

PROCEDIMENTO MONITORIO E GIUDIZIO DI OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO: PRINCIPALI QUESTIONI ORGANIZZATIVE, ORDINAMENTALI E PROCEDURALI

Relatore:

dott. Franco DE STEFANO

pretore nella Pretura circondariale di Salerno

Sommario: Introduzione – I. Il procedimento monitorio: 1. Il giudice competente – 2. I riscontri immediati – 3. I poteri del giudice – 4. L'emissione del decreto ingiuntivo – II. Il giudizio di opposizione: 1. La natura del giudizio – 2. L'opposizione tardiva – 3. La competenza del giudice dell'opposizione – 4. L'esecutorietà del decreto opposto – 5. La definizione del giudizio.

Introduzione.

Se si pone mente alla generalizzata doglianza sulla farraginosità, lunghezza e inadeguatezza del rito civile, si può bene comprendere come la tendenza di colui che si vede costretto a farvi ricorso sia quella di evitare in ogni modo e con ogni mezzo il rito ordinario, per avvalersi di forme speciali o abbreviate che possano dargli almeno l'aspettativa di una pronta soluzione della controversia che gli sta a cuore.

È proprio in questo contesto e con questo spirito che si è fatto un ricorso sempre più generalizzato – e talora francamente ingiustificato – ai procedimenti speciali previsti dal codice e, tra questi, a quello di ingiunzione, obiettivamente idoneo alla precostituzione in tempi rapidi di un titolo esecutivo, soprattutto nel campo di particolari tipologie del credito, ritenute appunto meritevoli di tale peculiarissimo trattamento processuale proprio per garantire la più agevole circolazione possibile nel mondo giuridico.

Infatti, nonostante la riconduzione del procedimento di ingiunzione nell'ambito dei procedimenti speciali – di cui al libro IV del codice di rito – e l'evidente carattere sommario della cognizione che lo caratterizza, esso ha contenuto soddisfacente ma anche – pur se ispirato ad un'esigenza di economia processuale – una spiccata attitudine al giudicato, in assenza di opposizione: e ciò a differenza dei procedimenti cautelari (che, invece, non sono idonei ad alcun accertamento definitivo, strumentali come sono ad una successiva indefettibile decisione di merito, della quale assicurano solo in via provvisoria gli effetti).

E la sommarietà della cognizione si sostanzia appunto nella sufficienza della sua limitazione alle sole ragioni di una delle parti (cognizione parziale, ovvero superficiale perché parziale,) e, per di più, sulla base di una peculiare documentazione, talvolta di evidente favore per il ricorrente. Il contraddittorio rimane eventuale e posticipato: e, per di più, lasciato all'iniziativa processuale della controparte, la quale, pur continuando a rivestire la qualità sostanziale di convenuto, diviene attore in senso formale e quindi onerata di dare impulso al processo. Tale complessiva impostazione mette in luce le insidie di tale forma di esercizio della giurisdizione: una delle parti viene, per quanto momentaneamente, del tutto pretermessa e le sue ragioni saranno ascoltate soltanto in un tempo successivo e per di più condizionatamente alla tempestività e ritualità di una rilevante attività processuale (la redazione dell'atto di opposizione, la sua notificazione, la sua iscrizione a ruolo, con tutti i costi che comporta), che si accolla proprio a lei.

Tale maggior favore processuale per il creditore spiega, da un lato, chiaramente la propensione delle parti ad avvalersene, sovente anche in casi prossimi ai limiti di ammissibilità stabiliti del codice:

quanto ai giudici che li emettono, essi si identificano generalmente nei capi degli uffici e non si vuol credere che la tendenziale (ma certo non assoluta: si pensi ai decreti ingiuntivi in materia di lavoro) semplicità della cognizione sia l'unico motivo della larghezza nella concessione dei decreti, che pur sempre costituiscono provvedimenti giurisprudenziali resi e, quindi, utili a fini statistici.

Ma nel sistema costituzionale odierno, tuttora caratterizzato dalla inconculcabilità della tutela del diritto alla difesa, di cui all'art. 24 della Carta fondamentale, non va però dimenticata la posizione della controparte e, soprattutto, l'insostituibilità centralità del principio del contraddittorio. Finora, la Corte Costituzionale ha sempre respinto i dubbi di incostituzionalità dell'intera procedura per decreto ingiuntivo, facendo leva sulla non incongruità della mera posposizione della piena tutela delle ragioni del convenuto stesso in una fase successiva, in ragione soprattutto delle peculiarità morfologiche di determinare situazioni tutelabili.

Può e deve farsi di più: e, precisamente, interpretare costantemente tutte le norme procedurali dell'istituto in esame nel senso che possa garantire l'effettività della tutela del contraddittorio e, quindi, anche delle ragioni della controparte, nel pieno rispetto, cioè, delle regole del processo e senza una preconcepita situazione di privilegio assoluto conferita ad una sola delle parti. E già soltanto un profondo rigore nell'interpretazione dei limiti di ammissibilità della procedura, sin dalla fase monitoria, potrebbe combattere gli effetti sicuramente deleteri dell'inflazionamento del ricorso alla stessa, con seri rischi di ulteriore sommarizzazione del processo: sommarizzazione che integra lo snaturamento dalla giurisdizione ordinaria.

Va, da ultimo, soltanto specificato che il taglio della presente trattazione si propone di essere eminentemente pratico, calibrato, per di più, sulle specifiche esigenze dei giudici di pace: pertanto, l'approfondimento o la trattazione compiuta su tutti gli aspetti processuali viene rinviato ad altre e più opportune sedi.

I. – il procedimento monitorio.

1. Il giudice competente.

La competenza per l'emissione del decreto ingiuntivo spetta al giudice che sarebbe competente in via generale per la domanda, ove questa fosse proposta in via ordinaria.

Pertanto, il giudice di pace risulta competente ad emettere decreti ingiuntivi:

- per il pagamento di somme non superiori a L. 5 milioni, salve le eccezioni di cui appresso nel testo tra cui i rapporti di lavoro – o comunque devoluti al pretore in funzione di giudice del lavoro – o di locazione (e di comodato) di immobili urbani (o di affitto di aziende);
- per la consegna di una determinata quantità di cose fungibili o di una cosa mobile determinata, purché il valore, calcolato ai sensi dell'art. 14 c.p.c., non superi L. 5 milioni; in particolare, può ritenersi operante in questa fase, caratterizzata dall'assenza di contraddittorio, la presunzione di appartenenza alla competenza del giudice adito di ciascuna delle domande dispiegate, di cui all'art. 14 c.p.c.

Quanto alla competenza per territorio, poi:

- può farsi riferimento al foro generale delle persone, fisiche o giuridiche, di cui agli artt. 18 e 19 c.p.c., sempre che non vi sia deroga legale o convenzionale, ai sensi degli artt. 29 c.p.c. e 1341 cod. civ., ove essa sia consentita ex art. 29 c.p.c.;
- può, peraltro, applicarsi anche qualunque altro foro alternativo, quale, ad es. quello del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio (in gen.: Cass. 12-6-54 n. 1986, Cass. 14-4-76 n. 1320, Cass. 6-12-84 n. 6430).

Qualche prima conseguenza di tale ultima affermazione:

- in caso di credito fondato su cambiale, può essere competente anche il giudice del luogo di emissione (per tutte: cfr. Cass. 26-3-94 n. 2983; Cass. 2-5-94 n. 4235; analogo principio per il luogo di emissione dell'assegno: Cass. 25-1-56 n. 211, Cass. 13-6-75 n. 2383); mentre è competente il

giudice del luogo ove sia stata pattuita la presentazione della cambiale, ai sensi dell'art. 44 l. camb., solo se la relativa pattuizione abbia avuto luogo in via esclusiva (per tutte: Cass. 17-4-70 n. 101, Cass. 17-11-80 n. 6133, Cass. 5-6-84 n. 3404); si dubita, infine, sulla competenza del giudice del luogo ove deve essere pagato l'assegno e, quindi, della sede della banca trattaria (la ammette: Cass. 7-4-75 n. 1249; la nega: Cass. 26-6-61 n. 1528);

– in caso di crediti per compensi professionali, è competente anche il giudice del luogo ove è stato conferito l'incarico (Cass. 12-6-54 n. 1986, Cass. 14-4-76 n. 1320) e, quindi, quello ove si trova lo studio del professionista, visto che plausibilmente l'incarico stesso è stato lì conferito.

È pacifica l'affermazione dell'estensione del regime di rilevanza della competenza per territorio anche alla fase monitoria: sicché il giudice, adito per ricorso ingiuntivo, non potrà rilevarla di ufficio se non nei casi di competenza inderogabile; ma rimane ferma la facoltà, per l'ingiunto opponente, di eccepirlo entro la prima udienza di trattazione del giudizio, che si identifica con la prima della fase di opposizione.

Non opera, per le cause dinanzi ai giudici di pace, la regola del c.d. foro erariale, dettata dall'art. 6 del r.d. 30-10-33 n. 1611: a differenza che per il Tribunale, le domande di decreto ingiuntivo non debbono essere proposte nel luogo in cui ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie. Pure, ai sensi dell'art. 96 (e non più – anche – dell'art. 326, abrogato dalla legge 8-6-90 n. 142) r.d. 3-3-34 n. 383, la domanda di pagamento del privato nei confronti di un ente pubblico territoriale deve essere proposta, in deroga al criterio del luogo di destinata soluzione, al giudice del luogo in cui hanno sede gli uffici di tesoreria dell'ente tenuto al pagamento: peraltro: tale foro non viene reputato esclusivo e inderogabile (anche se la deroga deve risultare da specifico patto: Cass. 19-5-86 n. 3297), soprattutto quando il creditore sia altro ente pubblico (sicché in tali casi riprende vigore la regola generale di cui all'art. 1182 comma 3 c.p.c.: Cass. 22-12-71 n. 3742); ne consegue che la relativa questione di competenza potrà venire in considerazione solo in sede di opposizione e su specifica eccezione della P.A. opponente, che dovrà pure contestare specificamente il concorrente foro del luogo dove è sorta l'obbligazione (Cass. 4-5-90 n. 3710, Cass. 6-9-85 n. 4646, Cass. 24-6-83 n. 4536 e così via).

Neppure può essere rilevata, in fase monitoria, l'eventuale incompetenza derivante da una clausola compromissoria, su cui sia fondata la devoluzione ad arbitri rituali (sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale, cfr., per tutte, Cass. 8-2-85 n. 1028, Cass. 9-6-83 n. 3956, Cass. 12-8-82 n. 4856), visto il carattere relativo e derogabile della medesima devoluzione e la necessità, quindi, di ascoltare il contraddittore nella fase successiva. Non integrano poi una questione di competenza e comunque non sarebbero rilevabili di ufficio né la sussistenza di una devoluzione ad arbitri irrituali – ma solo di proponibilità dell'azione (Cass. 10-4-90 n. 2987, Cass. 23-2-87 n. 1909, Cass. 21-6-83 n. 4245, Cass. 22-2-64 n. 384) – né l'esistenza di un arbitraggio.

Quanto alla competenza per valore, è appena il caso di precisare che trovano applicazione integrale i criteri di cui agli artt. da 10 a 14 c.p.c.: pertanto, il capitale si somma con gli accessori anteriori alla presentazione della domanda e cioè del ricorso (Cass. 13-6-92 n. 7292, Cass. 20-11-76 n. 4374, Cass. 27-1-64 n. 191). Ne consegue che, ai sensi dell'art. 14 cit., le eventuali incompetenze possono essere rilevate di ufficio in fase monitoria solo in presenza di un chiaro cumulo di domande, determinate o meno e non assistite dalla c.d. clausola di contenimento, che comporti il travalicamento del limite di L. 5 milioni. Le contestazioni, ad onere del convenuto in senso sostanziale e quindi dell'opponente, sono riservate alla sua prima difesa utile, cioè all'atto di opposizione.

Quanto alla competenza per materia, possono qui ricordarsi solo alcune delle ipotesi di insussistenza della competenza del giudice di pace:

– in materie devolute alla cognizione del pretore in funzione di giudice di lavoro;

– in tema di locazione (e di comodato) di immobili urbani (o di affitto di aziende) e, quindi, di canoni di locazione, specie se a seguito di sfratto per morosità;

- in materia di rapporti agrari;
- in materia di spese dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare (ex art. 614 c.p.c.), o per consegna o rilascio (ex art. 611 c.p.c.);
- in tema di recupero di somme versate dal fallito con pagamenti soggetti a revocatoria, ove non abbia direttamente disposto la sentenza che abbia dichiarato quest'ultima;
- ai sensi dell'art. 150 legge fall., per l'ingiunzione di pagamento a soci limitatamente responsabili di somme ancora dovute alla società fallita.

Inoltre, una particolare forma di competenza per materia si ha anche, per i crediti per le prestazioni professionali profuse in una causa da un avvocato e procuratore, in capo al dirigente dell'ufficio giudiziario – e quindi, nel caso di specie, al Coordinatore – ove la causa stessa sia stata definita (e quindi tale competenza specifica non opera se la causa sia stata cancellata o dichiarata estinta, visto che in tal modo essa non sarebbe stata definita: Cass. 20-11-56 n. 4268, Cass. 14-7-55 n. 2243). Del pari, costituisce una forma particolare di competenza esclusiva del capo dell'ufficio (Cass. 18-5-94 n. 4824, Cass. 16-7-94 n. 6700) quella di cui agli artt. 28 a 30 l. 13-6-42 n. 794, mod. con l. 19-12-49 n. 957, relativa allo speciale procedimento per la liquidazione dei compensi ad avvocati e procuratori in materia civile.

Il conferimento della competenza al solo capo dell'ufficio, però, risulta espresso solo per il Tribunale (tanto che l'adozione del decreto da parte di un altro giudice del medesimo ufficio, ovvero da un giudice diverso da quello deputato a supplire il Presidente assente, va eccepita e provata dall'opponente: Cass. 2-10-72 n. 2806, Cass. 14-6-88 n. 4043): tanto si giustifica sulla base dell'incompatibilità della rapidità e sommarietà della cognizione richiesta per l'emissione del decreto ingiuntivo con i tempi necessari per una pronuncia collegiale, sicché per gli altri giudici, istituzionalmente monocratici, la devoluzione della competenza al capo dell'ufficio non è imposta da alcuna disposizione.

Ciò può rendere praticabile, soprattutto in uffici nei quali non dovrebbero essere sentite le esigenze di statistica per provvedimenti sommari, la previsione di una competenza non necessariamente concentrata in tema di decreti ingiuntivi (ripetesi, almeno in fase monitoria), al fine di ripartire un carico di lavoro sensibilmente elevato: e tanto a mezzo di specifiche previsioni tabellari e di distribuzione degli affari, in base a criteri automatici, predeterminati e non governabili dall'esterno. Si può pensare, ad un sorteggio, purché effettivo e non fittizio, tra tutti i giudici incaricabili di un gruppo di ricorsi di numero pari al numero dei giudici; oppure al rilievo dell'iniziale del cognome (o della ragione sociale) dell'ingiunto, dividendo poi le iniziali in base alle frequenze statistiche ricavabili da un comune vocabolario, quando non proprio da un elenco telefonico; oppure al rilievo della cifra finale del numero di iscrizione a ruolo, ovvero dell'ordine cronologico della stessa iscrizione, combinato con l'ordine di anzianità – crescente o decrescente – od alfabetico dei magistrati incaricabili.

