.p.c., quanto dell'art. 624 c.p.c. – ha natura cautelare (quantomeno in senso lato) tant'è che essa è in entrambi i casi reclamabile ex art. 669-terdecies c.p.c.». Ma non si aggiunge che nel caso dell'art. 624 c'è un'espressa previsione di legge, mentre nel caso dell'art. 615, comma 1, questa espressa previsione manca.

Quando poi si giunge a scrutinare il rapporto tra il potere inibitorio del giudice dell'opposizione a precetto e il potere sospensivo del g.e., sembrerà quasi naturale affermare (§ 9.4.) che «il provvedimento di sospensione disposto ex art. 615, 1° comma, c.p.c. comprende in sé anche gli effetti della sospensione che il giudice dell'esecuzione potrebbe pronunciare ex art. 624 c.p.c.: ed allora,

l'opponente che abbia già richiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo al giudice dell'opposizione pre-esecutiva non può rivolgersi per le medesime ragioni anche al giudice dell'esecuzione». E non sorprenderà neppure l'affermazione successiva, secondo cui il suo potere è *consumato*, «a prescindere dalla circostanza che sull'istanza si sia già provveduto oppure no».

il potere processuale – nulla conta che inibitoria e sospensione siano oggettivamente due istituti diversi – si consuma anche se il giudice dell'opposizione a precetto ometta di provvedere (come molti giudici fanno, una volta iniziata l'esecuzione) e pertanto il g.e., richiesto della sospensione, dovrà preliminarmente verificare (i) se sia stata proposta un'opposizione a precetto fondata sulle medesime ragioni e (ii) se sia stato richiesto in quella sede il provvedimento inibitorio del comma 1 dell'art. 615: circostanze in presenza delle quali i suoi poteri sospensivi, *ex art. 624 c.p.c.*, risulterebbero irrimediabilmente elisi. Qualora, invece, l'istanza di inibitoria non fosse stata presentata al giudice dell'opposizione a precetto riemergerebbe (o non sarebbe consumato) il potere sospensivo del g.e., previa introduzione di un'opposizione all'esecuzione: con la «particolarità» che la competenza del g.e. sarebbe limitata alla sola sospensione (fase sommaria), mentre il giudizio di merito continuerebbe dinanzi al giudice dell'opposizione a precetto: «è come se con il ricorso *ex art. 615, 2° comma, c.p.c.* si rivolgesse un'istanza cautelare in corso di causa ad un giudice dotato, ai soli fini sospensivi, di una competenza funzionale mutuamente alternativa a quella del giudice del merito» (§ 9.5.).

10.-Critica della sentenza n. 26285/2019. I principali punti critici della sentenza ci sembrano i seguenti:

a) essa non parla mai di inibitoria e, in generale, dei poteri del giudice dell'impugnazione (il cui prototipo è nell'art. 283 c.p.c.), che pure sono presupposti nell'art. 623 c.p.c., norma dalla quale l'intero ragionamento muove; essa, cioè, non dà mai conto del perché il giudice dell'impugnazione sia dotato (i) di un potere inibitorio che incide sul titolo esecutivo, volto a prevenire l'inizio in

senso tecnico dell'esecuzione; (ii) di un potere che quest'ultima sospende. In conseguenza, la sentenza non dà mai conto delle differenze che si registrano nei due poteri che l'art. 283 tiene formalmente distinti;

b) la sentenza non si interroga sul perché il giudice dell'opposizione a precetto risulti dotato soltanto del potere inibitorio, e non anche di quello sospensivo (e, specularmente, del perché il g.e. sia dotato del solo potere sospensivo e non anche di quello inibitorio: cioè del perché il g.e. non possa occuparsi del titolo esecutivo), confondendo l'uno con l'altro[4] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftn4);

c) non avendo valorizzato le differenze tra inibitoria e sospensione, la sentenza, quando parla - a proposito del giudice dell'opposizione a precetto, che sappiamo non essere considerato dalla norma - di sospensione «esterna» richiamando l'art. 623 c.p.c., pone sullo stesso piano il potere inibitorio e quello sospensivo, che pure hanno caratteristiche e oggetti distinti e che richiamano una diversa attività conformativa del giudice dell'esecuzione;

