



MASSIMO CIRULLI

L'IRCOCERVO

La sentenza alla quale dedico le sintetiche osservazioni che seguono¹ si segnala per aver risolto in senso affermativo la controversa questione della reclamabilità dell'ordinanza che provvede (in senso positivo o negativo) sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, contro il quale il debitore (od il terzo esecutando per debito altrui, reso destinatario del precetto *ex art. 603 c.p.c.*) abbia proposto opposizione c.d. preventiva all'esecuzione. Sul punto non posso che convenire, essendomi già altrove espresso in senso conforme, per ragioni che sarebbe pedante ripetere.

Ragioni di parziale dissenso suscita, invece, la complessiva ricostruzione dell'istituto della sospensione.

Nell'esercizio di una funzione nomopoietica, piuttosto che nomofilattica [la Cassazione prima tempio, poi fabbrica² (come conferma il numero della sentenza, in rapporto alla data di pubblicazione), ora legislatore, come il *Tribunal de cassation* nella Francia rivoluzionaria del 1790, ma in tutt'altro contesto storico], le Sezioni unite disegnano il provvedimento quale cautela in senso proprio, benchè *sui generis* (in motivazione, § 26), ontologicamente diversa dalle pur semanticamente affini inibitorie previste dal codice di rito civile ed aventi ad oggetto i provvedimenti di condanna resi a definizione dei gradi di merito del processo a cognizione piena o di procedimenti decisorii sommari: tutte (salvo quella prevista dall'art. 830, comma 4, c.p.c. che – se *per incuriam legis* o per deliberato proposito non si deve in questa sede indagare – non è espressamente dichiarata non impugnabile³) caratterizzate dalla sancita inoppugnabilità, con i corollari della immodificabilità/irrevocabilità da parte del giudice che le abbia adottate (in virtù dell'art. 177, comma 3, n. 2, c.p.c.) ed esenzione dal controllo da parte di altro giudice (anche in sede di legittimità *ex art. 111 cost.*, stante l'inettitudine al giudicato formale e sostanziale dei provvedimenti sospensivi).

Anziché usare il rasoio di Occam ed osservare la regola *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*, la S.C. ha partorito un ircocervo: un *tertium genus* tra cautele in senso lato (categoria nella quale ha iscritto le inibitorie) e cautele in senso stretto (soggette al rito uniforme *ex artt. 669 bis ss. c.p.c.*). Probabilmente il termine “cautela” è quello maggiormente abusato dai giuristi: come ammoniva Salvatore Satta (notoriamente avverso alle costruzioni ed ai sistemi tanto cari, invece, a Francesco Carnelutti: non oso immaginare quale sarebbe stato il suo caustico commento ad una sentenza che, come nella specie, prospetta per sovrammercato anche un “sottosistema” o “microsistema”), “l'idea della cautela è un'idea non giuridica, ma immanente nel diritto, e quindi ispiratrice di un'infinità di norme, se non addirittura di tutte, poiché non c'è norma, per il solo fatto di essere norma, che non sia dettata da ragioni di cautela”⁴. Non giova né alla dogmatica, né alla pratica, richiamare la generica funzione cautelare di un provvedimento, talora ravvisabile anche in sentenze (ad es., quella revocatoria ordinaria) od in istituti di diritto sostanziale (la trascrizione delle domande giudiziali,

¹ Cass., Sez. un., 23 luglio 2019, n. 19889, www.judicium.it, con nota di B. CAPPONI.

² E' l'amara espressione d'esordio del saggio di B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, www.judicium.it, 3 giugno 2019.

³ Donde il legittimo dubbio che l'ordinanza resa dalla corte d'appello sull'istanza di sospensione dell'efficacia del lodo (non, si noti, della sola esecutività) impugnato per nullità sia suscettibile, secondo la disciplina del rito cautelare uniforme, a revoca/modifica e reclamo: sul punto v., anche per i riferimenti del caso, L. SALVANESCHI, *Dell'arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2014, 936 s.