In tutti i casi, comunque, se la concentrazione in capo ad una sola persona consente un'evidente parità di trattamento e di impostazione giurisprudenziale, la ripartizione del carico tra più giudici garantisce anche la pluralità all'interno dell'ufficio e, soprattutto, la possibilità che ad occuparsi dell'opposizione sia proprio lo stesso magistrato che, dopo avere affrontato con cognizione parziale la questione, può ora esaminare anche le ragioni della controparte e valutare – e se del caso rivalutare – il complessivo materiale probatorio e la decisione finale sulla sussistenza o meno del credito azionario originariamente con il ricorso per decreto ingiuntivo. Del resto, l'ordinamento già conosce casi di devoluzione del medesimo procedimento anche al magistrato che aveva emesso una precedente pronuncia, ove insorgano fatti nuovi – e non già censure, in senso tecnico, alla medesima decisione – che potrebbero, almeno in astratto, indurlo a riesaminare uno o più punti della stessa: si pensi al caso della revocazione o dell'opposizione di terzo.

È forse il caso di precisare che, nelle procedure volte alla liquidazione delle spettanze in favore degli avvocati o procuratori, sia se iniziate ai sensi dell'art. 28 l. prof. (procedura che non passa attraverso la cesura tra una fase ingiuntiva ed una eventuale di opposizione), sia se intraprese ai

sensi degli artt. 633 ss. c.p.c., unico legittimato passivo è il cliente del professionista (che è colui che richiede l'attività professionale del professionista, anche se da svolgersi in favore di altri soggetti: Cass. 9-3-83 n. 1768; Cass. 10-7-80 n. 4413) e giammai la controparte del primo. Le procedure stesse possono, poi, completamente prescindere dalle statuizioni sulle spese pronunziate nel giudizio in cui l'attività professionale è stata svolta (Cass. 30-5-91 n. 6101).

2. I riscontri immediati.

Nonostante la generale possibilità di presentazione della domanda in forma anche solo orale, previste dal nuovo testo dell'art. 316 c.p.v., c.p.c., non può ritenersi che anche il ricorso per decreto ingiuntivo, che pure costituisce l'atto introduttivo del giudizio ordinario – sia pure a contraddittorio posticipato e solo eventuale – sulla pretesa azionata con il ricorso stesso, possa essere proposto verbalmente, con contestuale verbalizzazione ad opera dell'ufficio del giudice di pace. L'argomento decisivo in contrario dovrebbe individuarsi nell'esclusività di tale previsione per i casi, che del resto costituiscono non solo la norma ma anche la stragrande maggioranza, di proposizione della domanda con citazione: tant'è vero che lo stesso art. 316 c.p.v. cit. impone poi che sia lo stesso attore a notificare l'atto introduttivo alla controparte.

Peraltro, alla parte è pur sempre consentito, ai sensi dell'art. 82 c.p.c., stare in giudizio di persona, dietro un'autorizzazione del giudice: sicché dovrebbe ritenersi ammissibile che un qualunque utente della giustizia si rivolga appunto al giudice di pace, instando preliminarmente per l'autorizzazione a stare in giudizio di persona per il giudizio da iniziarsi a mezzo di ricorso per d.i., per poi, appunto, presentare quest'ultimo. E nessun ostacolo, almeno in linea di principio, si ravvisa anche all'operatività dell'art. 317 c.p.c., a mente del quale le parti possono farsi rappresentare da persona munita di mandato scritto in calce alla citazione (e, in questo caso, al ricorso) o in atto separato: naturalmente, tale norma consente soltanto la sostituzione della parte nei casi in cui debba o possa comparire di persona, sicché non dovrebbe incidere sulla disciplina generale dei primi due commi dell'art. 82 (in altri termini, il procuratore potrebbe stare in giudizio senza ministero di procuratore legale nei soli casi in cui potrebbe stare in giudizio di persona la parte: occorrerebbe comunque la previa autorizzazione del giudice).

È noto – poi – che, a norma dell'art. 46 l. 21-11-91 n. 374, gli atti e i provvedimenti relativi a cause dinanzi al giudice di pace, di valore non superiore a L. 2 milioni, sono esenti da imposta di bollo e registro, nonché da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie o natura; mentre per le cause di valore superiore si applicano le tariffe – in tema di imposte, tasse, diritti e spese – previste per i giudici dinanzi ai pretori.

Ciò comporta che i ricorsi per decreto ingiuntivo per un valore, da determinarsi però ai sensi degli artt. 10 a 14 c.p.c., non superiore a L. 2 milioni vanno immediatamente iscritti a ruolo, senza altra formalità e senza il versamento di alcunché. Poiché, però, il calcolo del valore può comportare l'interpretazione di norme giuridiche sulla competenza ovvero l'effettuazione di operazioni aritmetiche non semplici e può non esaurirsi in un mero riscontro formale (si pensi al caso di una sorta capitale determinata, ma con l'aggiunta di interessi, ora senza specificazione alcuna, ora con l'indicazione di una certa decorrenza o di un certo tasso), può essere utile impartire disposizione agli uffici di Cancelleria di sottoporre, nei casi dubbi, ad uno dei magistrati incaricabili della trattazione il ricorso stesso per stabilire il valore e valutare se richiedere o meno dal ricorrente la corresponsione dei dovuti diritti. A meno titolo esemplificativo, si ricordi che la formula generale per il calcolo degli interessi è: $I = C * r * g / 36500$, dove "I" sono, appunto, gli interessi da calcolare, "C" la sorta capitale, "r" il tasso non ancora diviso per cento, "g" il numero dei giorni intercorrenti tra il dies a quo e il dies ad quem.

Una volta operato tale riscontro, il ricorso va senza alcun indugio iscritto a ruolo, per essere passato poi al Coordinatore ovvero al magistrato che, in assenza di lui, provvede alle assegnazioni degli

affari sopravvenuti, al fine dell'immediata designazione del magistrato competente ad esaminare il ricorso stesso; ed il fascicolo dovrebbe poi subito essere trasmesso a quest'ultimo. Naturalmente, trattandosi di causa introdotta con ricorso, non opera il meccanismo procedurale di cui all'ultimo comma dell'art. 168-bis c.p.c..

Ora, si ricordi che, con il ricorso, l'attore in senso sostanziale, cioè il creditore, dispiega la sua domanda nei confronti della controparte: in buona sostanza, il ricorso è l'atto introduttivo del giudizio, sia che quest'ultimo si concluda con il decreto divenuto difinitivo per mancata opposizione, sia che questo si svolga poi, a seguito dell'iniziativa processuale del convenuto, nelle forme ordinarie, con un contraddittorio meramente posticipato. Esso contiene la sola editio actionis, ma non anche la vocatio in ius; e, a norma dell'art. 638 c.p.c., deve contenere tutti i requisiti dell'art. 125 c.p.c., vale a dire l'indicazione del giudice competente, del ricorrente, del debitore ingiunto, dell'oggetto, della causa petendi ed infine della prova scritta su cui si basa la domanda di ingiunzione.

Nonostante la complessità che tale norma impone al contenuto del ricorso, però, la giurisprudenza ha sempre ritenuto ammissibile una richiesta di ingiunzione formulata anche soltanto sommariamente, purché accompagnata da uno dei documenti previsti dagli artt. 634, 635 e 636 c.p.c. (Cass. 20-7-85 n. 4305, Cass. 22-1-80 n. 535, Cass. 8-7-63 n. 1851); e, in ogni caso, non determina nullità del ricorso stesso neppure qualche lieve differenza nell'indicazione del cognome dell'ingiunto, quando dal contesto dell'atto si possa identificare esattamente la persona evocata in giudizio e sia, nel contempo, esclusa qualsiasi possibilità di errore per omonimia (App. Perugia 13-9-89, in Arch, civ. 1990, p. 391), ad esempio quando il nome si ricavi dalla ditta (Cass. 16-5-75 n. 1922).

Il giudice designato per l'istruzione – ovvero il coordinatore, ove non sia stata prevista una pluralità di giudici – deve, a questo punto, esaminare la prova scritta allegata al ricorso, sulla cui regolarità fiscale avrà, naturalmente, in precedenza, vigilato il cancelliere. Tra le numerose problematiche al riguardo, centrale rilevanza investono quelle in tema di indentificazione della prova scritta e di documenti assistiti da efficacia legale ai fini dell'emanazione del decreto ingiuntivo.

A questo riguardo:

– prova scritta può essere costituita da qualunque documento, cioè da una qualsiasi cosa atta a rappresentare fatti od eventi, quand'anche privo dell'efficacia probatoria assoluta di cui agli artt. 2700 e 2702 c.c.: in particolare, non è necessario che la prova scritta fornisca una prova piena e diretta dell'assistenza dei fatti giuridici costitutivi del diritto azionato, attesa la possibilità di integrare nel successivo giudizio di opposizione – e con efficacia retroattiva – le prove fornite nella fase monitoria (per tutte: Cass. 25-3-71 n. 845, Cass. 27-4-76 n. 1479, Cass. 27-1-79 n. 615, Cass. 14-3-95 n. 2924);

– la prova scritta deve riguardare in modo immediato e diretto i fatti costituiti del diritto azionato; in tal modo, nessun problema si pone in caso di promessa di pagamento o ricognizione di debito, ovvero di dichiarazione confessoria dell'apparente obbligato, ovvero di atti di rinnovazione dell'originario documento (ex art. 2720 cod. civ.); quanto, invece, alle prove scritte contenenti non già la documentazione dei fatti costitutivi in se stessi considerati, ma solo di altri, idonei – però – a fare logicamente ritenere provati i primi, occorrerà limitare il ricorso alla prova critica entro il ristretto ambito dell'art. 2729 cod. civ., sicché potranno ritenersi provati i fatti ignoti soltanto se gli indizi gravi, precisi e concordanti – od anche un solo fatto, purché di rilevante precisione e gravità: Cass. 21-5-84 n. 3109, Cass. 4-8-82 n. 4376 – non lascino ragionevoli dubbi in ordine alla verità del fatto di accertare (Cass. 6-3-78 n. 1106);

– la prova scritta può essere integrata anche da un documento con scrittura non autenticata o non riconosciuta, visto che il meccanismo processuale per il riconoscimento presuppone la pendenza del giudizio a contraddittorio pieno e che quest'ultimo, invece, si avrà soltanto con l'instaurazione della fase di opposizione; peraltro, il giudice dell'ingiunzione potrà valutare l'autenticità sulla base della comune esperienza, escludendola, ad esempio, in caso di firma palesemente illeggibile o

manifestamente irriducibile a colui che viene indicato come debitore – nome e cognome agevolmente leggibili, ma diversi in modo radicale da quelli del debitore – o presenza di sottoscrizioni con grafie chiaramente differenti ma attribuite alla stessa persona;

– la fattura relativa ad una compravendita, di per sé sola, può far fede solo della spedizione della merce fatturata, ma non anche di tutti gli altri elementi del contratto di compravendita, in quanto essa attiene al solo momento esecutivo di questo; e, così, almeo nella fase monitoria (ché in quella di opposizione potrebbe non bastare nemmeno questo), per non mortificare oltremodo il diritto di difesa del debitore, occorrerebbe quanto meno – se non il versamento in atti dell'ordine, sottoscritto dall'ingiunto – la prova dell'effettuazione della consegna, ad esempio con la bolla di consegna sottoscritta da persona riferibile all'ingiunto (ritengono invece sufficiente la mera produzione della fattura, anche a prescindere dalla presentazione dell'estratto autentico delle scritture di cui all'art. 634 c.p.v. c.p.c., per tutte: Cass. 26-5-79 n. 3090, Cass. 8-6-79 n. 3261, Cass. 23-7-94 n. 6879);

– la prova può anche essere integrata da un documento proveniente da un terzo, purché, oltre che attendibile e meritevole di fede, sia quanto meno idoneo a dimostrare, in via almeno presuntiva, la sussistenza del debito (Cass. 8-5-76 n. 1625, Cass. 23-4-76 n. 1449): potendo le scritture formate da terzi comunque fornire materiale indiziario e presuntivo atto a fondare la decisione (Cass. 9-5-87 n. 4295, Cass. 5-9-84 n. 4767).

Mentre, in linea generale, la valutazione del materiale probatorio, per quanto sommaria, viene comunque lasciata al prudente apprezzamento del giudice, non mancano casi di efficacia legale di alcuni tipi di documenti:

– gli estratti autentici delle scritture contabili, che non devono esaurirsi nella mera fotocopia, per quanto autentica, di parti di queste ultime, visto che il notaio che li produce ne deve attestare altresì la regolare bollatura e vidimazione; ma si noti pure che tale efficacia viene riconosciuta, nei confronti di soggetti non imprenditori, soltanto per il caso di somministrazioni di merce o di denaro e non anche, quindi, per la prestazione di servizi; rimane naturalmente ferma la possibilità, sia pure con la necessaria integrazione di ulteriore documentazione probante, di considerare il documento prodotto, per quanto non in regola con l'art. 634 c.p.v. c.p.c., quale prova scritta, non privilegiata, ai sensi dell'art. 633 c.p.c., ma, quindi, con libera valutazione del giudice;

– le parcelle di spese e prestazioni, se del caso – e cioè, quando l'ammontare delle spettanze non sia determinato in base a tariffe obbligatorie e fisse – corredate del parere dell'associazione professionale competente; nonostante la giurisprudenza maggioritaria ritenga assolutamente sufficiente – si badi: solo nella fase monitoria – la notula vistata per far ritenere provata anche l'attività prestata (per tutte: 7-6-72 n. 1765, Cass. 29-12-75 n. 4242, Cass. 21-9-77 n. 4036, Cass. 19-3-80 n. 1848, Cass. 21-4-81 n. 2342, Cass. 21-3-83 n. 1977, Cass. 24-8-94 n. 7569, Cass. 21-2-95 n. 1889), è preferibile a conforme alla Costituzione (come ritiene, sia pure liquidando la questione con una pronuncia di infondatezza, la Corte Costituzionale con le sue sentenze 4-5-84 n. 137 e 19-1-88 n. 34), che vi sia, anche nella fase monitoria, pure un principio di prova sull'effettività della prestazione resa (sull'andebatur); la Consulta ritiene che a tanto debba provvedere proprio il Consiglio dell'ordine competente, al momento della formulazione del parere, ma non dovrebbe essere per nulla vietato al giudice il riscontro diretto di tale fondamentale elemento (Cass. 21-10-54 n. 3962; cfr. anche Cass. 20-1-82 n. 384), per non violare il principio della difesa dei diritti anche dei convenuti;

– i documenti (i libri o registri, autenticati da un funzionario all'uopo autorizzato ovvero da un notaio; ma anche gli estratti di tali libri o registri: Cass. 25-2-80 n. 1312, Cass. 26-5-80 n. 3433) attestanti i crediti dello Stato e di alcuni enti pubblici, ovvero di enti soggetti alla vigilanza da parte dello Stato, tra i quali, ad esempio, ai sensi dell'art. 102 della l. 7-4-38 n. 638, alcuni tipi di aziende di credito (Istituto di emissione, Istituti di credito di diritto pubblico, Banche di interesse nazionale e Casse di Risparmio) l'estratto di saldaconto (per il quale qualche problema di efficacia probatoria suole porsi soltanto per la fase di opposizione);

– gli accertamenti degli Enti previdenziali per i loro crediti, ovvero degli Istituti Autonomi delle Case Popolari per i crediti relativi ai canoni delle case stesse; ma su tali materie dovrebbe difettare radicalmente la competenza del giudice di pace (dovendosi devolvere, *ratione materiae*, la cause dei primi al pretore del lavoro e quelle dei secondi al pretore delle locazioni).