d) di qui quella confusione di riferimenti che fa dire alla Corte che la sospensione «esterna» ha un regime unitario che deriva dall'art. 623 c.p.c., laddove il potere del giudice dell'opposizione a precetto è tutto e soltanto nell'art. 615, 1° comma: la cui stessa esistenza si giustifica - tutto al contrario - proprio sul riflesso che la norma è da sempre considerata estranea all'ambito di applicazione dell'art. 623;

e) la sentenza afferma, correttamente, che il pignoramento sopravvenuto (cioè l'inizio dell'esecuzione) non fa venir meno il potere sospensivo del giudice dell'opposizione a precetto, che è potere sul titolo; ma al tempo stesso ignora che quel potere - anche e proprio in ragione del richiamato art. 5 c.p.c. (§ 9.3.) - non può convertirsi in potere di sospendere l'esecuzione: se non altro perché l'art. 623 c.p.c. quel potere assegna, alternativamente ma esclusivamente, al giudice dell'impugnazione e al giudice dell'esecuzione, non anche al giudice dell'opposizione a precetto; e inoltre perché l'art. 5 c.p.c. può perpetuare una competenza che esiste, ma non può creare o trasformare competenze che non esistono;

f) la sentenza dà per scontato che i provvedimenti inibitori, una volta l'esecuzione iniziata, si convertano automaticamente in sospensivi. Ma così certamente non è: la prassi comunemente seguita richiede un'attività ricognitiva del g.e. che prende atto della sospensione «esterna», cioè della sopravvenuta carenza di efficacia del titolo esecutivo, ed è proprio tale attività che arresta l'esecuzione (perché l'inibitoria sul titolo un siffatto potere non ha).

11.-La consumazione e la preclusione sospensiva: istituti creati *ex nihilo* dalla Cassazione e apertamente confliggenti con la disciplina positiva. Una volta posti sullo stesso piano il potere inibitorio e quello sospensivo, la Corte si avventura – ecco il punto indubbiamente più critico – sullo scivoloso terreno della «continenza cautelare» (§ 9.4.) spingendosi ad affermare che la semplice proposizione dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo *consuma* il potere di richiedere al g.e. la sospensione dell'esecuzione (che è cosa diversa) e questa affermazione, di per sé inedita e sorprendente, funge da premessa per una ricostruzione dei rapporti tra opposizione a precetto e opposizione all'esecuzione che non sembra sorretta da alcuna norma né del Libro I, né del Libro III.

Possiamo anzi dire che contrasta in modo palese col diritto vigente: al punto che il mancato esercizio di un potere non previsto dalla legge (il reclamo avverso il provvedimento *ex art. 615*, comma 1) *consuma* il solo potere previsto dalla legge (il reclamo avverso il provvedimento sospensivo *ex art. 624 c.p.c.*) e, prima ancora, la mera richiesta di inibitoria (anche se non seguita da alcun provvedimento) *consuma* il potere di richiedere la sospensione al g.e.: il quale, pur avendo la direzione del processo esecutivo, si trova privato del fondamentale strumento di raccordo con la contestazione dell'azione esecutiva. Ancora una volta, in assenza di un'esplicita previsione di legge. Questa conseguenza è davvero inaccettabile, e lo sarebbe, credo, anche se la regola della competenza «mutuamente esclusiva» fosse prevista per legge: perché nessun g.e., a fronte di una fondata contestazione e magari dinanzi alla vendita imminente, può essere privato del potere di sospendere la procedura. Nessun

g.e. può accettare di essere privato di un simile potere: soluzione che abrogherebbe l'art. 624 c.p.c. e che tradisce lo spirito dello stesso art. 623 c.p.c., che indica come residuale proprio il potere sospensivo del g.e.

