



**Salvatore Boccagna, Bruno Sassani**

***Dal “diritto incompreso” al “diritto negato”.***

La Cassazione (III sez. 5 ottobre 2018, n. 24571) ribadisce il suo orientamento contrario alla tutelabilità in via autonoma del diritto del creditore al rimborso delle spese dell'espropriazione. Contrario, anzi, alla stessa configurabilità di un diritto siffatto (inteso quale vero e proprio credito di natura sostanziale, nascente dal fatto dell'anticipazione), in luogo del quale la Corte pone un mero diritto processuale di prelievo dal ricavato, esercitabile entro il limite della capienza di quest'ultimo. Oltre questo limite, nulla, un “non diritto”, che se dichiarato dal g.e. darebbe luogo a un “non provvedimento”, come significativamente si esprime l'autore della nota sopra pubblicata: avevamo parlato, proprio su queste pagine, di un “diritto incompreso”, potremmo ora parlare di un diritto negato.

Il ragionamento che, ad avviso della Corte, dovrebbe fondare “sistematicamente” questa negazione può essere così sintetizzato: nell'esecuzione forzata, diversamente da quanto avviene nel processo di cognizione, non può darsi soccombenza in senso proprio, poiché manca l'accertamento di una posizione sostanziale controversa; di conseguenza, anche la liquidazione delle spese da parte del g.e. non può avere contenuto decisorio, in quanto all'organo esecutivo è demandata una funzione di mera verifica dei crediti in funzione dell'assegnazione o della distribuzione; ne discenderebbe ulteriormente - è questo il passaggio cruciale - che le spese non costituiscono oggetto di un vero e proprio obbligo dell'esecutato, ma rappresentano il costo obiettivo del processo, configurandosi come onere che viene a gravare sul ricavato (e dunque come “tara” di quest'ultimo).

Di fronte a un simile modo di ragionare, il meno che si possa dire è che la conseguenza non discende dalle premesse. Anche, infatti, a voler accogliere la premessa dell'assoluta carenza in capo al g. e. del potere di accertare il diritto del creditore alla rifusione delle spese (ma ci sono varie norme, come gli artt. 611 e 614 in tema di esecuzione in forma specifica e l'art. 632 in tema di estinzione del processo esecutivo, che dimostrano il contrario), la conseguenza non sarebbe affatto quella indicata dalla Corte, e cioè che un tale diritto, non potendo essere accertato in sede esecutiva, non esiste, ma sarebbe semmai che dello stesso è ammesso l'accertamento al di fuori del processo esecutivo, e così ad es. in un procedimento di tipo monitorio instaurato dal creditore sulla base della (mera) liquidazione operata dal g.e. Né ad una siffatta conclusione sarebbe possibile opporre il principio, cui anche la pronuncia in commento espressamente si richiama, secondo il quale la competenza a provvedere sulle spese è riservata al giudice del processo in corso. Per un verso, infatti, come già osservammo a suo tempo, tale competenza risulterebbe comunque rispettata dall'intervenuta liquidazione ad opera del giudice del processo cui le spese afferiscono (diverso evidentemente essendo il problema specifico, che è quello dell'attuazione aliunde di un diritto già liquidato); per altro verso, e ancor più radicalmente, quel principio non può essere usato come un Jolly per dire che il potere di regolare le spese manca al giudice dell'esecuzione e, contemporaneamente, manca ad altro giudice perché quest'ultimo non può arrogarsi un potere del giudice dell'esecuzione: se si assume (come assume la sentenza) che il giudice B non può esercitare il potere X perché X è dato in via esclusiva al giudice A, si deve concludere che B può esercitarlo quando A ne sia invece (sempre secondo la sentenza) sprovvisto.

Gli altri argomenti da noi spesi (S. Boccagna e B. Sassani, Il diritto incompreso: le spese del creditore nell'espropriazione forzata, [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it) 29 giugno 2018 e Riv. dir. es. forz. 2018, 3/2018, 465 ss.) contro l'opinione dominante sono sbrigativamente liquidati dalla Corte col ricorso al ragionamento a contrario: così, in particolare, quello (che continua a sembrarci decisivo) tratto dall'art. 1196 c.c. (che pone a carico del



debitore le spese dell'adempimento), che secondo la Corte riguarderebbe solo la fisiologia del rapporto di obbligazione (!?), senza che sia dato comprendere la ragione per la quale in caso di adempimento spontaneo al creditore sarebbero riconosciute le spese fatte per ricevere il pagamento, mentre in caso di inadempimento e conseguente necessità di ricorso all'esecuzione forzata le spese (non collocabili sul ricavato) resterebbero a suo carico. L'inadempimento dunque, ancora una volta paga, e il diritto di agire in giudizio costituzionalmente garantito va esercitato a proprio rischio e pericolo. La prospettazione della Corte conduce ad una sorta di mostriciattolo, partecipe della natura dell'obbligazione naturale, irripetibile se per caso eseguita ma incoercibile se inadempita. Essa rende poi inevitabile la conclusione che il diritto alle spese sancito per l'esecuzione in forma specifica sarebbe un diritto octroyé, un'eccezione alla regola della trasformazione di diritto in una situazione priva di tutela.

La ragione che, ad avviso della Corte, varrebbe a giustificare una così plateale disparità di trattamento starebbe nell'esigenza di contenere il rischio di abusi da parte del creditore in mala fede (o, più spesso, del suo difensore), che intenda servirsi del processo esecutivo al solo scopo di aggravare ingiustificatamente la posizione del debitore. In tale prospettiva, si delineerebbe "un principio di autoresponsabilità del creditore, e per esso del suo difensore", che imporrebbe di ritenere "eccessive o superflue", e dunque non ripetibili ai sensi dell'art. 92 c.p.c., le spese che non trovino collocazione sul ricavato. Per prevenire l'abuso, dunque, si colpisce l'uso, secondo una logica già a suo tempo stigmatizzata dalla Corte costituzionale in relazione alla l. 10 maggio 1976, n. 358 (che, per analogo timore, aveva escluso il diritto del creditore a vedersi liquidate le spese nel decreto ingiuntivo emesso sulla base di documenti cui la legge già riconosce la qualità di titolo esecutivo).

A parte ciò, è evidente come la S.C., pur di negare (in nome di non meglio precisate esigenze di "ragionevolezza") la tutelabilità del credito alle spese, finisca per delineare un assetto, esso sì, del tutto irragionevole: ed invero, l'eccessività (e dunque l'irripetibilità) delle spese viene fatta dipendere non già (conformemente alla ratio dell'art. 92) da una valutazione in concreto sulla proporzionalità tra mezzi impiegati e fine perseguito dal creditore, bensì dalla circostanza del tutto casuale (quando non imputabile allo stesso debitore) della maggiore o minore capienza del ricavato.

Una sentenza, dunque, che, al di là delle dichiarate ambizioni nomofilattiche (si tratta della prima pronuncia resa nell'ambito del "Progetto esecuzioni" avviato dalla III Sezione), non può che suscitare le più ampie riserve: per la scarsa persuasività del ragionamento e, soprattutto, per la sostanziale ingiustizia della conclusione, che finisce per fare del processo esecutivo un fattore di possibile "impoverimento" (come imperturbabilmente riconosce l'annotatore della pronuncia) di quel creditore che dovrebbe, per dettato costituzionale, tutelare. Forse una cauta subordinazione delle ambizioni nomofilattiche alle sbandierate regole di base dell'ordinamento gioverebbe a tutti.