Sulla certezza, liquidità ed esigibilità del credito non si ha in questa sede spazio sufficientemente per una qualche sia pur minima disamina: ma sembra opportuno solo ricordare che, nei confronti della P.A., il ricorso per decreto ingiuntivo è sì ammesso, ma a condizione che la ragione di credito azionata sia di diritto soggettivo e che la pronuncia richiesta rientri tra quelle di condanna consentite al giudice ordinario nei confronti della P.A. (per tutte, può consultarsi Cass. SS.UU. 23-2-74 n. 542); per l'esistenza stessa del credito, d'altro canto, si ricordi che non è necessaria la previsione della posta in bilancio, ma deve risultare comunque seguita la procedura amministrativa di formazione della volontà di obbligarsi da parte dell'ente pubblico (diversamente, ove risultasse soltanto l'effettuazione della prestazione da parte del privato, ma non anche una formale assunzione di obbligazione da parte della P.A., vi sarebbe luogo soltanto per un'azione di ingiustificato arricchimento, che presupporrebbe però il riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione e che, così, non sarebbe compatibile con il procedimento monitorio).

3. I poteri del giudice.

In primo luogo, non può negarsi l'ammissibilità del deposito di note difensive, in pendenza della fase monitoria, ad opera della controparte, possibile ingiunta, ove questa sia in qualche modo venuta a conoscenza della pendenza del ricorso contro di essa presentato: la deroga al principio del contraddittorio nella fase monitoria in senso stretto non si traduce necessariamente nell'esclusione di qualsiasi apporto difensivo da parte dell'asserito debitore e, del resto, il possesso di una prova documentale idonea a contrastare quella esibita dal ricorrente concreta il presupposto – per quanto di non frequente ricorrenza nella prassi – per l'esercizio anticipato di difesa del debitore (sul punto, cfr. Trib. Bari, decr. 21-3-90, in Foro it. 1991, I, coll. 1270 ss.).

Ciò posto, una volta riscontrata la ritualità formale del ricorso e della documentazione allegata al ricorso (che, si ricordi, deve essere in bollo, a meno che il valore della causa non sia inferiore a lire duemilioni), il giudice deve appunto vagliare se ricorrono nel caso concreto tutti i presupposti processuali dell'azione e se questa sia stata proposta con i requisiti e nei limiti di cui all'art. 633 c.p.c.: a mero titolo esemplificativo, si menziona qui la sussistenza di giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, la sussistenza della competenza (se rilevabile di ufficio), della capacità processuale del ricorrente, della sottoscrizione del ricorso da parte di un procuratore munito di regolare procura ed iscritto in uno degli albi dei Tribunali del distretto del giudice adito. In caso di insussistenza di anche uno solo di tali presupposti, la pronuncia di rigetto rivestirebbe un carattere meramente processuale, assimilabile, così, alle sentenze di c.d. assoluzione dell'osservanza dal giudizio.

In caso, invece, di esito positivo della valutazione relativa ai presupposti processuali, il giudice dovrà procedere all'esame delle prove esibite dal ricorrente a sostegno della domanda di ingiunzione: e, nell'ipotesi in cui quest'ultima appaia non già *ictu oculi* infondata, ma soltanto insufficientemente documentata, egli può disporre che il ricorrente sia invitato ad integrarla. Si instaura, in tal modo, un rapporto privilegiato tra il giudice e il ricorrente, in forza del quale si può correre il rischio di accrescere ulteriormente la posizione di indubbio vantaggio processuale già riconosciuta al creditore e di mortificare ulteriormente quella del debitore: in tale ottica si è persino ritenuto inammissibile la presentazione di note difensive a sostegno della domanda avanzata con il ricorso (in termini, cfr. Trib. Venezia 4-6-92, in Foro it. 1994, I, col. 289), ma forse a tanto non può giungersi, visto che nessuna limitazione pone lo stesso art. 640 c.p.c. alla forma della risposta del ricorrente all'invito del giudice.

A mero titolo esemplificativo, tale invito potrà essere rivolto allorché il ricorrente ometta di depositare tutti i documenti giustificativi pure indicati in ricorso (come nell'ipotesi di una pluralità di effetti cambiari o di fatture), ovvero se egli, pur adducendo una misura extralegale degli interessi richiesti, ometta di versare in atti la relativa convenzione derogativa.

Quanto alle prestazioni documentate con fattura:

- se si ritiene, radicalmente, insufficiente il documento quale prova scritta, anche se integrato con altri, occorrerà invitare il ricorrente a produrre l'estratto di cui all'art. 634 c.p.v. c.p.c.;
- se si ritiene, invece, necessario almeno un principio di prova scritta sull'effettività della prestazione del creditore, occorrerà invitare il ricorrente a produrre la bolla di accompagnamento firmata da persona riconducibile al debitore (tale soluzione non può adottarsi nei casi di prestazioni di servizi: nei quali, ove non si voglia rigettare tout court il ricorso, occorrerà invitare il ricorrente a versare principio di prova scritta sull'effettuazione della sua prestazione, come un certificato di collaudo o un riconoscimento della medesima, da parte del debitore);
- se si ritiene, poi, necessario pure un principio di prova sull'effettività della pattuizione del corrispettivo, occorrerà invitare il ricorrente a produrre prova dell'ordine, contenente appunto il prezzo, sottoscritto dal debitore, ovvero del preventivo da lui accettato, ovvero, se si tratti di vendita di cose aventi un prezzo di mercato o abitualmente vendute dal venditore, gli elementi scritti di cui all'art. 1474 cod. civ. (a seconda dei casi: prezzo normalmente praticato dal venditore, atto della pubblica autorità che stabilisce le eventuali tariffe, listino o mercuriale del luogo in cui deve essere eseguita la consegna o della piazza più vicina).

Quanto ai crediti condominiali, una volta rammentato che la giurisprudenza esclude un rapporto diretto tra amministratore e conduttore (dovendo il primo rivolgersi esclusivamente al condòmino-locatore: per tutte e tra le più recenti, cfr. Cass. 12-1-94 n. 246 e 3-2-94 n.1104), si deve por mente al fatto che la disposizione dell'art. 63 disp. att. cod. civ. consente sì l'emanazione di un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo per i contributi dei singoli condomini, ma a condizione che sia presentato uno stato di ripartizione approvato dall'assemblea: in nessun caso, pertanto, bastano le mere bollette condominiali insolute. Quando siano prodotte soltanto queste, occorrerà invitare il ricorrente – generalmente, l'amministratore del condominio – a produrre:

- la copia autentica della specifica approvazione, in una seduta assembleare, non solo della spesa complessiva da ripartire, ma anche della particolareggiata indicazione della ripartizione e dei criteri al riguardo seguiti (il piano non dovrebbe, in sostanza, giammai essere redatto dal solo amministratore e in un secondo momento, per quanto in dichiarata applicazione delle tabelle millesimali o degli altri criteri di ripartizione per avventura seguiti);
- in difetto, la copia autentica almeno della delibera assembleare dell'approvazione delle spese da ripartire, nonché la copia autentica delle tabelle millesimali da cui ricavare il valore della proprietà del debitore (ed inoltre, se necessario, anche la prova della qualità di condòmino in capo a quest'ultimo, ove per esempio non risultasse da uno degli altri documenti); in tal modo, il decreto ingiuntivo potrà essere, dopo il riscontro aritmetico della correttezza dei conteggi, concesso, ma non provvisoriamente esecutivo, visto che manca un vero e proprio stato di ripartizione approvato dall'Assemblea.

Le modalità di invito del ricorrente all'integrazione della documentazione sono previste in modo abbastanza chiaro dall'art. 640 c.p.c.: occorre formalizzare l'invito per il tramite della Cancelleria e, quindi, emettere un decreto scritto in calce al ricorso o a suo margine, contenente in forma espressa l'oggetto dell'invito. Non pare possibile inserire un termine perentorio, visto che ciò è consentito solo ove la legge lo preveda espressamente; peraltro, nulla vieta di apporre un termine acceleratorio (ragionevole a seconda del caso specifico), trascorso il quale il giudice bene potrà decidere allo stato degli atti, rilevando che l'invito all'integrazione della documentazione non è stato accolto dal ricorrente. Nelle more di tale termine, il ricorso risulta sospeso, nel senso che su di esso il giudice potrà dimostrare di non avere ancora provveduto, in attesa dell'eventuale risposta del ricorrente al suo formale avviso ex art. 640 c.p.c..

Tuttavia, la prassi ha inventato forme alternative, nella diffusa convinzione che la formalizzazione potrebbe risultare in qualche modo sconveniente: e allora vi sono le semplici annotazioni a matita o su foglio volante semplicemente accluso in via temporanea, quando non anche i semplici e criptici appunti del tipo “conferire” o equivalenti. Si ha, in tal modo, anche in questo caso una certa massa di ricorsi per decreti ingiuntivi sospesi, ma solo di fatto e cioè tali che per essi non risulterà poi, alla fine, alcuna traccia del motivo per il quale tanto tempo è trascorso tra il deposito e il provvedimento finale (o, per esempio, del motivo per il quale il timbro del “depositato” di una parte della documentazione sia successivo – e talvolta di molto – a quello del ricorso stesso). Va, ben al contrario, evidenziato come l’adozione delle forme volute dal codice risulti nell’interesse di tutti, del giudice e di tutte e due le parti, cioè anche del debitore, che potrà valutare se quel rapporto privilegiato tra l’organo giudicante e il creditore si sia mantenuto nei limiti della correttezza, ovvero non sia trasmodato in un vero e proprio intollerabile suggerimento della via per conseguire l’accoglimento della domanda.

La domanda avanzata con il ricorso per decreto ingiuntivo va, così, rigettata:

- se il ricorrente non risponde all’invito suddetto;
- se, dopo tale invito, egli non ritiri il ricorso;
- se la domanda sia valutata a priori assolutamente (non solo carente dei presupposti processuali, ma, a maggior ragione) infondata.

A tale ultima fattispecie suole ricondursi anche l’ipotesi dell’evidenza, dalla stessa documentazione prodotta, di un fatto impeditivo o estintivo del diritto del ricorrente, rilevabile di ufficio (quale, ad es., la prova del pagamento contestuale alla stipula del contratto). Non può invece rilevarsi di ufficio, in sede di emissione del decreto di ingiunzione, alcuno di quei fatti – e naturalmente, nei limiti in cui esso emerga dagli atti – che integrerebbero un’eccezione in senso proprio: questa rimane rimessa all’iniziativa della parte interessata, per quanto non sia stato ancora instaurato il contraddittorio nei suoi confronti (si pensi alla prescrizione o alla decadenza).

4. L’emissione del decreto ingiuntivo.

Il positivo riscontro della prova offerta dal ricorrente, sussistendo anche i presupposti di competenza e ammissibilità, comporta una decisione di accoglimento della domanda proposta dal ricorrente con il ricorso e si sostanzia nell’emissione del decreto ingiuntivo, cioè di un decreto motivato. L’esigenza della motivazione viene imposta dal dettato dell’art. 111 della Costituzione, ma la giurisprudenza ammette correntemente che essa possa essere soddisfatta con il semplice riferimento ai motivi indicati in ricorso, richiamati per relationem nel provvedimento monitorio (“letto il ricorso che precede...”, “ritenuta fondata la domanda...”) e portati a conoscenza dell’ingiunto mediante la notificazione sia del ricorso, sia del decreto, ai sensi dell’art. 643 c.p.c. (per tutte, cfr. Cass. 16-6-87 n. 5310 e Cass. 17-10-73 n. 2607).

Il decreto, avendo la natura di accertamento con attitudine al giudicato (e quindi del tutto identico a quello contenuto in una sentenza definitiva di condanna emessa all’esito di un ordinario giudizio di cognizione), deve contenere l’ingiunzione al debitore di pagare la somma dovuta (o di consegnare la cosa o la quantità di cose fungibili o, invece di queste, la somma indicata dall’art. 639 c.p.c.), nel termine di venti giorni, con l’avviso della possibilità di proporre, entro lo stesso termine, opposizione e dell’eventualità che, in mancanza di quest’ultima, si potrà procedere ad esecuzione forzata. L’indicazione di tale termine è a pena di nullità del provvedimento, visto che ne costituisce un requisito essenziale a tutela del diritto di difesa dell’intimato.

Quanto agli accessori del credito principale, per il quale il decreto stesso viene concesso, nessun problema sorge per gli interessi, la cui misura viene determinata in via generale dalla legge; in caso di richiesta di interessi ad un tasso maggiore, poi, il creditore ha l’onere di versare in atti la pattuizione scritta da cui risulti tale tasso extralegale: in mancanza, bene il decreto potrà essere

concesso soltanto per gli interessi al tasso legale. Al fine di consentire un corretto computo dell'entità degli interessi, poi, è senza dubbio consigliabile che sia specificato (già in ricorso, ma anche in decreto) il tasso e la decorrenza, curando che, in base a quelli riconosciuti, non si dia luogo ad un cumulo ai sensi dell'art. 10 c.p.c. e, quindi, al travalicamento del limite massimo di competenza. È appena il caso di precisare che, ove invece il cumulo ne comporti il superamento, occorrerà rigettare il decreto per incompetenza, a nulla potendo rilevare – ai delimitati fini della pronuncia sulla competenza – una limitazione della domanda avvenuta in tempo successivo al momento della sua prestazione (cioè, nel caso di specie, al deposito del ricorso per decreto ingiuntivo).