12.-L'art. 363 c.p.c.: una norma da rivedere con urgenza. Abbiamo detto che le sentenze n. 19889 e n. 26285/2019 vanno lette come un tutto unitario. Hanno anche una genesi comune, trattandosi di pronunce emesse ex art. 363 c.p.c.: la prima a seguito di una richiesta del P.G., la seconda in occasione di un ricorso dichiarato inammissibile per tardività, ma che ha dato alla Corte l'occasione di pronunciare d'ufficio "nell'interesse della legge" ben otto principi di diritto: due in relazione al ricorso non deciso, sei a seguito di «un'ulteriore riflessione» (§ 8.), che ha interessato appunto la c.d. "preclusione sospensiva" (istituto creato ex *nihilo* dalla Cassazione).

Il fenomeno non può non indurre a riflettere sulla legittimità dell'utilizzo del potere ex art. 363 c.p.c.[5] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftn5), che non dovrebbe estendersi ad aspetti in alcun modo transitati nel giudizio e che vengano identificati dalla Corte, in contraddittorio con alcuno, seguendo uno schema simile a quello che la Consulta adotta allorché dichiara le illegittimità c.d. "conseguenziali": ma autorizzata da un'espressa previsione di legge[6] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftn6).

Inoltre, la lettura dei sei principi di diritto dedicati alla "preclusione sospensiva", concepiti quasi come autonome norme (una sorta di "foglio di allungamento" del codice), mostra che la Cassazione non ha nel caso assicurato «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» (art. 65 ord. giud.) bensì ha integrato la disciplina positiva con previsioni generali e astratte in alcun modo collegate con le norme che ha scrutinato: in nessuna norma si parla infatti di «competenza mutuamente esclusiva» tra giudice dell'opposizione a precetto e giudice dell'esecuzione, e ciò per l'ottima ragione che tali giudici intervengono in fasi processuali diverse esercitando poteri diversi: l'uno sul titolo, l'altro sul processo. In nessuna norma è previsto che, pendente l'opposizione a precetto, il g.e. della

fase sommaria non debba assegnare il termine di cui all'art. 616 c.p.c., dovendosi limitare a provvedere sulla sospensione soltanto se l'inibitoria non sia già stata richiesta al giudice dell'opposizione a precetto. In nessuna norma si prevede che l'istanza di inibitoria proposta al giudice dell'opposizione a precetto *consumi* il potere di richiedere al g.e. la sospensione dell'esecuzione. Senza considerare che la peculiare lettura della norma che regge tutta la fragile *irpalcatura* - l'art. 623 c.p.c. - contrasta frontalmente con orientamenti consolidati, mai messi in discussione.

Ove volessimo collegare le nuove regole *create* dalla Corte col diritto dell'esecuzione, dovremmo prendere atto che esse non possono essere riferite ad alcuna norma, ovvero che sono espressione di una lettura innovativa (e generalmente non condivisa) di norme che da sempre dicono altro: lettura che la Cassazione ha realizzato in totale solitudine, senza alcun tipo di contraddittorio culturale o anche processuale, di dibattiti preparatori e soprattutto senza alcun riferimento col caso che avrebbe dovuto decidere. Il risultato *ne ressemble a rien*, è cioè un'elaborazione molto libera, che non ha punti di contatto con la disciplina codicistica.

Siamo dinanzi, insomma, a un precedente fortemente negativo, che la Corte dovrebbe sforzarsi di mai più replicare. Ove dovesse essere replicato, ci si dovrebbe porre urgentemente il problema della riforma dell'art. 363 c.p.c. (per questo aspetto, in vigore dal 2006), perché la Corte di cassazione è un giudice, non un legislatore di complemento né un consulente giuridico né un libero dispensatore di regole di comportamento indirizzate ai pratici. La Corte ha il compito di affermare il principio di diritto quando *decide* il ricorso (art. 384, comma 1, c.p.c.) e la portata dell'art. 363, forse mal valutata dal legislatore delegato del 2006, deve intendersi del tutto eccezionale perché, qui, non c'è decisione del ricorso.

L'abnorme applicazione dell'art. 363 è peraltro frutto dell'attuale tendenza della Corte, manifestatasi per la prima volta con la notissima sentenza che, a norma invariata, ha sostanzialmente riscritto l'art. 37 c.p.c., a correggere la norma

scritta secondo una sua visione "evolutiva" del diritto, anche processuale; ma si tratta di una tendenza che manifesta aspetti eversivi, che l'art. 65 ord. giud. in alcun modo giustifica.