⁴ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968 (rist.), 147 s.



l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ecc.): occorre che l'indagine sia estesa alla struttura della misura giudiziale ed all'individuazione della situazione giuridica soggettiva cautelanda. Neppure la previsione del reclamo vale *ex se* a conferire ad un provvedimento natura cautelare: *de praeterito*, l'ordinanza con la quale il presidente od il consigliere istruttore sospendeva l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza appellata era reclamabile davanti al collegio (v. il testo originario degli artt. 351 e 357 c.p.c.), eppure nessuno ne traeva che, perciò solo, la sospensione fosse una misura *stricto sensu* cautelare⁵; così come, *de praesenti*, nessuno sostiene che l'ordinanza del giudice dell'esecuzione, risolutiva delle difficoltà insorte nel corso delle operazioni di vendita delegata, abbia natura cautelare, pur essendo testualmente impugnabile con il reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c. (art. 591 *ter* c.p.c.)⁶

Ed allora o si conviene con Bruno Capponi che la sospensione *ex art. 615*, comma 1, c.p.c. non è (al pari delle inibitorie) un provvedimento cautelare *stricto sensu* ed è pertanto irreclamabile⁷; o si condivide il più modesto e contrario avviso di chi scrive, che invece considera le inibitorie misure funzionalmente, ma non strutturalmente cautelari, mentre inquadra la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo tra le cautele anticipatorie, con conseguente totale soggezione al rito uniforme, se non diversamente disposto⁸. Invece secondo la sentenza in commento *tertium datur*: con un esercizio di ibridazione tra inibitoria e cautela si enuncia una *nova lex*, alla cui stregua la sospensione è reclamabile come la cautela, ma immodificabile come l'inibitoria⁹.

Le Sezioni unite sembrano riconoscere, nella finale epitome della sentenza, la funzione anticipatoria della sospensione (patrocinata, invero, *claris verbis* dal ricorrente P.G.¹⁰). Ma all'affermazione che “la sospensione anteriore al pignoramento mira ad anticipare l'effetto finale proprio dell'azione di cognizione cui accede quale misura interinale” (in motivazione, § 52) non segue la consequenziale soggezione del provvedimento al regime delle misure a strumentalità (strutturale, non funzionale) attenuata: e quindi la

⁵ F. CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, 236 ss., che pure ravvisava una comune matrice cautelare-anticipatoria nelle inibitorie, non argomentava certo dalla reclamabilità dell'ordinanza sull'esecuzione provvisoria della sentenza appellata, non foss'altro perché all'epoca il rito cautelare uniforme era *in mente Dei*. Nel vigente quadro normativo G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010, 428 ss., 560 ss. sostiene la natura cautelare anticipatoria delle inibitorie e ne predica la reclamabilità *ex art. 669 terdecies* c.p.c.

⁶ Per l'esplicita e motivata negazione della natura cautelare del provvedimento reclamabile v. A. SALETTI, *sub art. 591 ter*, in A. SALETTI-M.C. VANZ-S. VINCRE, *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, Torino, 2016, 312.

⁷ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*⁵, Torino, 2017, 481 ss., spec. 495.

⁸ M. CIRULLI, *La sospensione del processo esecutivo*, Milano, 2015, 171 ss.

⁹ In verità anche D. LONGO, *Contributo allo studio della sospensione nel processo esecutivo*, I, Ospedaletto, 2018, 475 ss., spec. 552 ss., propugna la natura non *stricto sensu* cautelare del provvedimento sospensivo (del quale nega l'attitudine anticipatoria), ma ritiene applicabili gli artt. 669 *septies*, *decies* e *terdecies* c.p.c.