Sempre quanto agli accessori, non può ritenersi condivisibile l'impostazione giurisprudenziale della riconoscibilità, sin dal decreto ingiuntivo in materia diversa da quella del lavoro, anche della rivalutazione monetaria. In favore di tale riconoscibilità sembra militare la notorietà del fenomeno inflattivo e la facile accessibilità dei dati Istat sul cui parametro calcolare il maggior danno da svalutazione, ai sensi dell'art. 1224 c.p.v. cod. civ.; eppure, almeno di recente si è correttamente stabilito che nel procedimento ingiuntivo è inammissibile la richiesta di qualsiasi bene della vita diverso dal pagamento di una somma di denaro liquida (oltre, naturalmente, le ipotesi di consegna di beni fungibili i mobili, di cui all'art. 633 c.p.c.) e certamente tale non può considerarsi la domanda di maggior danno di svalutazione (per tutte, cfr. Cass. 22-2-82 n. 2106 e Cass. 30-5-87 n. 4821; cfr. anche Trib. Milano 28-12-82 e Trib. Ivrea 9-1-81, in *Giur. it.* 1981, I, 2, p. 500, con nota adesiva di Pira). Ed il danno da svalutazione necessita pur sempre di una valutazione caso per caso, cioè di una vera e propria istruttoria (sterminata è la giurisprudenza al riguardo; si consultino, tra le tante, Cass. SS.UU. 5-4-86 n. 2368 o Cass. SS.UU. 19-4-84 n. 2564, nonché, più di recente, Cass. 3-2-93 n. 1342 e Cass. 1-7-92 n. 8094), incompatibile con la struttura processuale, a cognizione sommaria e meramente deliberativa, della fase monitoria. La ricca problematica ha opposta soluzione, invece, in tema di crediti di lavoro e previdenziali: ma, proprio per questo, non rileva nei giudizi dinanzi ai giudici di pace.

Il decreto di accoglimento deve contenere la liquidazione delle spese processuali, compresi i diritti di procuratore e gli onorari di avvocato da porsi a carico del debitore, il quale è tenuto a corrisponderle anche nel caso in cui abbia pagato la somma ingiunta dopo l'emissione del provvedimento, ma prima della notificazione dello stesso (Pret. Roma 31-5-75, in *Temi rom.* 1975, p. 570; Trib. Ravenna 1-7-74, in *Foro pad.* 1974, p. 471; Trib. Messina 13-7-70, in *Rass. giur. Enel* 1972, p. 617; Pret. Salerno 24-5-60, in *Giust. civ.* 1960, I, p. 2056; App. Milano 26-6-59, in *Foro pad.* 1959, I, p. 847). Viceversa, ove il debitore dimostri di aver provveduto al pagamento dopo la richiesta del decreto, ma prima della sua emissione, si è sostenuto che il creditore dovrebbe agire in separata sede per il pagamento delle spese della procedura monitoria, legittimamente avviata prima del detto pagamento (in tali sensi, cfr. Cass. 11-4-90, n. 3054).

Esigenze minimali di parità di trattamento consigliano di adottare, a livello di ogni singolo ufficio e soprattutto per il caso in cui sia più di un magistrato ad occuparsi dei decreti ingiuntivi in fase monitoria, di una vera e propria tabella unificata per la liquidazione degli onorari, nonché di una sorta di ricognizione dei diritti di procuratore minimi indefettibili, salva, naturalmente, la necessità dell'esame del caso singolo. Si ricordi che anche in questo caso può applicarsi il principio secondo il quale vanno escluse dalla liquidazione tutte le spese eccessive o superflue e che, comunque, per la liquidazione degli onorari vi è una voce specifica, nella tariffa forense, che assorbe tutte le altre (non spetteranno, pertanto, separati onorari per la redazione dell'atto introduttivo o per alcuna delle altre attività processuali separatamente considerate: ad esempio, per la fascia di valore da 1 a 3 milioni, è previsto un minimo di L. 40.000 ad un massimo di L. 175.000, mentre per quella da 3 a 5 milioni un minimo di L. 45.000 ed un massimo di L. 205.000; per i praticanti procuratori il tutto dovrebbe essere poi diviso per metà).

Infine, il decreto ingiuntivo, una volta emesso, deve essere registrato, in conformità alle disposizioni del d.p.r. 26-4-86 n. 131, che ha innovato la precedente disciplina di cui al d.p.r. 26-10-72 n. 634 (si

noti che, ai fini dell'imposta di registro, in caso di decreto ingiuntivo che condanni sia il debitore principale che il fidejussore non è soggetto a duplice tassazione, attesa l'unicità dell'effetto giuridico prodotto dal decreto e consistente nella condanna di più soggetti, in via alternativa, al pagamento della medesima determinata somma: Cass. 27-7-92 n. 9007 e Cass. 20-5-89 n. 2417).

Orbene, in via di principio il decreto ingiuntivo non acquista efficacia esecutiva se non a seguito della mancata proposizione dell'opposizione da parte dell'ingiunto: a questo riguardo è indispensabile curare con rigore l'annotazione, sull'originale del decreto, della comunicazione effettuata dall'Ufficiale giudiziario dell'avvenuta notifica dell'atto di opposizione, proprio al fine di evitare che, oltretutto a seguito di istanza anche solo verbale, il monitorio sia dichiarato esecutivo. Eppure, in alcuni casi specifici un regime di provvisoria esecutività è imposto dalla legge; in particolare, ciò si ha:

– quando il credito sia fondato su cambiale, assegno bancario o circolare (anche se prescritti, visto che la prescrizione non può rilevarsi di ufficio e che la lettera dell'art. 642 non esige l'efficacia esecutiva di quei titoli di credito: App. Firenze 14-6-66, in Foro it., rep. 1967, voce Ingiunzione, n. 54; App. Bari 12-2-47, in Foro it., rep. 1948, voce cit., n. 10) ovvero su certificato di liquidazione di borsa o su atto (contrattuale e in forma pubblica: Cass. 21-10-57 n. 4027) ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato;

– quando il credito sia fondato su titolo pubblico certo e prima facie non contestabile, sulla base dell'interpretazione estensiva dell'ipotesi precedente (Cass. 10-3-80 n. 1579, Cass. 25-10-74 n. 3130, Cass. 25-5-73 n. 1545, Cass. 20-7-65 n. 1647): sul punto, peraltro, le perplessità di una corrente interpretativa della giurisprudenza di merito sembrano degne di attenzione, soprattutto nella parte in cui evidenziano un trattamento peggiore per il debitore ingiunto;

– quando vi sia pericolo di grave pregiudizio nel ritardo, anche se in tal caso può essere imposta una cauzione; trattasi di una valutazione certamente discrezionale, ancorata stavolta non già alla particolare efficacia probatoria della documentazione prodotta dal ricorrente, ma all'esistenza di dati fattuali sintomatici, come ad es. l'esistenza di una situazione di dissesto o di insolvenza del debitore o il rischio di deterioramento delle cose di cui si chiede la restituzione; peraltro, è opportuno il dispiegamento di una eccezionale cautela, considerando che la costituzione di un titolo giudiziale esecutivo in difetto di contraddittorio integra già di per sé una notevole compressione del diritto costituzionale alla difesa (inoltre, in presenza di uno stato di dissesto la concessione del decreto ingiuntivo esecutivo, sulla cui base è possibile iscrivere persino l'ipoteca giudiziale, si potrebbe correre il rischio di stravolgere la par condicio creditorum).

II. - Il giudizio di opposizione.

1. La natura del giudizio di opposizione.

Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è ormai ricostruito, se non altro dalla prevalente giurisprudenza, come un semplice sviluppo, meramente eventuale, della fase monitoria (per limitarsi alle più recenti: Cass. sez. Lav. 26-3-91 n. 3258, nonché 26-4-93 n. 4857; esplicitamente, inoltre, sulla struttura del procedimento monitorio, Cass. 25-2-80 n. 1312, Cass. 13-9-77 n. 3955, Cass. 26-6-71 n. 2018, nonché le importanti Cass. SS.UU. 19-4-82 n. 2387 e Cass. SS.UU. 7-7-93 n. 7448): sul punto è, quindi, in buona sostanza superata la diatriba dottrinale tra i sostenitori di una natura di impugnazione in senso stretto del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo (tra gli antesignani può indicarsi il Carnelutti, *Appunti sull'opposizione all'ingiunzione*, in Riv. dir. proc. 1955, II, 206; ma si confronti anche Zanzucchi, *op. cit. in bibl.*, vol. II, 366 ss., nonché Garbagnati, *op. cit. in bibl.*, 141 ss. Tra le poche pronunzie che esplicitamente si riferiscono ad un giudizio vero e proprio di impugnazione, cfr., di recente e soltanto per incidens, Cass. sez. Lavoro 19-6-93 n. 6838) e coloro che, invece, la escludono.

Certamente, sembrano presenti, almeno *ictu oculi* alcuni profili tipici del giudizio di impugnazione in quello di opposizione a decreto ingiuntivo (per un panorama v. Schiaccitano, op. cit. in bibl., 521; per la presa di posizione delle SS.UU., v. Cass. SS.UU. 8-10-92 nn. 10984 e 10985, in Foro it. 1992, I, 3286, con riferimento alla natura di impugnazione del giudizio di opposizione): infatti, il meccanismo di introduzione dell'opposizione è identico a quello della introduzione di un'impugnazione, tanto che la sua mancata proposizione dà luogo ad effetti in tutto equiparati al giudicato. Però, le stesse caratteristiche intrinseche della impugnazione vengono meno una volta instaurato il contraddittorio sull'opposizione, tanto che il giudizio si svolge poi come ordinario giudizio di primo grado (Mandrioli, op. cit. in bibl., ed. 1983, pp. 160 s.).

In definitiva, la fase di opposizione vede restaurata la piena operatività del principio del contraddittorio, per quanto all'esito dell'atto di impulso processuale di colui che riveste la qualità sostanziale di convenuto, in ordine a una domanda giudiziale, che si identifica in quella proposta dal creditore nel ricorso per decreto ingiuntivo (Cass. 11-7-79 n. 4000; tra le più recenti, cfr. Cass. sez. Lavoro 8-2-92 n. 1410).

Quindi, il giudicato si svolge come un ordinario giudizio di cognizione (tra le tante: Cass. 8-4-89 n. 1690, Cass. 28-1-85 n. 485, Cass. 12-7-75 n. 2775, Cass. 3-10-83 n. 5760, per risalire sino alla remota Cass. 5-12-56 n. 4350) e, per di più, di primo grado (escludono espressamente la natura di giudizio di impugnazione Cass. 9-1-95 n. 139 e 28-1-95 n. 1052). E, ciò che conta, il suo oggetto non è affatto limitato al controllo di validità o merito del decreto ingiuntivo opposto (Cass. SS.UU. 7-7-93 n. 7448, cit.; Cass. 14-9-93 n. 9512; Cass. 17-11-94 n. 9708), ma involge anche, se non soprattutto, il merito e, cioè, la fondatezza della pretesa azionata dal creditore fin dal ricorso. In altri termini, l'opposizione devolve al giudice il completo esame del rapporto giuridico controverso e non il semplice riscontro della legittimità della pronuncia del decreto (Cass. 16-11-92 n. 12278). Di conseguenza, i due profili, per quanto certo obiettivamente connessi, vanno tenuti tendenzialmente separati: e mantengono un'irrinunciabile autonomia, cosicché non avrebbe alcun giuridico senso un'opposizione che intendesse limitarsi al vaglio di legittimità dell'emanazione del monitorio. Infatti, in ogni caso il giudice davanti al quale l'opposizione fosse dispiegata potrebbe poi scendere nel merito della pretesa creditoria originaria, giungendo a valutazioni diverse da quelle fatte in sede monitoria.

Ciò significa che nel decreto ingiuntivo viene solo provvisoriamente accertata, sulla base di elementi probatori specifici (in genere molto meno rigorosi di quelli necessari in un giudizio ordinario), la sussistenza dei fatti costitutivi vantati dal creditore; e deriva da tale struttura l'onere, eccezionalmente addossato al convenuto, di contestare quei fatti costitutivi, sia negando validità ai peculiari mezzi probatori riconosciuti validi per l'emissione del decreto, sia adducendo fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto azionato dalla sua controparte. Si può configurare il conseguimento della definitività per mancata opposizione come riconoscimento, per condotta legalmente tipizzata, ad opera della controparte del rapporto azionato, della reale sussistenza di questo e nei termini di cui in ricorso.

Né si dimentichi la diversa ampiezza della cognizione nelle due fasi: parziale in quella monitoria, piena in quella successiva. E sarebbe certo incongruo strutturare un'impugnazione devolvendo al giudice di questa una cognizione molto più ampia del giudice che dovrebbe essere considerato di primo grado.

In tale quadro ricostruttivo, non si impugna il decreto, ma si opera al fine di non far conseguire definitività a quanto in esso sancito in via temporanea.

Soltanto per questo, quindi, la carenza di opposizione produce effetti che tradizionalmente si ritengono in tutto simili o equiparabili al giudicato: in altri termini, il decreto ingiuntivo non opposto acquista, al pari di una ordinaria sentenza di condanna, autorità ed efficacia di cosa giudicata sostanziale, in relazione al diritto in esso consacrato tanto in ordine ai soggetti ed alla prestazione dovuta, quanto all'inesistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi, tanto che la sua efficacia preclusiva si estende a tutte le relative questioni, impedendo che in un successivo

giudizio, avente ad oggetto una domanda basata sullo stesso rapporto, si proceda ad un nuovo esame di esse (Cass. 7-10-67 n. 2326, Cass. 3-5-74 n. 2144, Cass. 6-6-67 n. 2320, relativa all'eccezione di soluto). Tale risultato viene – solitamente – ricollegato alla devoluzione della cognizione del merito della pretesa azionata con il ricorso alla sola fase di opposizione (tra le più recenti, basti consultare Cass. 3-5-91 n. 4833; secondo Cass. 22-3-71 n. 3107, anzi, l'eccezione di “passaggio in giudicato” del decreto ingiuntivo per difetto di tempestiva opposizione può essere proposta, ai sensi dell'art. 345 c.p.v. c.p.c., per la prima volta anche in sede di appello avverso la sentenza che abbia pronunciato nel merito dell'opposizione stessa).

Il destinatario di un decreto ingiuntivo, pertanto, non ha altra scelta, per evitare la definitività della statuizione, per quanto impostata come provvisoria, dei fatti costitutivi del diritto della sua controparte, se non quella di proporre impugnazione tempestiva. Ogni altro rimedio, tranne i casi del tutto eccezionali di cui all'art. 650 c.p.c., rimane precluso (il principio è confermato anche in tema di decreti ingiuntivi emessi, contestualmente alla convalida di sfratto per morosità, ex art. 664 c.p.c.: al riguardo, Cass. 17-2-94 n. 1529 esclude la proponibilità del ricorso per cassazione, in quanto, appunto prevista l'opposizione ex art. 645 c.p.c.).

