

***Le opposizioni endoesecutive:
Necessità della previa fase sommaria.***

***L'intervento della Corte di cassazione con
la sentenza n.25170 del 11.10.2018.***

Dott. Elmelinda Mercurio

G.E. Tribunale Santa Maria Capua Vetere

Napoli 8 marzo 2019

Corte di cassazione, Sezione III, sentenza 11 ottobre 2018 n. 25170

*La cornice normativa e giurisprudenziale.
la necessaria bifasicità del giudizio di opposizione*

*Le ipotesi “devianti”
(con riferimento alla fase sommaria ed alla fase di merito)*

*La ipotesi deviante della errata introduzione con riguardo al salto
della fase sommaria*

La cornice normativa

La legge del 24.02.2006 n. 52 e la riforma delle opposizioni endoesecutive.

In particolare, la modifica dell'art.616 c.p.c., 618, secondo comma, c.p.c., 619, terzo comma c.p.c..

La netta «cesura» tra la fase sommaria innanzi al GE e la fase di merito innanzi al GI.

Giudizio monofasico o bifasico, sebbene unico?

...e giurisprudenziale.

La necessaria struttura bifasica del giudizio di opposizione endoesecutiva

La prima a carattere necessario, la seconda meramente eventuale

L'anello di congiunzione tra i due descritti segmenti:

il termine perentorio, stabilito nella ordinanza conclusiva della prima fase

I corollari della struttura bifasica

a) In ordine alla **procura alle liti** (*ex plurimis*: Cassazione civile, sez. 3, 09/04/2015, n. 7117, estensore Barreca) ed alla elezione di domicilio ai fini della notifica dell'atto introduttivo della fase di merito (Cassazione civile sentenza n. 7997 del 20/04/2015, estensore Barreca);

b) In ordine alla **natura non definitiva del provvedimento che chiude la fase sommaria** (*ex plurimis*, Cassazione civile, Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 5060 del 04/03/2014, estensore Barreca)

c) In ordine al **regime applicabile ai fini della impugnazione della sentenza conclusiva del giudizio, previsto dall'art. 327 c.p.c.** (Cassazione civile, Sez. 3, Sentenza n. 9352 del 12/04/2017 estensore Frasca) ed in ordine alla disciplina *ratione temporis* applicabile **dell'art.307 c.p.c. in tema di estinzione del processo** (Cassazione civile, Sez. 3, Sentenza n. 5608 del 07/03/2017, estensore Frasca): rilevante come **momento introduttivo il deposito del ricorso innanzi al GE e la instaurazione della fase sommaria.**

Le c.d. ipotesi “devianti della fase sommaria”

- 1) ***Omessa fissazione del termine per introdurre il giudizio di merito*** (Cassazione civile, Sez. 3, Sentenza n. 22033 del 24/10/2011; si vedano, altresì conformi, Cassazione civile, Sez. 3, Sentenza n. 10862 del 28/06/2012, oppure ancora Cassazione civile, Sez. 3, Sentenza n. 5779 del 08/03/2017, espressamente riferita alla assegnazione di un termine *ne ultra quem*)
- 2) ***Omessa statuizione sulle spese di lite*** (sul punto: Cassazione civile, Sez. 3, Sentenza n. 22033 del 24/10/2011)
- 3) ***Erronea individuazione del giudice di merito: esclusione del regolamento di competenza*** (*ex plurimis*, Cassazione civile, Sez. 3, Ordinanza n. 9511 del 21/04/2010, nonché ancora Cassazione civile, Sez. 3, Ordinanza n. 15629 del 30/06/2010)
- 4) ***Istruzione della causa nel merito da parte del GE: sentenza affetta da nullità insanabile:*** (Cassazione civile, Sez. 3, Sentenza n. 21258 del 20/10/2016, estensore Barreca, nonché Cassazione Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 25255 del 25/10/2017, estensore De Stefano).

Le c.d. ipotesi devianti della fase di merito

- 1) **Errata introduzione con riguardo alla forma dell'atto introduttivo** (il principio dell'atto succedaneo: ex plurimis, Cassazione civile, S.U., sentenza del 10.02.2014, n. 2907, nonché Cass. Sez. 3, Sentenza n. 7117 del 09/04/2015, nonché Cass. Sez. 6 - 3, Sentenza n. 2490 del 08/02/2016, estensore Barreca; Se l'atto "difforme" raggiunge comunque lo scopo nel termine fissato, il processo è validamente instaurato).
- 2) **Errata introduzione con riguardo al rispetto del termine fissato dal GE.** (estinzione del giudizio ex art.307 c.p.c.)
- 3) **Errata introduzione con riguardo al salto della fase sommaria.** (ipotesi di cui alla sentenza 25170 2018)

***Errata introduzione
con riguardo al salto della fase sommaria.***

Assenza di una norma di riferimento

**Assenza di un precedente di legittimità'
(fino ad ottobre 2018)**

Necessaria ricognizione della prassi

Le prassi emerse

- 1) Istanza iscritta al ruolo contenzioso, ma rivolta inequivocabilmente al GE
- 2) Istanza iscritta al ruolo contenzioso, ma non rivolta inequivocabilmente al GE
- 3) Istanza iscritta al ruolo contenzioso, e rivolta inequivocabilmente ad un giudice diverso dal GE (ovvero il GI)

Istanza iscritta al ruolo contenzioso, ma rivolta inequivocabilmente al GE

La cancellazione/archiviazione dal ruolo contenzioso, anche se non manca chi dichiara inammissibile la istanza di cautela ed istruisce il merito.