¹⁰ “Si tratta, a parere dell'Ufficio, di tutela cautelare di tipo anticipatorio nella inibizione dell'esecuzione forzata, conseguente ad opposizione a precetto (o pre-esecutiva; quella concernente la presente richiesta), mediante la quale l'opponente, con la sospensione, ottiene esattamente, in via provvisoria, il vantaggio processuale e sostanziale che si proponeva mediante la proposizione dell'azione oppositiva. In sostanza, questi evita di essere sottoposto ad esecuzione forzata; ciò che avrebbe ottenuto se, in ipotesi, la sua opposizione fosse stata accolta nel momento medesimo in cui essa veniva proposta. Il pregiudizio che ne deriverebbe dalla necessità di attendere la decisione sul merito è, ovviamente in via provvisoria, totalmente scongiurato” (così il ricorso, 4).



postulazione – che sarebbe stata coerente con la premessa e non meramente assiomatica – della sopravvivenza della misura all'estinzione del giudizio (ed anche all'omessa introduzione, per chi ritenga, come lo scrivente, la sospensione concedibile *ante causam*).

Si può tuttavia concedere che la questione, irrilevante ai fini della decisione sul ricorso del P.G. (onde la Corte avrebbe statuito *ultra petita* se avesse pronunciato sul punto: ma si deve constatare come il vizio, pur non denunciabile da alcuno, affligga la ritenuta negazione della revocabilità/modificabilità della sospensione e la definizione dei gravi motivi al cui ricorrere è subordinata, trattandosi di questioni neppure implicitamente sollevate dal generale ufficio requirente: v. *infra*), con il quale si chiedeva di statuire soltanto che il provvedimento è sottoponibile a reclamo, sia rimasta impregiudicata. Non altrettanta indulgenza merita, invece, la contraddizione nella quale incorrono le Sezioni unite quando, dopo aver negato l'equiparazione della sospensione alle inibitorie, estendono alla prima il regime di stabilità delle seconde, dichiarando l'ordinanza *ex art. 615, comma 1, c.p.c.* immodificabile ed irrevocabile (in motivazione, § 45). Deroga all'*art. 669 decies c.p.c.* tanto più ingiustificata ove si consideri che l'applicabilità del rito cautelare uniforme è implicitamente presupposta dalla sentenza, che ammette (giustamente) il giudice di pace a provvedere sull'istanza in eccezione all'*art. 669 bis, comma 2, c.p.c.* (in motivazione, § 45). Se invece si nega la natura cautelare della sospensione, il potere di revoca/modifica (lo si intenda quale *ius poenitendi* esercitabile anche in via officiosa o, come mi sembra nella specie preferibile, come esercizio negativo/correttivo della potestà cautelare, subordinato all'istanza di parte ed alla sopravvenienza di *nova*) deriva dall'*art. 177, comma 2, c.p.c.* Nel c.d. microsistema o sottosistema, infatti, non è rinvenibile una norma che espressamente dichiari non impugnabile l'ordinanza che sospende l'esecutività del titolo; né tale carattere può essere dedotto dall'interprete, esigendosi un'espressa previsione di legge affinché l'ordinanza sia sottratta al riesame del suo autore.