Deriva da questa impostazione complessiva, tra l'altro:

a) che attore in senso sostanziale è proprio l'opposto, mentre il ruolo di convenuto è recitato dall'opponente (per tutte: Cass. 3-12-91 n. 12922, Cass. 5-11-92 n. 12000 e Cass. 3-3-94 n. 2124);

b) che onorato della prova dei fatti costitutivi della domanda e cioè di quanto dedotto in ricorso è l'opposto (per limitarsi alla più recente: Cass. 4-5-94 n. 4286);

c) che l'opponente, con l'atto di citazione in opposizione, può:

c1) sollevare eccezioni in senso proprio e prospettare questioni o avanzare richieste per le quali sia prevista la sanzione processuale di una decadenza o di una preclusione ancorata alla prima difesa;

c2) contestare, per quanto genericamente (e alla sola condizione che la contestazione non sia del tutto apodittica o di stile), la sussistenza dei fatti costitutivi del diritto azionato (ove la prova già fornita non sia di per sé sufficiente anche nella fase a cognizione piena, come si vedrà);

c3) dispiegare domande, che assumono la qualificazione tecnica di riconvenzionali, ove esse possono fondarsi sullo stesso titolo dedotto in giudizio: e in ordine a queste riconvenzionali è l'opposto ad assumere la posizione processuale di convenuto, essendo peraltro egli stesso a sua volta facultato a dispiegare ulteriori domande nei confronti dell'opponente-attore in riconvenzionale (Cass. 3-12-91 n. 12922, cit.);

c4) limitarsi a non formulare alcuna domanda in senso tecnico, allo stesso modo di una qualunque comparsa di costituzione, visto che – se non altro implicitamente – egli avanzerebbe almeno l'istanza di rigetto della domanda attorea;

c5) chiedere la restituzione delle somme che, in forza del regime di esecutorietà del decreto opposto, sia stato costretto a versare in corso di causa: la domanda di revoca del monitorio, a motivo della non debenza, parziale o totale, della pretesa fatta valere da chi lo ha richiesto e ottenuto, infatti, contiene in sé, per implicito, nel suo oggetto minimo, la domanda di restituzione della somma (Cass. 8-8-62 n. 2451);

d) che, al contrario, l'opposto non dispiega mai una riconvenzionale in senso tecnico (per tutte: Cass. 3-3-94 n. 2124 e Cass. 22-3-95 n. 3275); e ciò nemmeno se, nella sua comparsa di costituzione nel giudizio seguito alla citazione in opposizione, richieda altresì accessori non richiesti con il ricorso per decreto o non concessi col monitorio poi opposto, ovvero, comunque, invochi declaratorie o condanne nuove rispetto a quelle già, in modo espresso o implicito, contenute nel ricorso; tali, invero, dovrebbero qualificarsi domande accessorie, o comunque ulteriori, dispiegate nei confronti del medesimo soggetto destinatario della prima, rispetto alle quali potrebbe poi porsi il problema della competenza: è, al riguardo, evidente che il cumulo non opera soltanto tra la domanda, dispiegata con l'atto di opposizione, e quella introdotta con il ricorso per decreto, visto che i rispettivi attori non coincidono.

e) che andrebbe, poi, verificata l'estensibilità dell'originario mandato ad litem, conferito a margine del ricorso per decreto ingiuntivo, anche alle domande accessorie o ulteriori di cui sopra;

f) che l'unitarietà del giudizio rispetto alla fase monitoria imporrebbe l'unicità dell'iscrizione a ruolo e l'unicità fisica del fascicolo di ufficio, nonché la permanenza, in quest'ultimo, della relativa produzione di parte anche nella fase di opposizione; tuttavia, in molti uffici giudiziari e soprattutto a seguito dei rilievi ispettivi, si procede ad una seconda iscrizione a ruolo del giudizio, se transitano nella seconda fase.

2. L'opposizione tardiva.

Si è visto che colui cui viene notificato un decreto ingiuntivo non ha altra scelta, per evitare la definitività della statuizione, per quanto impostata come provvisoria, dei fatti costitutivi del diritto della sua controparte, se non quella di proporre impugnazione tempestiva. Ogni altro rimedio, tranne i casi del tutto eccezionali di cui all'art. 650 c.p.c., rimane precluso, anche se sia tardiva la notificazione del decreto (e, cioè, oltre il termine di cui all'art. 641 c.p.c.: cfr. Cass. 30-3-95 n. 3783).

Ora, l'atto di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo può strutturarsi come impugnazione di questo stesso: esso costituisce piuttosto il mezzo, concesso al debitore ingiunto, di (ri)mettere in discussione i fatti costitutivi del diritto azionato da controparte con la proposizione del ricorso per decreto ingiuntivo. Soltanto che qui, a rafforzare la perentorietà del termine ex art. 641 c.p.c. per la proposizione dell'opposizione ordinaria, al debitore è concesso di ridiscutere il merito esclusivamente in pochi, tassativi casi in cui egli dimostri di non essere stato in grado di farlo tempestivamente per cause, in una sola parola, a lui non riconducibili.

Infatti, l'inutile decorso del termine di cui all'art. 641 c.p.c. per la proposizione dell'opposizione comporta la definitività del decreto monitorio; potendo tuttavia il debitore, ai sensi dell'art. 650 c.p.c., ancora reagire nei casi in cui egli non abbia avuto notizia dell'emanazione del decreto e della sua notifica – ovvero non abbia potuto proporre opposizione – per un'irregolarità della notificazione, per un caso fortuito o per una forza maggiore, e sempre che, nel frattempo, non siano trascorsi dieci giorni dal primo atto di esecuzione.

Nonostante le dispute in dottrina sulla natura di una tale opposizione, talvolta qualificata come impugnazione in senso stretto (a riprova della natura di impugnazione propria pure dell'opposizione ordinaria), è pacifico che la prima non possa esaurirsi in una denuncia di irregolarità della notificazione del decreto, o, più in generale, in una mera doglianza di vizi formali di quest'ultimo, ma deve accompagnarsi con contestazioni sulla pretesa creditoria e, così, essere finalizzata, una volta superato il vaglio di ammissibilità, all'instaurazione del medesimo giudizio di merito in cui si identifica l'opposizione ordinaria (Cass. 30-12-91 n. 14017, che sottolinea come, se fosse limitata ad una doglianza per tali vizi formali, l'azione non sarebbe atta ad alcun risultato utile per l'opponente, nemmeno con riguardo alle spese per la fase monitoria; cfr. anche: Cass. 620/73, Cass. 3943/78 in Foro it. 1979, I, 1224, con nota di Garbagnati, Cass. 5-2-80 n. 817).

Di conseguenza, lo studio della definitività del decreto va di pari passo con quello dell'ambito di operatività della opposizione tardiva. E il suo collegamento con l'inerzia (e, va aggiunto, colpevole) dell'ingiunto risulta evidente ogniquale volta si esclude l'applicabilità dell'art. 650 c.p.c. nei casi in cui erroneamente si sia omessa la notifica al cancelliere dell'avviso di proposta opposizione (ex art. 645 comma 1 c.p.c.), (Cass. 6-5-93 n. 5228; in tale ipotesi, del resto, è esclusa pure la pronuncia ex art. 647 c.p.c.).

Anche le differenze generalmente riconosciute tra tale tipo di opposizione e le figure simili possono essere un utile strumento di indagine ricostruttiva: invero, la procedura ex art. 188 disp. att. c.p.c. non può trovare applicazione allorché la notificazione del decreto ingiuntivo sia nulla, ma soltanto ove quella manchi del tutto – e, comunque, manchi del tutto nel termine di cui sopra –

(Cass. 6-5-93 n. 5231): dovendo, invece, l'ingiunto far valere tutti i vizi della notificazione solo nelle forme, e sempre che ne ricorrano i presupposti, dell'art. 650 c.p.c. (Cass. 14-1-91 n. 293).

In linea generale, così, ogniqualvolta siano adottati vizi della notificazione del decreto, proprio perché questi rilevano solo quali condizioni di ammissibilità dell'opposizione tardiva sono espressamente escluse sia l'opposizione alla esecuzione ex art. 615 c.p.c. (ammessa solo in caso di inesistenza della notifica del decreto: Cass. 7-5-75 n. 1774), sia quella degli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. (Cass. 11977/92, 1935/94, 17-7-79 n. 4201, 3767/79, 620/73: anzi, una vera e propria opposizione ex art. 617 c.p.c. per ogni altro tipo di vizio – diverso dall'irregolarità della notificazione – viene espressamente dichiarata inammissibile, come nel caso di omessa notifica dell'avviso al cancelliere ex art. 645 c.p.c. – Cass. 6-5-93 n. 5228 -), sia la generale actio nullitatis ammessa dalla giurisprudenza (limitata ai soli casi propriamente sussumibili nel concetto di inesistenza del titolo, nei quali manchi in toto alcuno dei requisiti essenziali per la riconoscibilità del decreto come provvedimento giurisdizionale: Cass. 3-5-91 n. 4833).

Sarebbe però inammissibile – ed anche insuscettibile di riquilificazione ex art. 650 c.p.c., mancando la contestazione del merito della pretesa monitoria – l'opposizione a precetto della nullità della notificazione del decreto ingiuntivo in forza del quale il precetto stesso è stato intimato (Cass. 6-5-93 n. 5231).

Ciò vuol dire che solo nel giudizio di cognizione instaurato con rituale e tempestiva opposizione all'ingiunzione il giudice può statuire sulla pretesa originariamente azionata dal creditore con il ricorso per decreto ingiuntivo e sulle eccezioni e difese contro di essa proposte. Ne consegue che, decorso inutilmente il termine per proporre opposizione e non sussistono i presupposti per l'opposizione tardiva, l'esercizio di quel potere-dovere del giudice è precluso dal c.d. passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo.

Se poi si pensa che l'onere di provare la sussistenza non solo dei singoli presupposti dell'opposizione tardiva (caso fortuito, forza maggiore, vizio di notifica), ma anche del nesso eziologico tra essi e la mancata tempestiva proposizione di opposizione ordinaria incombe al debitore ingiunto (Cass. 30-12-94 n. 11313; argomenta altresì, sul punto, per quanto a contrario, Cass. 11-12-93 n. 12224 e, puntualmente, Pret. Ferrara 19-12-89 n. 116, in Inform. prev. 1990, 658), si nota quanto delicata si trovi ad essere la posizione processuale di quest'ultimo. Di tutte tali circostanze, infatti, egli deve non solo allegare, ma anche offrire e fornire idonea prova in ordine alla concreta articolazione delle relative circostanze, della loro posteriorità alla conoscenza del decreto ingiuntivo e della loro specifica ostatività alla tempestività della proposizione dell'opposizione (Cass. 29-5-78 n. 2720).

Come se ciò non bastasse, la posizione del debitore ingiunto risulta vieppiù aggravata dalla costante interpretazione data dalla giurisprudenza in tema di valutazione della sussistenza dei presupposti per l'opposizione tardiva, sempre molto rigorosa ed esigente, non solo per il requisito dell'irregolarità della notifica, ma anche per il caso fortuito e la forza maggiore: entrambi visti in relazione al concreto impedimento, per l'ingiunto, della conoscenza del decreto in tempi utili per un'opposizione ordinaria.

A quest'ultimo proposito, invero, deve pur sempre trattarsi di cause non imputabili all'intimato: infatti, il caso fortuito si esaurisce in un fatto di carattere meramente obiettivo e del tutto avulso dall'umana volontà, tanto da non essere non solo non voluto, ma neppure preveduto e, comunque, benché preveduto in concreto, assolutamente tale da non essere in alcun modo impedito; dal canto suo, la forza maggiore è integrata da una forza esterna, ostativa in assoluto alla libera estrinsecazione dell'umana volontà, nonostante la sussistenza di corrette rilevazioni della realtà e di utili determinazioni della consapevolezza o coscienza (sul punto, Cass. 13-7-89 n. 3271, la quale ribadisce che gli accertamenti al riguardo condotti dal giudice del merito costituiscono apprezzamenti incensurabili in sede di legittimità, se sorretti da motivazione logicamente e giuridicamente corretta).

In nessun caso, poi, l'atto di opposizione, impostata come ordinaria, che sia notificato tardivamente, potrebbe convertirsi in opposizione tardiva, in quanto la prima viene impostata sul presupposto della sua tempestività: in altri termini, osta a tale riqualificazione la necessità di introdurre, quale ulteriore causa petendi, la questione nuova dell'ammissibilità di un dispiegamento tardivo dell'opposizione. Sembra quindi inevitabile la presentazione separata di un ulteriore atto, stavolta espressamente qualificato di opposizione tardiva, in cui si dia, in via del tutto preliminare, conto delle ragioni in base alle quali non si sia rispettato il termine per la proposizione della – precedente – opposizione ordinaria (Cass. 14-2-94 n. 1461 esclude espressamente che la eventuale opposizione ad esecuzione proposta ex art. 615 c.p.c. possa convertirsi in opposizione tardiva; è di diverso avviso Cass. 23-8-79 n. 3943, a mente della quale l'opposizione impostata come tempestiva ma notificata tardivamente può riqualificarsi come tardiva ed esaminarsi come tale dal giudice dell'opposizione, se ricorrano gli estremi anche dell'art. 650 c.p.c.).

È doveroso segnalare, peraltro, che buona parte della giurisprudenza di merito ha comunque sollevato numerosi incidenti di costituzionalità in materia di opposizione tardiva, probabilmente incoraggiata dalla sentenza della Consulta n. 120 del 20-5-76 (in *Giustizia civile* 1976, II, 303), che aveva esteso l'esperibilità dell'opposizione tardiva anche ai casi in cui l'intimato, pur avendo conosciuto tempestivamente l'ingiunzione, non aveva poi potuto proporre l'opposizione tempestivamente per caso fortuito o per forza maggiore. Eppure, nonostante tale importante pronuncia avesse creato un nuovo assetto negli equilibri tra opponente e opposto e, quindi, tra le ragioni del creditore ingiungente e quelle del debitore intimato, soprattutto di recente la Corte Costituzionale ha preferito un frequente giudizio di inammissibilità (e, per di più, manifesta) delle numerose ulteriori tesi interpretative sottoposte al suo vaglio: sicché la costante interpretazione costituzionale, soprattutto degli ultimi tempi, impone al debitore ingiunto una particolarissima diligenza, tale da fargli carico anche di eventi francamente improponibili, purché soltanto non del tutto imprevedibili (come ricorda Corte Cost. ord. 3-3-89 n. 97, in *Gazz. Uff.* 8-3-89 n. 10 la serie spec., richiamando la 120/76 cit.).

La casistica, davvero ricchissima, non può essere affrontata in questa sede e si rinvia, pertanto, alle trattazioni istituzionali o, più semplicemente, ad una qualunque rassegna di giurisprudenza (incrementata, del resto, già solo nell'ultimo anno, da Cass. 30-12-94 n. 11313 e da Cass. 27-1-95 n. 992).