Fortunatamente, le sentenze della Cassazione non hanno gli stessi effetti di quelle della Corte costituzionale, e dunque i giudici e la comunità dei giuristi sono tenuti a considerarle col massimo rispetto, senza però esserne vincolati. E io credo che la maggior parte dei giudici dell'esecuzione italiani non si sentano vincolati da una pronuncia "a sorpresa", su argomenti mai seriamente discussi, che ha per effetto di privarli dei loro poteri di direzione del procedimento; e ciò grazie a interpretazioni oltremodo dubbie delle norme vigenti ovvero a libere ricostruzioni che, al di là della loro plausibilità, appaiono definitivamente distaccate dal dato positivo.

[1] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftnref1) È quanto opinato dalla SS.UU. n. 19889/2019, secondo cui «oggetto dell'opposizione pre-esecutiva è la contestazione del creditore di agire *in executivis*: pertanto, oggetto dell'azione non è il titolo esecutivo, il quale, se giudiziale, è intangibile in quanto tale, mentre, se stragiudiziale, si risolve in un atto di parte insuscettibile di impugnazione in senso tecnico». Entrambe le affermazioni paiono assai dubbie, ma non possono scrutarci qui.

[2] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftnref2) È necessaria sul punto una piccola precisazione. L'art. 283 utilizza la disgiuntiva "o", il che indurrebbe a credere che prima dell'inizio dell'esecuzione vi sarebbe spazio per l'inibitoria, ad esecuzione già iniziata per la sospensione. In realtà, il provvedimento sospensivo della Corte d'appello compendia i due aspetti, perché da un lato occorre privare il titolo impugnato della sua efficacia esecutiva, dall'altro lato occorre sospendere l'esecuzione, se già iniziata. È appena il caso di precisare che la caducazione degli atti esecutivi è un fenomeno estraneo all'inibitoria, perché presuppone una pronuncia di merito (riforma o cassazione) di caducazione del titolo (art. 336, comma 2, c.p.c.).

[3] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftnref3)
Il punto rimane controverso, perché i “gravi motivi”, presupposto della inibitoria come della sospensione, riguardano esclusivamente il *fumus boni juris*, non anche il *periculum in mora* che nell'esecuzione forzata non è prospettabile.

[4] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftnref4)
Accettando la logica della sentenza, dovrebbe ritenersi che anche il provvedimento del g.e., che riguarda la sola esecuzione, non potrebbe che estendersi al titolo, sospendendone l'efficacia; conclusione contrastante con l'opinione consolidata e mai ridiscussa, che rinviene un solido fondamento testuale nell'art. 624 c.p.c. e nello stesso art. 623 c.p.c.

[5] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftnref5)
Si consideri che la stessa Cassazione (sent. 11 gennaio 2011, n. 404) s'è posta il problema di individuare un limite per l'iniziativa del P.G., opinando che non si può «trarre occasione o spunto da una causa (magari ben decisa) per sollecitare l'interpretazione della Corte su questioni astratte, o, in ogni caso, non pertinenti alla specifica vertenza». L'art. 363 non consente infatti «interventi di tipo, per così dire, preventivo o addirittura esplorativo», perché il P.G. può attivarsi «soltanto nel caso di pronuncia contraria alla legge per denunciarne l'errore e chiedere alla Corte di ristabilire l'ordine, chiarendo il reale significato e l'esatta portata della normativa di riferimento».

[6] (file:///C:/Users/paola/Downloads/Relazione%20S.%20Servolo.docx#_ftnref6)
Si tratta dell'art. 27, della legge n. 87/1953: la Corte costituzionale, «quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime» e, inoltre, «dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata».

(*) Relazione presentata al convegno nazionale organizzato dal Cespec a San Servolo – Venezia (24, 25 e 26 settembre 2021) su *Le fasi delle procedure immobiliari: criticità e questioni controverse nella giurisprudenza di merito e di*

legittimità, nell'ambito della sessione su *Le opposizioni ex art. 615 c. 1 e c. 2 e le preclusioni sospensive*. L'origine dello scritto giustifica l'assenza di note di riferimenti.

 4 MI PIACE