La ritenuta irrevocabilità dell'ordinanza sospensiva, oltre ad essere priva di fondamento positivo, si risolve in una grave ed ingiustificata limitazione del potere di azione esecutiva. E' lecito chiedersi per quale ragione la misura che inibisce il pignoramento dovrebbe conservare efficacia fino alla pubblicazione della sentenza di primo grado che rigetta l'opposizione, nonostante che le prove, specie se precostituite, assunte in corso di causa infirmino il giudizio prognostico circa il probabile accoglimento dell'opposizione sotteso alla concessione della misura. Se il debitore opponente produce quietanza liberatoria rilasciatagli dal precettante con riferimento al credito per il quale è minacciata l'esecuzione forzata e, in ragione di tale fatto estintivo del diritto materiale *ex titulo*, il giudice ne sospende l'esecutività, è irragionevole che il creditore non possa utilmente aspirare alla revoca della cautela dopo aver offerto, con la seconda memoria *ex art. 183, comma 6, c.p.c.*, prova documentale che la quietanza si riferisce ad un diverso credito. Sotto questo profilo, il divieto a carico del debitore di proporre nuovi motivi di opposizione in corso di causa¹¹ non può certamente ridondare in danno del creditore, che all'opposizione resiste. L'argomento mi sembra, quindi, del tutto eccentrico rispetto alla *ratio decidendi* (in motivazione, § 45). Né è dato comprendere come al divieto di revoca *ex art. 669 decies c.p.c.* potrebbe supplire un giudice dell'esecuzione mai nominato, non essendo stato eseguito il pignoramento proprio in virtù della sospensione; magistrato che neppure può a mio avviso revocare la sospensione parziale disposta dal giudice dell'opposizione a precetto (talchè in tale ipotesi il pignoramento sia stato eseguito per la parte non sospesa), non avendo la *cognitio causae* (atteso che il giudizio di merito non pende dinanzi sé), né intervenendo su un proprio provvedimento ai sensi dell'*art. 487 c.p.c.*

La decisione serba silenzio sulla riproponibilità dell'istanza sospensiva rigettata, ma la negata applicabilità degli *artt. 669 bis ss. c.p.c.* (con l'unica salvezza della disposizione sul reclamo) sembrerebbe autorizzare l'illazione circa la libera reiterabilità della domanda, non condizionata al verificarsi di mutamenti

¹¹ Ma la questione non può essere liquidata in termini così perentori: v., se vuoi, M. CIRULLI, *Le opposizioni nel processo esecutivo*, Milano, 2018, 257 ss.



nelle circostanze od alla deduzione di nuove ragioni di fatto o di diritto (come esige, invece, l'art. 669 *septies* c.p.c.). Tuttavia, l'art. 669 *terdecies*, comma 4, c.p.c. onera il reclamante della deduzione dei *nova* in sede di gravame: se la norma è applicabile *in toto* (né sembra che le Sezioni unite ne abbiano prospettato l'estensione soltanto parziale all'ordinanza sospensiva), ne segue che la riproposizione non può essere affidata a fatti nuovi verificatisi in pendenza del termine per il reclamo o durante il relativo procedimento, operando in tal caso la preclusione del deducibile, sempre che il reclamo sia stato proposto.

Come ha acutamente rilevato Bruno Capponi, la pronuncia sembra accogliere l'impostazione, a ragione deplorata dalla dottrina, che individua l'oggetto della sospensione nel precetto anziché nel titolo esecutivo¹². Stante la relazione di strumentalità funzionale tra cautela e merito, l'oggetto della prima dipende da quello del secondo (non potendosi ottenere in via provvisoria un effetto non conseguibile in via definitiva), che viene identificato nell'accertamento (se mero o costitutivo non è mestieri scrutinare) dell'inesistenza del potere processuale di azione esecutiva, fondato non sul titolo, ma sul precetto (in motivazione, § 29). Questa è un'interpretazione antiletterale dell'art. 615, comma 1, c.p.c., che individua l'oggetto del processo nella contestazione del diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata ed il contenuto del provvedimento cautelare, nelle more emanabile ad istanza dell'opponente, nell'inibitoria dell'efficacia esecutiva del titolo; il precetto enuncia la pretesa del creditore (la c.d. domanda esecutiva), non la giustifica; per prevenire l'esecuzione minacciata o caducare quella iniziata il debitore deve ottenere la rescissione del titolo, tanto che se si limita a denunciare l'eccessività della somma intimata rispetto a quella dovuta *ex titulo* il processo espropriativo non viene anticipatamente chiuso, ma prosegue nei limiti della minor somma determinata dal giudice.