Una maggiore flessibilità dimostra la giurisprudenza nella identificazione del termine finale di proponibilità della opposizione tardiva, fissato dall'art. 650 c.p.c. nel decimo giorno del primo atto di esecuzione e generalmente giustificato con l'incompatibilità di una incolpevole ignoranza della esistenza del decreto ingiuntivo, se – per l'appunto – ormai azionato esecutivamente. Invero, si sottolinea che il primo atto di esecuzione va identificato con un pignoramento o con un atto equivalente, di concreta aggressione al patrimonio del debitore ingiunto (va, pertanto, esclusa efficacia preclusiva ad un verbale di pignoramento negativo – Cass. 30-7-52 n. 2416 – e, a maggior ragione, al precetto, che atto esecutivo non è, in quanto si limita a precedere l'esecuzione: Cass. 13-4-79, n. 2193; Cass. 20-11-76 n. 4378, in *Foro it.* 1977, I, 1224), che sia per di più valido ed efficace, nonché notificato al debitore (Cass. 20-2-84 n. 1206; incombe al debitore stesso, opponente, la prova dell'invalidità dell'atto di esecuzione, ove la tempestività della proposta opposizione dipenda dall'irrilevanza di quell'atto: sul punto, cfr. Cass. SS.UU. 19-4-82 n. 2387, in *Foro it.* 1982, I, 1905).

In buona sostanza, una volta decorso il termine per l'opposizione ordinaria per una delle cause di cui all'art. 650 c.p.c., vi è soltanto il limite preclusivo del decimo giorno dal primo atto di esecuzione, ma non sussiste alcun ulteriore termine per la proposizione dell'opposizione tardiva: e, in particolare, l'intimato non ha l'onere di dispiegare quest'ultima entro i venti giorni dal momento in cui è cessata la causa che gli aveva impedito di proporla una tempestiva, o, tra l'altro, dal tempo in cui egli sia venuto a conoscere l'esistenza del decreto opposto (la tesi, peraltro remota, risale a App. l'Aquila, 2-3-60, in *Foro it.* 1960, I, 1165, nonché al Trib. Napoli 31-10-66, in *Dir. e Giur.*

1967, 142). La lettera della norma, invero, non pone tale requisito; e, d'altra parte, il solo limite del decimo giorno dall'inizio dell'esecuzione tutela ampiamente proprio la controparte, che voglia incolpevolmente fare affidamento sulla regolarità del c.d. passaggio in giudicato del decreto e, al tempo stesso, si decida a porlo in esecuzione.

In conclusione, va poi riconosciuto all'istituto dell'opposizione tardiva un carattere generale, con la conseguenza che esso è quindi applicabile in tutti i casi in cui sia adottato un procedimento monitorio (a contraddittorio posticipato od eventuale); e va solo annotato che è consentito al giudice di sospendere l'esecutività del decreto, oramai qualificato – fino al quel momento – definitivo, ai sensi dell'art. 649 c.p.c., vale a dire qualora ricorrano gravi motivi, in quanto l'esecutorietà non viene mai in modo pieno equiparata al giudicato.

3. La competenza del giudice dell'opposizione.

Va dapprima sottolineata la differenza tra la competenza ad emettere l'ingiunzione e la competenza a decidere l'opposizione: la seconda può divergere, all'esito dell'attività processuale a cui abbia dato impulso l'opponente, dalla prima. In ordine alla competenza ad emettere il decreto, d'altro canto, basti qui ricordare che l'indefettibile dato di riscontro, anche nel giudizio di opposizione, è il tenore letterale del ricorso per decreto ingiuntivo, il quale, come detto, integra l'atto introduttivo della lite.

Era, poi, sino a tempi recentissimi largamente dominante, se non altro in giurisprudenza, l'interpretazione dell'art. 645 c.p.c. – nella parte in cui devolve all'ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che ha emesso il decreto – nel senso della previsione di una competenza funzionale e inderogabile di quest'ultimo in ordine al giudizio di opposizione: e, dal canto suo, la dottrina aveva sempre generalmente avallato tale concezione, sia pur sovente partendo dal presupposto della opposizione come mezzo di impugnazione.

Le conseguenze di tale impostazione erano – e, del resto, sono – di notevolissima importanza: in primo luogo, la contestazione della competenza del giudice ad emettere il decreto monitorio poi opposto deve pur sempre integrare un motivo di opposizione e non abilita giammai il debitore ingiunto a far valere le sue ragioni dinanzi al giudice che egli ritiene competente sulla controversia di merito provvisoriamente esaminata proprio con l'emanazione del decreto (Cass. 26-2-50 n. 459, in Giur. it. 1951, I, 1, 510).

Inoltre, qualora sia poi riscontrata l'insussistenza della competenza del giudice della fase monitoria, il medesimo carattere funzionale della competenza del giudice dell'opposizione gli imporrebbe, quale sola conseguenza, quella della relativa declaratoria e della dichiarazione di nullità del decreto monitorio opposto (cass. 15-3-74 n. 752, 7-2-79 n. 836, 19-1-79 n. 408, 24-4-81 n. 2455, 9-6-90 n. 5623): in sostanza, non proponendosi in questo caso alcuna *translatio iudicii* e, quindi, neppure provvedendosi in ordine all'indicazione del giudice competente e alla rimessione degli atti davanti a lui (Cass. 16-1-69 n. 88, 27-2-52 n. 528, 2000/89). Ma, soprattutto, nel caso di connessione di cause il rilevato carattere funzionale del giudice dell'opposizione imporrebbe a quest'ultimo di non privarsi giammai della cognizione di tale causa e comporterebbe, ove la causa connessa eccedesse la sua ordinaria competenza, la separazione dei processi.

Di recente, peraltro, una certa inversione di tendenza aveva pure preso piede nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, stimolata da qualche pionieristica pronuncia dei giudici di merito, preoccupati della concreta diminuzione delle possibilità di difesa del debitore ingiunto. Infatti, al fine di garantire il processo simultaneo anche a quest'ultimo, la Suprema Corte aveva dapprima iniziato a decidere, a sezioni semplici, che, eccettuato solo il caso di una competenza per materia o per territorio inderogabile, il principio generale dell'art. 36 c.p.c. trova piena operatività anche nel caso che la riconvenzionale sia stata dispiegata dall'opponente in un'opposizione a decreto ingiuntivo. In sostanza, la competenza funzionale ex art. 645 c.p.c. bene poteva esaurirsi in una

qualunque definizione del giudizio di opposizione e, quindi, anche con una declinatoria di competenza per ragioni sopravvenute con riguardo alla domanda ed alle eccezioni formulate con l'atto di opposizione (si segnala Cass. 8-4-91 n. 3653, in Foro it. 1991, I, 2979; successivamente, cfr. Cass. 7-9-91 n. 9427, 25-11-91 n. 12633 e 26-5-92 n. 6298). E si metteva in discussione la nozione di competenza funzionale solitamente addotta per giustificare l'inderogabilità della competenza del giudice dell'opposizione.

Peraltro, a dispetto dell'aperto favore di autorevole dottrina, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno con durezza e tempestività stroncato il revirement appena tratteggiato: a tanto provvedendo con due distinte pronunzie, l'una per il caso della connessione e l'altra per quello della domanda riconvenzionale, che, peraltro, contengono larghissima parte della motivazione in comune (Cass. SS.UU. 8-10-92, nn. 10984 e 10985, pubblicate in Foro it. 1992, I, 3286, con nota aspramente critica di Proto Pisani, *Opposizione a decreto ingiuntivo, continenza e connessione: una grave occasione mancata dalle Sezioni Unite*).

In particolare, è stata ribadita la configurabilità del procedimento di opposizione quale vera e propria impugnazione, sia pure se limitatamente ai fini dell'applicabilità delle norme sulla competenza, nel contempo restaurandosi l'operatività della nozione di competenza funzionale. Pertanto, l'orientamento anteriore – e, come detto, pressoché consolidato in circa un trentennio – alla cd. ribellione della seconda sezione risulta oggi confermato e in modo invero autorevole, nonostante qualche persistente voce contraria (Cass. 11-6-93 n. 6531), peraltro isolata (si adeguano, infatti, all'interpretazione delle SS.UU., invece, Cass. 24-12-94 n. 11144 e Cass. 3-1-95 n. 41). Di tanto va preso atto.

Le roventi critiche mosse dalla dottrina a tale restaurazione (Proto Pisani, *Opposizione etc.*, cit., il quale definisce, con peculiare veemenza, le pronunzie in esame come “tipica manifestazione, per un verso, di pigrizia intellettuale e, per altro verso, di concettualismo sradicato da qualsiasi base di diritto positivo”), invero, colgono nel segno rimarcando la fallacia di alcuni passaggi argomentativi della decisione e, comunque, ponendo in termini ancora più attuali le esigenze di adeguamento del processo all'effettività della giustizia del caso singolo: e certamente esse vanno condivise ove sottolineano l'erroneità di un'identificazione del giudizio quale impugnazione del decreto, identificazione presupposte dalle SS.UU. per ricostruire il carattere funzionale e inderogabile della opposizione, visto che il conseguimento della definitività del decreto discende, quale effetto legale, dalla (mancata) iniziativa processuale del convenuto.

Nondimeno, la rapidità con cui le Sezioni Unite sono intervenute a reprimere quel revirement va di certo intesa come un ostacolo difficilmente sormontabile per una ulteriore riconsiderazione della questione: e, se non altro in ossequio alla generale funzione nomofilattica del Supremo Collegio e in nome di evidenti ragioni di economia processuale, non si dovrebbe poter prescindere dalla vista e solenne riaffermazione dei principi tradizionali. In ogni caso, la previsione di una competenza funzionale potrebbe trovare fondamento nella lettera dell'art. 645 c.p.c., mentre può apparire riduttivo affermare che, quale esplicazione di quella competenza, possa essere sufficiente anche una mera declinatoria di quest'ultima, che precluderebbe al giudice che ha emesso il decreto l'esame del merito della controversia. E, d'altro canto, pare rispondente ad apprezzabili esigenze di coerenza processuale mantenere la competenza sul giudizio a cognizione piena, tipico della fase di opposizione, in capo allo stesso giudice che abbia già, per quanto a cognizione parziale, conosciuto del medesimo rapporto, al fine di consentirgli la revisione, anche critica, ovvero la conferma di quella e solo provvisoria statuizione, da lui medesimo resa.

In linea generale, così, prima di affrontare il discorso con riguardo alla peculiarità della disciplina della competenza del giudice di pace, può concludersi che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo:

1) qualora sia proposta, da una qualsiasi delle parti, una domanda in relazione di continenza con altra domanda proposta dinanzi a giudice superiore, il giudice dell'opposizione non può dichiarare la continenza a favore del secondo, ma deve decidere la causa innanzi a lui proposta, salvo a

sospendere il giudizio di opposizione ex art. 295 c.p.c. e sempre che di tale norma ricorrano i presupposti di applicazione (Cass. SS.UU. 8-10-92 n. 10985, cit.; Cass. 8-10-93 n. 9988);

2) qualora sia proposta una domanda riconvenzionale (o, deve intendersi, accessoria ex artt. 34 o 35 c.p.c.) eccedente la competenza del giudice della opposizione, va invece concluso che questi non può rimettere l'intera causa al giudice superiore, competente per valore ex art. 36 c.p.c., ma deve rimmettergli soltanto la riconvenzionale, trattenendo invece quella di opposizione, peraltro anche in questo caso sospendendo quest'ultima ex art. 295 c.p.c., ove ne ricorrano i presupposti in concreto (Cass. SS.UU. 8-10-92 n. 10984, cit. cfr. anche Cass. 28-6-93 n. 7124, 12-7-93 n. 7864 e 11144/94, cit.);

3) qualora sia formulata una domanda nei confronti di un'Amministrazione dello Stato, domanda appartenente, ai sensi dell'art. 25 c.p.c., alla competenza territoriale inderogabile di altro giudice, quello dell'opposizione al monitorio deve disporre la separazione delle due cause, trattenendo il procedimento di opposizione e rimettendo l'altra domanda al giudice competente (salva, anche in questo caso, la facoltà di applicare i principi in tema di sospensione: Cass. 4-8-92 n. 9263, Cass. 26-4-93 n. 4897);

4) ove sia stata sollevata l'eccezione di compensazione di un credito eccedente la competenza per valore del giudice competente ex art. 645 c.p.c., si impone che quest'ultimo rimetta al giudice superiore esclusivamente la decisione sull'eccezione (Cass. 21-12-92 n. 13550);

5) in presenza di una questione pregiudiziale che si trasformi in causa pregiudiziale (allorquando, oltre la richiesta di una delle parti, sussista l'interesse del richiedente al relativo accertamento, sempreché la questione sia suscettibile di produrre conseguenze giuridiche al di là dei limiti del solo rapporto controverso), questa potrà essere decisa dal giudice dell'opposizione soltanto se rientra nella sua competenza (un caso di scuola è proprio quello del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo per contributi condominiali, nel quale l'opponente contesti la validità o meno della delibera condominiale sulla cui base sono calcolati o azionati i crediti: tra le più recenti: Cass. 29-4-93 n. 5086); diversamente, configurandosi una vera e propria causa pregiudiziale, risulterà indispensabile rimettere la stessa al giudice competente per valore, sempre salva la facoltà di sospendere il giudizio di opposizione.

In definitiva, l'affermazione della competenza funzionale del giudice dell'opposizione può condurre ad una pronuncia di incompetenza del giudice che ha emesso il decreto e di annullamento di questo. Si ha, così, in ogni caso una pronuncia impugnabile solo con regolamento di competenza e non con l'appello (per il caso specifico di una pronuncia di incompetenza per sussistenza di valida clausola compromissoria, la quale abbia pure statuito sulle spese, Cass. 29-10-91 n. 11460 precisa che anche quest'ultima regolamentazione non esula dalla questione di competenza, costituendone una conseguenza mera: con la conseguenza della rilevabilità anche officiosa – e in sede di legittimità – dell'inammissibilità dell'appello che sia stato esperito invece del regolamento di competenza), a meno che non decida anche questioni non meramente consequenziali alla statuizioni in tema di competenza. È il caso, ad esempio, della cancellazione dell'ipoteca giudiziale iscritta sulla base del decreto: in tale specifica ipotesi, invero, è stata ravvisata una duplice decisione, di competenza sì, ma anche di merito, sussumibile entro la previsione dell'art. 43 c.p.c., atteso che la cancellazione si dispone sulla base di una disciplina diversa da quella applicata per la pronuncia sulla competenza (Cass. 10-12-1993 n. 12173).

Tutte tali conclusioni debbono essere confermate anche dinanzi alla formulazione dei commi 6 e 7 dell'art. 40 c.p.c., come introdotti dall'art. 19 l. 374/91. Tali norme, invero, derogano alla disciplina generale in tema di cause connesse, prevedendo un'istituzionale preminenza della competenza del giudice togato su quella del giudice di pace; e ci si può allora chiedere:

– se, ai sensi del comma 6, il destinatario di un decreto ingiuntivo emesso dal giudice di pace, che voglia contestualmente dispiegare una riconvenzionale o un'eccezione di compensazione – o agitare una questione pregiudiziale, ovvero addurre altri casi di connessione – eccedenti la competenza del

detto giudice, possa o meno proporre direttamente l'opposizione dinanzi al giudice togato competente sulla causa connessa;

– se, ai sensi del comma 7, il giudice di pace debba rimettere l'intera controversia, vale a dire anche la causa di opposizione, qualora, separatamente rispetto all'opposizione (o contestualmente ad essa) davanti a lui proposta, siano pendenti davanti ad altro giudice, togato, cause connesse con quella di opposizione;

– se, ai sensi del combinato disposto dei due commi, ove l'opponente introduca le cause connesse proponendo l'opposizione ovvero alla prima udienza del giudizio di opposizione, il giudice di pace debba rimettere al giudice togato anche la causa di opposizione.

Nonostante la tassatività della previsione legislativa, va condivisa l'opinione dottrinale, assolutamente prevalente, secondo la quale la competenza funzionale non può soffrire deroga nemmeno in questo caso; e, certamente, fino a quando si condividerà la soluzione interpretativa data dalla Suprema Corte con le viste pronunzie a SS.UU., la qualificazione di funzionale del competenza in tema di opposizione a decreto ingiuntivo potrà comportare:

– l'esclusione della proponibilità dell'opposizione, avverso decreto ingiuntivo reso dal giudice di pace, direttamente al giudice togato della causa connessa;

– la necessità, pure per il giudice di pace, di applicare tutti i principi di cui più sopra nel testo di questo stesso paragrafo (da 1 a 5), trattenendo sempre la causa di opposizione e solo, se del caso, sospendendola in attesa della definizione della causa connessa da parte del giudice togato (rimane sempre possibile, comunque, la soluzione di cui all'art. 35 c.p.c., vale a dire la decisione della domanda principale ove fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile).

È appena il caso di precisare che, in caso di pendenza della causa o questione connessa davanti allo stesso giudice (di pace) la pronunzia di quest'ultimo sarà duplice: una sentenza – non definitiva – di incompetenza sulla causa connessa (che, contestualmente, preveda la prosecuzione della trattazione della causa di opposizione a decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 280 c.p.c.) e una separata ordinanza, appunto ai sensi dell'art. 280 c.p.c., con cui si operi la scelta di proseguire nell'istruzione, ovvero di sospendere.

4. L'esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto.

Nel disegno originario del codice, il sistema processuale privilegiato per i crediti ammessi alla procedura monitoria comprende anche la possibilità che il decreto ingiuntivo sia dichiarato provvisoriamente esecutivo, vale a dire che sulla sua base, nonostante la dispiegata opposizione e quindi la sua carenza di definitività, possa essere intrapresa un'azione esecutiva dal creditore.

Ciò è, peraltro, in radice precluso:

a) ove l'opponente produca una prova scritta; deve trattarsi di un documento idoneo a provare, ai sensi degli artt. 2699 ss. c.c., l'inesistenza del fatto costitutivo del credito azionato, ovvero l'esistenza di fatti modificativi, impeditivi o estintivi del medesimo; infatti, la necessaria comparazione della valenza probatoria di separate serie di documenti scritti è, in un qualunque giudizio ordinario di cognizione – quale si struttura quello di opposizione a decreto ingiuntivo –, attività tipica del momento della decisione con sentenza; peraltro, un certo margine di discrezionalità rimane sempre, se non altro nella valutazione della riferibilità diretta e immediata della prova ad un fatto impeditivo, modificativo od estintivo del credito azionato o, comunque, nella valutazione della sua pienezza; ad es., non costituiscono prova scritta di tal fatta:

– le note o lettere di contestazione della qualità della merce venduta formate dal medesimo opponente;

– lo stesso contratto su cui si fonda il diritto azionato, di cui però si adduca un'interpretazione diversa da quella data dal creditore ingiungente (Trib. Tortona 2-12-91, in Nuova giur. civ. comm., 1992, p. 640);

– una consulenza tecnica di parte, in quanto contenente valutazioni;
– la quietanza di pagamento, se non sia riferita in via diretta e immediata al credito azionato: per disconoscimento della sottoscrizione da parte del creditore; ovvero perché relativa a rapporti diversi da quello per cui si agisce (come nel caso di una serie pressoché continua di forniture e di pagamento di solo alcune di esse);

b) in caso di impossibilità di una rapida definizione del giudizio; anche in tal caso, comunque, l'istruttore ha un buon margine discrezionale: infatti, la causa sarà matura per la decisione non soltanto quando la prova offerta dalle parti sia esclusivamente documentale o quando non comporti la necessità dell'assunzione di un mezzo di prova disciplinato dal codice, ma anche allorché la natura delle questioni agitate sia tale da consentire una decisione senza l'espletamento di mezzi istruttori; si noti, ad ogni buon conto, con la prontezza della soluzione dovrebbe pur sempre esser considerata in relazione alla concreta attività processuale da dispiegare e non alle contingenti necessità dell'Ufficio cui appartiene il giudice, soprattutto qualora l'intervallo tra i rinvii sia notevole per il carico di lavoro: infatti, una soluzione non cessa di esser pronta se il numero delle udienze, in cui può esaurirsi il processo sia particolarmente limitato, anche se l'udienza di rinvio è lontana.

In conclusione, non appena riscontrata la sussistenza di una prova scritta idonea ovvero la possibilità di decidere prontamente l'opposizione, il Giudice Istruttore non può – e quindi non deve – concedere la provvisoria esecuzione, ex art. 648 c.p.c.: e, dato atto di tale impossibilità, più non v'è bisogno di affrontare alcuna altra questione di merito.

Ben al contrario, l'insussistenza dell'una o dell'altra non consente all'istruttore di concedere, per questo solo fatto, la provvisoria esecuzione. Se si pon mente al fatto che quest'ultima costituisce una vera e propria anticipazione degli effetti della pronuncia di condanna in favore del creditore, si deve ritenere assolutamente indispensabile la positiva deliberazione del buon diritto del creditore, cui si voglia concedere appunto tale anticipazione, a danno della sua controparte.

Va, cioè, ripudiato il biasimevole uso di concedere la provvisoria esecuzione sulla base della mera e semplicistica constatazione della carenza di una prova scritta e della presumibile eccessiva lunghezza dei tempi di soluzione della causa. Sta, al contrario, affermandosi la necessità, per la concessione della provvisoria esecuzione di cui all'art. 648 c.p.c., del *fumus boni juris* del creditore precedente, da valutarsi alla stregua delle regole generali sulla ripartizione dell'onere della prova e sulle prove proprie dell'ordinario giudizio di cognizione. A tale risultato si giunge:

– in base ad un'interpretazione sistematica dell'art. 648 c.p.c.: cioè, una volta finalmente ripristinato il contraddittorio con l'instaurazione del giudizio di opposizione, mai si potrebbe continuare a considerare fondata la domanda accolta col decreto monitorio, nemmeno e tanto più ai fini della concessione della sua provvisoria esecuzione, qualora, se la causa passasse in decisione in quel momento, la domanda stessa, stando alle ordinarie regole probatorie, risultasse totalmente sfornita di prova;

– forse con maggiore coerenza sistematica, alla stregua della riconduzione dell'ordinanza prevista da quella norma nell'ambito delle condanne con riserva delle eccezioni;

– al fine di evitare l'incostituzionalità della norma: l'ordinanza di provvisoria esecuzione avrebbe una natura anche cautelare e, quindi, “la valutazione del *fumus boni juris* va operata anche nei confronti della prova dedotta dall'istante opposto a base della domanda di decreto ingiuntivo”, sicché sia il *fumus* che il *periculum* “reciprocamente si influiscono” nella cognizione del giudice (Corte Cost., ord. 25-5-89 n. 293, in Foro it. 1989, I, coll. 2391 ss., con osservazione di Proto Pisani).

I giudici di merito stanno, del resto, elaborando una nozione di *fumus* ben precisa, mentre le persistenti gravi oscillazioni sulla contemporanea necessità del *periculum* in mora del creditore ingiungente potrebbero superarsi con il pieno e coerente inquadramento dell'ordinanza entro lo schema della condanna con riserva. Ciò consentirebbe di prescindere dal detto ultimo requisito, del resto di difficile configurabilità nella stragrande maggioranza dei casi di opposizione a decreto

ingiuntivo, in cui oggetto del giudizio è il pagamento di una somma: e si ricorderà che il danno meramente patrimoniale, essendo adeguatamente risarcibile per equivalente, non è mai irreparabile e quindi non dà luogo a periculum in mora.

In generale, quindi, occorre che i fatti costitutivi del diritto azionato sin dal ricorso non siano contestati dal debitore, per quanto e finanche con una eccezione generica. Infatti, in tal caso, riemergerebbe – ovviamente – a carico del creditore precedente l'onere della prova al riguardo, come – ad esempio – nel caso:

- della contestazione, da parte del debitore (e soprattutto se non imprenditore), delle risultanze della fattura: documento che, in linea generale e in un ordinario giudizio di cognizione, da solo sufficiente a fondare piena prova sia del fatto materiale della consegna del bene (cosa alla quale, peraltro, è facile ovviare con la produzione della bolla di accompagnamento sottoscritta poi dall'acquirente destinatario), sia – e soprattutto – su ogni clausola del contratto che presuppone, prima fra tutte il prezzo pattuito, ma anche le modalità di pagamento;

- dei crediti professionali, per la cui emissione si è visto ritenere generalmente sufficiente il parere del relativo Consiglio dell'Ordine, ma per il quale, in caso di opposizione e di contestazione dell'opponente sul fatto del conferimento o dell'espletamento dell'incarico, si è costantemente affermata la necessità di una prova piena su tali circostanze, che incombe al creditore ingiungente (Trib. Firenze, ord. 2-8-91, in Foro it. 1992, I, 1936, con nota di Monnini; Cass. 21-4-81 n. 2342; Cass. 19-3-80 n. 1848; Cass. 21-9-77 n. 4036; ancor più di recente, cfr. Cass. 22-6-94 n. 5987; Cass. 21-2-95 n. 1889; Cass. 24-8-94 n. 7504).

È ben vero che al debitore, correttamente sviluppando la tesi e applicando con rigore la regola *actore non probante reus absolvitur*, potrebbe bastare una semplice e apodittica contestazione, soprattutto se la controparte non abbia ancor fornito prova scritta (si pensi, per tornare al primo dei sopra esposti esempi, al caso di una commissione firmata proprio dal debitore, che contenga ogni punto controverso del contratto), per impedire in radice la concessione della provvisoria esecuzione. E tuttavia, soprattutto dinanzi ad una evidente pretestuosità della contestazione, ove il creditore non vi si induca spontaneamente, bene il giudice potrebbe evidenziare la carenza di prova sui fatti costitutivi, lasciando che la parte onerata valuti l'opportunità di integrare il materiale probatorio entro la successiva udienza, in quella potendo il medesimo giudice riservarsi poi di valutarlo per concedere o meno la stessa provvisoria esecuzione.

Tale rinvio – che nelle prassi di molti uffici giudiziari si definisce anche in questo caso “con salvezza dei diritti di prima udienza” – non solo non è vietato dalla norma dell'art. 648 c.p.c., ma, a ben guardare, è la sola garanzia di un contraddittorio pieno, anteriore e finalizzato alla prima pronuncia esecutiva sfavorevole per una delle parti, sulle contrapposte loro posizioni. Ed anzi può dirsi che una simile procedura risulta confortata dalla nuova previsione, introdotta dalla novella del 1990, del monitorio in corso di causa alla luce del materiale probatorio raccolto: mentre per il giudice di pace esso si inquadra agevolmente nel rinvio richiesto da una parte (nella specie, l'opposto) determinato dalle attività processuali legittimamente svolte dalla controparte (e infatti dinanzi al giudice di pace l'opponente potrebbe, anche in prima udienza, precisare definitivamente le sue difese ed eccezioni).

Si ricordi, poi, che non ha più alcuna efficacia automatica, ai fini della concessione della provvisoria esecuzione, l'offerta del creditore di prestare cauzione: è stata infatti espunta dall'ordinamento, con la sentenza 137/84 della Corte Costituzionale, siccome limitativa del diritto di difesa, l'originaria disposizione dell'art. 648 capoverso c.p.c., che imponeva la concessione dell'esecuzione provvisoria in caso il creditore avesse offerto cauzione. La norma va ora letta nel senso che anche qualora vi sia tale offerta il potere discrezionale del giudice di concedere o meno l'ordinanza rimane integro.

Attualmente, l'offerta di una cauzione non integra una prova o un principio di prova di uno dei fatti costitutivi del diritto azionato: e, per quanto più su argomentato, rimane quindi del tutto irrilevante. Peraltro, anche sulla base di un'interpretazione solo letterale della norma, il giudice può concedere

l'esecuzione provvisoria se il creditore offra cauzione, ma non sembra che possa imporre la stessa al creditore che non voglia offrire. D'altro canto, se il fumus sussiste, non si vede per qual motivo imporre una cauzione; se invece non sussiste, la concessione della provvisoria esecuzione non potrà aver luogo in toto.

Per concludere sui presupposti dell'esecutorietà del decreto opposto, i principi sinora elaborati consentono di limitare a poche battute il discorso in ordine all'art. 649 c.p.c.: che prevede la sospensione della provvisoria esecuzione concessa in precedenza ai sensi dell'art. 642 c.p.c. e non anche di quella prevista dall'art. 648 c.p.c.

Correntemente la dottrina e la giurisprudenza, interpretano l'espressione "gravi motivi" in un senso molto lato. Ciò valorizza certamente la discrezionalità dell'istruttore; ma può comportare concreti pericoli per la certezza del diritto. Particolari dubbi suscita l'affermazione della sospendibilità dell'esecuzione nel caso del grave e irreparabile pregiudizio che potrebbe derivare al debitore dall'esecuzione stessa, anche senza tener conto della fondatezza delle ragioni del creditore. Pure, più in generale, l'esecuzione provvisoria è stata sospesa ove sia stato riscontrato il rischio che l'esecuzione potesse arrecare al debitore un danno irreversibile, cioè senza garanzie di adeguato risarcimento, nel caso sia poi riconosciuta fondata l'opposizione; e si è persino affermato, in nome della medesima discrezionalità, i giudici di merito si sono talvolta attribuiti la facoltà di concedere la sospensione, ma con l'imposizione di una cauzione.

Eppure, nonostante l'inconsueta ampiezza dell'espressione adoperata, i gravi motivi in forza dei quali può essere sospesa l'esecuzione provvisoria concessa sin dall'emanazione del decreto non possono che coincidere con una grave incertezza probatoria sui fatti costitutivi del diritto azionato, quale possa risultare a seguito dell'opposizione: si può sostenere che essi sussistono allorquando, nonostante il peculiare valore delle prove scritte addotte per conseguire la clausola ex art. 642 c.p.c. (ma si ricordi che la provvisoria esecuzione in decreto può concedersi anche per il pericolo nel ritardo), la contestazione del debitore abbia fatto venir meno il fumus boni juris.