Peraltro, quando si aggiunge che con l'opposizione preventiva non potrebbero denunciarsi "intrinseche ragioni di illegittimità" del titolo (in motivazione, § 33) la chiosa diventa addirittura pericolosa, in quanto potenzialmente foriera di un grave equivoco circa i limiti oggettivi del giudicato di accoglimento. Se per intrinseco s'intende (come pare debba rettammente intendersi) il contenuto (laddove l'estrinseco è il contenitore) e quindi il diritto materiale (quello da eseguire, non ad eseguire), allora l'opposizione di merito contro i titoli di formazione privata è inammissibile? Certamente se il titolo è giudiziale od amministrativo l'opposizione non può investire fatti anteriori alla relativa formazione, gravando sul debitore l'onere dell'impugnazione o dell'opposizione nella sede propria. Ma se si procede in forza di un titolo di credito o di un atto pubblico l'esecutando può eccepire senza limiti fatti impeditivi, modificativi od estintivi ed anche esercitare, se del caso, le impugnative negoziali. La così operata contestazione del diritto sostanziale è strumentale alla negazione del potere processuale, quale mezzo al fine, fermo restando che anche la questione di merito è conosciuta in via principale e non meramente incidentale: non avendo altrimenti senso individuare il giudice competente in senso verticale a conoscere dell'opposizione in quello cui spetterebbe la cognizione della medesima causa, se fosse proposta in via autonoma (tanto in applicazione del noto principio di correlazione tra competenza e *thema decidendum*). Temo che l'affermazione circa il carattere "accessorio" della domanda di merito (in motivazione, § 32) possa invece autorizzare pericolose illazioni circa la natura esclusivamente processuale della situazione soggettiva dedotta in giudizio dall'opponente e la conseguente inidoneità al giudicato sostanziale della sentenza che, ad es., annulli il contratto-titolo esecutivo per vizio del consenso: tesi che poteva avere fondamento in costanza di inappellabilità della sentenza (2005/9), ma che il ripristino del doppio grado di merito non sembra sussidiare.

¹² B. CAPPONI, *Per le Sezioni Unite la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, pronunciata dal giudice dell'opposizione a precetto, è reclamabile...perché così pensano le Sezioni Unite*, www.judicium.it, 26 luglio 2019, 2.



Né vale addurre a sostegno della tesi qui oppugnata che, quando il debitore contesta l'ammontare della somma precettata, in quanto maggiore di quella dovuta *ex titulo* (si può citare l'esempio, di comune riscontro, dell'erronea determinazione da parte del creditore della decorrenza o della misura degli interessi), l'opposizione non investe il titolo, ma il precetto, e quindi anche l'interinale e strumentale sospensione colpisce il precetto (in motivazione, § 35). *Exceptio firmat regulam*: nella specie non v'è luogo per la sospensione, in quanto il debitore, lungi dal contestare il contenuto del titolo, ne chiede la corretta interpretazione ed applicazione, ma se del caso per un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* inibitorio del pignoramento per somma maggiore di quella dovuta¹³; ma oggetto del giudizio di merito resta la contestazione del potere processuale di agire *in executivis*. Invece, se a motivo di opposizione è addotto il difetto di legittimazione (*rectius*, titolarità) attiva o passiva all'azione esecutiva, è proprio il titolo ad essere direttamente implicato: dedurre che la sentenza condanna Tizio e non Caio si risolve nel negare che esista il titolo esecutivo contro Caio; ed il giudice sospenderà, nel concorso dei gravi motivi, la *vis executiva* della sentenza nei confronti dell'opponente Caio.

Neppure accenno, per non aggravare ulteriormente l'esposizione, al rapporto tra poteri sospensivi del giudice dell'opposizione a precetto e del giudice dell'esecuzione ed alla negazione dell'efficacia panprocessuale della sospensione *ex art. 624 c.p.c.*¹⁴. Merita invece una riflessione critica la configurazione del *periculum in mora* accolta dalla sentenza, che ne professa "un'accezione affatto peculiare, cioè di rischio di un pregiudizio per il debitore che ecceda quello normalmente indotto dall'esecuzione, di per sé integrante un'invasione della sfera giuridica dell'esecutato, ma operata *secundum legem*, in quanto indispensabile alla funzionalità dell'intero ordinamento giuridico, che esige che i propri comandi (nel caso di specie, contenuti nel titolo) siano rispettati" (in motivazione, § 44). In disparte il carattere assertivo del principio [il *sic volo, sic iubeo* si coglie d'altronde anche nella proclamata intangibilità del titolo esecutivo giudiziale (in motivazione, § 52): come se la sentenza inesistente non fosse impugnabile con l'opposizione a precetto], viene sostanzialmente riproposta l'autorevole tesi andrioliana del c.d. scarto¹⁵, che però nella specie deve misurarsi con l'irreparabilità di un pregiudizio che *inest in re ipsa* quando con il precetto sia minacciata l'espropriazione forzata, stante l'intangibilità (questa sì prevista dalla legge: v. art. 187 *bis* disp. att. c.p.c.) della vendita forzata in caso di successivo accoglimento dell'opposizione, ovvero l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di consegna (che si compie *uno actu*) o la distruzione di un'opera infungibile compiuta in violazione di un obbligo di non fare. Dopo che il giudice dell'opposizione a precetto abbia negato l'inibitoria per ritenuta inesistenza del *periculum in mora* sembra escluso che l'istanza possa essere riproposta, per identici motivi, al giudice dell'esecuzione, eseguito il pignoramento [così, se mal non intendo, in motivazione, § 49: "il giudice del processo esecutivo comunque iniziato resterà impossibilitato a discostarsi dalle misure adottate, ma limitatamente alle domande fondate sull'identica *causa petendi* (ciò che costituisce il presupposto ineliminabile della litispendenza), dal giudice preventivamente adito": ed il vincolo endoprocessuale a carico del giudice dell'esecuzione dovrebbe allora valere quale che fosse il contenuto, positivo o negativo, del provvedimento emanato sull'istanza sospensiva *ante executionem* e non *secundum eventus litis*]. Esigere, ai fini della sospensione, che il pregiudizio temuto dal debitore "ecceda quello normalmente indotto dall'esecuzione" si

¹³ V. *amplius* M. CIRULLI, *La sospensione*, cit., 157 s.

¹⁴ Su entrambi i punti la sentenza (in motivazione, § 49) aderisce all'impostazione di B. CAPPONI, *Manuale*, cit., 492 ss., 499 ss. e di D. LONGO, *La sospensione*, cit., 348 ss., 572 ss., dissentendo dalla mia (*La sospensione*, cit., 101 ss., 229 ss.).

¹⁵ "Dà luogo a pregiudizio irreparabile non ogni scarto tra effetti della decisione di merito e reintegrazione per equipollente, provocato dalla durata del processo, ma la discrepanza tale da determinare squilibrio a carico dell'attore che s'ipotizza aver ragione, oltre il limite della normale tollerabilità": così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, IV, Napoli, 1964, (rist.) 252.



risolve nel subordinare l'inibitoria alla ricorrenza di un danno grave ed irreparabile, che l'art. 615, comma 1, c.p.c. (diversamente dall'art. 373 c.p.c.¹⁶) non richiede.

L'ircocervo è nato. Spero che l'animale mitologico non degeneri, nella quotidiana esperienza forense, nel mostruoso *Frankenstein* paventato da Bruno Capponi¹⁷.

¹⁶ La locuzione normativa è interpretata nel senso – sostanzialmente accolto dalle Sezioni unite – che il risultato dell'esecuzione, oltre ad essere ipoteticamente difforme dal definitivo regolamento sostanziale dettato in sede d'impugnazione, determina "conseguenze irreversibili, tali da rendere impossibile o oltremodo difficile la *restitutio in integrum*" (G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione*, cit., 410 s.).

¹⁷ B. CAPPONI, *Per le Sezioni Unite*, cit., 2.