Ad esempio, va sospesa la provvisoria esecuzione:

- in caso di disconoscimento della firma apposta sul titolo di credito posto a base del decreto (è infatti necessaria – Cass. 28-10-76 n. 3962 – ma anche sufficiente – Cass. 8-11-84 n. 5468 – l'istanza di verifica da parte del creditore precedente), visto che tale disconoscimento comporta, sino al completamento della eventuale procedura di verifica – iniziata dal creditore ingiungente – della relativa scrittura privata, l'elisione di qualunque nesso tra l'apparente sottoscrittore e la privata scrittura in cui si risolve anche il titolo suddetto;
- in caso il decreto per oneri condominiali sia stato seguito dalla sospensiva, in sede di impugnazione ex art. 1137 cc., della delibera di approvazione del rendiconto e del piano di riparto sulla cui base esso era stato concesso (Cass. 4-6-91 n. 6326);
- in caso di vizi dei presupposti di legge per la concessione del decreto o della provvisoria esecuzione ex art. 642 c.p.c. (Trib. Vercelli, ord. 17-3-93 n. 1619, inedita): e ciò a differenza dal provvedimento ex art. 648 c.p.c., che deve avere riguardo solo al merito della controversia sulla pretesa creditoria.

È chiaro che, dinanzi ad una richiesta di sospensione dell'esecuzione ex art. 649 c.p.c., il creditore possa, eventualmente anche solo in subordine e proprio per il caso che l'esecuzione come originariamente concessa dovesse essere sospesa per difetto dei requisiti ex art. 642 c.p.c. (o 63 disp. att. cod. civ.), instare contestualmente per la concessione dell'ordinanza ex art. 648, ove sia aliunde provato (cioè, ad esempio, con documenti prodotti successivamente alla fase monitoria) il suo fumus boni juris sul merito della pretesa.

Le ricchissime problematiche sul procedimento di esame delle istanze di concessione o di sospensione della provvisoria esecuzione (tra cui, soprattutto, quelle in tema di non concedibilità parziale e in materia del tempo entro il quale provvedere, ovvero dei rimedi contro le stesse, in ordine ai quali sono esclusi, anche di recente, i ricorsi in Cassazione, secondo Cass. 30-12-94 n.

11342 e Cass. 25-2-95 n. 2173), non possono essere qui affrontate per i limiti della presente relazione.

5. La definizione del giudizio di opposizione.

Un rapido, conclusivo cenno alle ipotesi di definizione del giudizio suggerisce una prima indicazione di sintesi:

- a) estinzione;
- b) conciliazione;
- c) definizione dell'opposizione in tema di onorari di avvocati;
- d) rigetto totale;
- e) accoglimento totale;
- f) accoglimento parziale.

Quanto all'estinzione:

- il decreto ingiuntivo, che già non ne era munito, acquista efficacia esecutiva; al riguardo, poiché interessato ad eccepire l'estinzione è il ricorrente opposto, bene potrà egli chiedere al giudice dell'opposizione soltanto la declaratoria di estinzione;
- il decreto ingiuntivo acquista efficacia equiparata al giudicato, ove – come del resto sembra del tutto plausibile – sia decorso il termine per una nuova opposizione;
- il provvedimento che dichiara l'estinzione può essere esplicito od implicito (ad es., ove si dichiari direttamente l'esecutività, ai sensi dell'art. 654 c.p.c.); ma non è mai decisivo e quindi mai ricorribile per cessazione;
- essa non ha luogo in caso di mancata comparizione di tutte le parti al momento della prima udienza, attesa l'operatività del diverso meccanismo di cui all'art. 647 c.p.c.

Quanto alla conciliazione:

- è l'unico caso in cui il giudice dell'opposizione interviene sulla lettera del decreto ingiuntivo, con facoltà di ridurne l'importo, sia pure vincolatamente alla quantità riconosciuta nella conciliazione;
- in caso di riconoscimento di inesistenza del credito azionato (ad es., in cambio del riconoscimento dell'infondatezza di una riconvenzionale), non potrà però revocarsi in toto il decreto ed occorrerà quindi una rinuncia esplicita del creditore al decreto;
- il monitorio viene, con la stessa ordinanza, dichiarato altresì esecutivo (e, v'è da ritenere, anche se la conciliazione conservi validità a solo una parte di esso).

Quanto alla definizione del procedimento di opposizione avverso decreti ingiuntivi in tema di onorari di avvocati:

- si definisce il giudizio con ordinanza e non con sentenza, a condizione però che la controversia, introdotta dall'ingiunto con l'opposizione, abbia ad esclusivo oggetto l'entità delle spettanze del professionista;
- infatti, non appena sia revocata in dubbio la stessa sussistenza di un incarico professionale, ovvero il compimento di alcuni degli atti per i quali si richiede il compenso, ovvero si contesti la diligenza profusa nell'epletamento dell'incarico, oppure allorché si dispieghi riconvenzionale per i danni che si assumono patiti a causa delle modalità di espletamento, tali questioni, che con tutta evidenza involgono l'andebatur, vanno decise con sentenza (per limitarsi alle ultime pronunzie, confermate di una giurisprudenza consolidata: Cass. 15-3-94 n. 2456 e Cass. 21-5-91 n. 5724).

Quanto al rigetto totale dell'opposizione:

- esso riguarda tutti i casi di reiezione della domanda avanzata con il ricorso per decreto, sia per motivi di rito, sia per motivi di merito;
- esso comporta l'acquisto di efficacia esecutiva da parte del decreto, che non ne sia già munito;
- la sentenza di rigetto non costituisce una sentenza di condanna dell'ingiunto, che si sostituisce all'originario titolo, fatto oggetto di impugnazione: visto che il rigetto dell'opposizione comporta, di

per se stesso, che la statuizione sulla fondatezza delle ragioni del creditore fatta in decreto, da provvisoria, divenga definitiva;

– la sentenza che rigetta l’opposizione, in quanto statuisce sull’insussistenza dei fatti modificativi o impeditivi o estintivi del diritto, ovvero sulla sussistenza di quelli costitutivi, assiste con il suo giudicato o con la sua efficacia provvisoria la condanna insita nel decreto: in tal modo si spiega come il titolo, relativamente alla somma portata nel monitorio ed ai suoi accessori (nonché alle spese del monitorio), possa rimanere appunto quest’ultimo, senza necessità di una fusione o di una sorta di riversamento del titolo precedente in quello definitivo;

– per la condanna recata dal decreto (sorta capitale, accessori e spese), l’unico titolo è quest’ultimo, potendosi soltanto aggiungere, quale titolo esecutivo, ma per le altre ragioni di credito, diverse od ulteriori rispetto a quelle del decreto, anche la sentenza di rigetto dell’opposizione.

Quanto all’accoglimento totale dell’opposizione:

– esso può aver luogo per difetto della giurisdizione dell’Autorità Giudiziaria Ordinaria o di competenza del giudice del monitorio: il decreto viene dichiarato nullo e non avviene la trasmissione al giudice competente;

– esso può avvenire per motivi di rito, dandosi luogo anche in tal caso alla declaratoria di nullità del decreto;

– incapacità processuale del ricorrente, difetto di interesse ad agire, carenza di condizioni di proponibilità dell’azione,

– firma del ricorso per decreto ingiuntivo da parte di un procuratore esercente extra districtum, vale a dire al di fuori dell’ambito territoriale del distretto cui appartiene il Tribunale presso il cui albo egli è iscritto: sul punto, va ritenuto applicabile, anche per i giudizi dinanzi al giudice di pace, in analogia con l’ultima giurisprudenza per quelli pretorili (a partire da Cass. SS.UU. 6-6-86 n. 4252), il principio della radicale e insanabile nullità degli atti processuali formati da quel procuratore, finora elaborato dalla costante giurisprudenza di legittimità e di merito (per tutte: Cass. 7-11-91 n. 11880);

– ove esso comporti la declaratoria di nullità del decreto, va pure espressamente revocata anche l’eventuale ordinanza di concessione dell’esecuzione provvisoria: non potendo certo conseguire a un provvedimento nullo alcun effetto giuridico;

– esso può aversi per motivi di merito, allorché si statuisce che il diritto azionato dal ricorrente con il ricorso per decreto ingiuntivo non sussiste; e conseguono la revoca (Cass. 18-10-83 n. 6121; Cass. 22-4-92 n. 4804) e la conseguente perdita di efficacia del decreto opposto;

– ove esso abbia luogo nei confronti di quell’unico, tra più condebitori solidali ed egualmente ingiunti, che abbia fatto opposizione, non se ne possono giovare gli altri, attesa l’efficacia preclusiva del giudicato.

Quanto al pagamento in corso di causa, ovvero al riconoscimento del credito azionato in misura minore di quella di cui in decreto:

– sino a qualche tempo addietro si è assistito ad una notevole oscillazione della giurisprudenza, di merito e di legittimità, sulle conseguenze, per il decreto opposto, del riconoscimento, da parte sia dell’ingiunto – con condotta ammissiva per eccellenza del credito altrui, vale a dire con l’adempimento spontaneo di questo – sia del giudice dell’opposizione, di fatti idonei a modificare il contenuto del comando in via provvisoria impartito col decreto stesso;

– in tema di pagamento integrale e senza riserve del credito azionato, si affrontano due tesi contrapposte:

– la revoca del decreto va disposta soltanto quando questo sia stato malamente emanato, con riferimento alla situazione di fatto e di diritto sussistente al momento dell’emanazione;

– al contrario, ribadendosi la necessità della valutazione di fondatezza della domanda al momento della decisione, non può essere lasciato in vita un decreto che, per quanto in origine fondato, contenga un comando il cui mantenimento risulti ormai ingiusto e privo di causa, in quanto ad esso sia stato già ottemperato.

- sul punto, può osservarsi (con Cass. SS.UU. 7-7-93, in Giust. civ. 1993, I, 2043) che il riscontro della sussistenza delle condizioni dell'azione e, comunque, di quelle di fatto indispensabili per la declaratoria di fondatezza della domanda va operato al momento della decisione comporta che un qualunque pagamento, anche successivo all'opposizione – ma anteriore alla sentenza, com'è ovvio – determina l'impossibilità di consacrare, con la conferma del decreto, la condanna dell'ingiunto ed impone invece sempre e comunque la revoca del monitorio; e neppure occorre, nella sentenza che decide l'opposizione, alcuna esplicita statuizione sulla fondatezza o meno del decreto al momento in cui esso fu emesso (Cass. 28-9-94 n. 7892);
 - ne discende che, anche se il decreto sia stato concesso bene e legittimamente, esso va revocato in tutti i casi in cui, al momento della decisione con sentenza dell'opposizione la condanna da esso recata non possa essere confermata fino all'ultima lira;
 - questo costituisce il mezzo processuale più lineare per limitare l'assoggettabilità del patrimonio del debitore a quanto effettivamente dovuto, se si osserva che, in caso di accoglimento anche solo parziale, il titolo, a norma dell'art. 635 c.p.v. c.p.c., è costituito esclusivamente dalla sentenza;
 - l'eventuale originaria validità e fondatezza del decreto, nonostante la sua revoca, può adeguatamente essere considerata proprio nel capo della sentenza di accoglimento dell'opposizione e contestuale condanna dell'opponente, relativo alle medesime pretese del creditore, ai fini della liquidazione delle spese processuali;
 - comunque, in uno alla revoca totale del decreto (e quindi anche della sua parte in tema di spese della fase monitoria), potrà conseguire, su domanda del creditore opposto, un separato capo della stessa sentenza, di condanna dell'opponente al pagamento della somma di cui sia stato riconosciuto debitore (Cass. 5-12-70 n. 2575; Cass. 6-2-70 n. 249; Cass. 13-12-69 n. 3954);
 - il titolo esecutivo è costituito esclusivamente dalla sentenza di accoglimento anche solo parziale, in omaggio a notevoli esigenze pratiche e ponendo nel nulla il primo; e, soprattutto, anche nel caso in cui il decreto, che potrebbe costituire un titolo giudiziale di per sé esecutivo, sia stato appunto messo in esecuzione; peraltro, molto opportunamente si precisa che in tali casi gli effetti degli atti di esecuzione già compiuti si conservano, limitatamente alla somma o quantità ridotta e, cioè, riconosciuta come realmente dovuta.
- Quanto alla pronuncia sulle spese contenuta nella sentenza che decide l'opposizione:
- il regime delle spese delle due fasi, quella monitoria e quella di opposizione, va regolato sulla base della considerazione complessiva dell'esito finale della lite;
 - può sempre rilevare, a seconda dei casi, l'eventuale fondatezza del decreto ingiuntivo, però nei sensi in cui era stata valutabile con giudizio di prognosi postuma al momento della sua emanazione;
 - la sentenza è di declaratoria di nullità del decreto o di accoglimento integrale dell'opposizione per motivi di merito: il provvedimento sulle spese contenuto nel decreto viene travolto integralmente in uno a questo;
 - la sentenza è di rigetto integrale dell'opposizione, ma con il riconoscimento – anche implicito – dell'invalidità del decreto (ad es. in quanto emesso al di fuori dei casi previsti dagli artt. 633 ss. c.p.c., in carenza di speciale prova scritta, etc.): le spese della fase monitoria non possono cedere a carico dell'ingiunto e quindi o non saranno computate nella complessiva condanna alle spese oppure si avrà condanna alle sole spese della fase di opposizione (e salva la valutazione di eventuali giusti motivi di compensazione);
 - la sentenza è di rigetto integrale dell'opposizione, con riconoscimento anche della fondatezza del decreto opposto: quest'ultimo dispiega efficacia anche per le spese;
 - la sentenza è di accoglimento parziale: in tal caso la sentenza si sostituisce al decreto anche quanto alle spese della fase monitoria; e queste andranno computate nella liquidazione complessiva delle spese del giudizio solo se il decreto, al momento della sua emissione, potesse qualificarsi fondato; in caso di infondatezza della domanda nella fase monitoria, si potrà limitare la condanna alle spese della sola fase di opposizione;

– sulla base di questo schema può risolversi ogni altro problema in tema di spese, come per esempio nel caso in cui, con l'opposizione, sia stata avanzata una riconvenzionale, ovvero qualora l'opposto abbia dispiegato una domanda accessoria: trovando sul punto piena applicazione i principi generali in tema di soccombenza complessiva o reciproca.

Bibliografia essenziale

Zanzucchi, Diritto processuale civile, Milano 1964;

Mandrioli, Corso di diritto processuale civile, vol. III, Torino 1985;

Satta-Punzi, Diritto processuale civile, Padova 1993;

Garbagnati, I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto, Milano 1979;

Garbagnati, Il procedimento d'ingiunzione, Milano 1991;

Balbi, Ingiunzione (procedimento di), in Enc. Giur., Roma 1989, vol. XVII;

Nicoletti, Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1975, pp. 980 ss.;

Visco, Il procedimento per ingiunzione, Roma 1951;

Cioffi, I procedimenti per ingiunzione e per convalida di sfratto, Roma 1959;

Sciacchitano, voce Ingiunzione (dir. proc. civ.), in Enc. dir., Milano 1971;

Ebner-Filadoro, Manuale del procedimento di ingiunzione, Milano 1993;

Pajardi, Il procedimento monitorio, Milano 1991;

Valitutti-De Stefano, Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione, Padova 1994.