Errore nella individuazione del destinatario/ «mera irregolarità amministrativa», cui lo stesso Giudice può porre rimedio.

La trasmissione degli atti al GE

Procedura esecutiva già pendente

Nessun dubbio sulla individuazione del GE competente: è – necessariamente – il GE titolare della esecuzione.

In questi casi non vi è mai un problema di assegnazione se il fascicolo della procedura esecutiva è già assegnato, in quanto è sufficiente inserire in questo fascicolo, l'incidente cognitivo.

Procedura esecutiva non ancora pendente (**rectius non ancora esistente il fascicolo)**

Distinzione

Ipotesi previste dal 159 ter disp.att.c.p.c

Ipotesi non previste

Espletate le formalità per la formazione del fascicolo, si pone il problema (a questo punto) della assegnazione di questo nuovo fascicolo della esecuzione e quindi della opposizione

Istanza iscritta al ruolo contenzioso, ma non rivolta inequivocabilmente al GE

Si tratta della ipotesi in cui una istanza non viene rivolta inequivocabilmente al GE, in quanto la parte istante si rivolge genericamente al Tribunale, ma chiede i provvedimenti di competenza del GE, ovvero la sospensione della procedura esecutiva o i provvedimenti indilazionabili.

Per detta ipotesi, si possono formulare le medesime riflessioni di cui alla prima fattispecie già trattata, atteso che l'istanza iscritta al ruolo contenzioso, è comunque rivolta al Giudice dell'esecuzione, sebbene non esplicitamente.

Istanza iscritta al ruolo contenzioso, e rivolta inequivocabilmente al GI

Si tratta delle ipotesi in cui la parte non si è rivolta al GE, né ha chiesto provvedimenti la cui competenza funzionale è del GE, ma ha chiesto al G.I. di valutare la propria domanda.

Le prassi emerse sono tre:

- 1) Alcuni dichiarano la **domanda inammissibile**, ritenendo sussistente la competenza funzionale del GE, comunque, dovendo essere la fase di merito introdotta, soltanto all'esito della fase sommaria;
- 2) Altri, **trattano la fase di merito**, istruendola e decidendola come un qualsiasi altro giudizio contenzioso;
- 3) Altri ancora dispongono **comunque la cancellazione della causa dal ruolo**, al fine di trasmettere (in qualche modo) gli atti al giudice dell'esecuzione.

La pronuncia della Cassazione
Sezione III, sentenza 11 ottobre 2018 n. 25170

La fattispecie concreta

La inderogabilità della fase preliminare sommaria

Le conseguenze della proposizione di un atto non conforme al modello legale

Schema operativo

Riflessioni ed una possibile diversa soluzione

Sezione III, sentenza 11 ottobre 2018 n. 25170

La fattispecie concreta

La fattispecie concreta sottoposta all'attenzione della Suprema corte trae origine da una **opposizione agli atti esecutivi** proposta dal creditore procedente avverso **un provvedimento di improcedibilità** parziale reso dal giudice dell'esecuzione, nell'ambito di una procedura di espropriazione immobiliare. La detta opposizione era stata avanzata direttamente in sede di merito, con ricorso, al giudice della cognizione (ex art.186 bis d.a. c.p.c.), **senza il preventivo svolgimento della fase sommaria**. In sede di giudizio contenzioso, la società opposta, ovvero il debitore esecutato nella procedura di espropriazione immobiliare, aveva eccepito la irregolarità, ma la detta eccezione era stata respinta dal giudice, sul rilievo che la fase sommaria è sostanzialmente prevista nel solo interesse della parte opponente, con la conseguenza che, ove quest'ultima non abbia interesse all'adozione di provvedimenti cautelari, ben può richiedere la trattazione del merito da parte del Giudice competente per valore e per materia.

La inderogabilità della fase sommaria delle opposizioni endoesecutive

La c.d. struttura bifasica << è prevista dalla legge per una pluralità di esigenze non riconducibili al solo interesse della parte opponente, ma anche (e soprattutto) volte ad assicurare finalità di carattere pubblicistico e di tutela delle altre parti del processo esecutivo>>.

a) nello scopo di garantire ed incentivare **i meccanismi processuali deflattivi** espressamente previsti dalla legge, di cui agli articoli 624, terzo comma, c.p.c. e 619, terzo comma, c.p.c.;

b) nella finalità di consentire al GE, **l'eventuale esercizio dei suoi poteri officiosi di verifica e controllo della regolarità di svolgimento dell'azione esecutiva**, nonché dei suoi poteri di direzione del procedimento, che potrebbero determinare l'emissione (anche di ufficio) di provvedimenti tali da rendere superfluo lo svolgimento del merito dell'opposizione (sul punto, una traccia era già segnata in Cassazione civile, Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 15605 del 22/06/2017, estensore Tatangelo);

c) lo scopo di rendere **possibile la conoscenza dell'avvenuta proposizione di un'opposizione a tutte le parti del processo esecutivo**, anche se non direttamente interessate dall'opposizione stessa o se intervenute successivamente ad essa (anche a quelle parti, quindi, che eventualmente non possono ritenersi litisconsorti del giudizio di merito dell'opposizione) **nonché ad eventuali altri soggetti che abbiano un interesse di fatto in proposito** (si pensi ai potenziali interessati all'acquisto dei beni pignorati);

d) la **previsione del termine per la introduzione della fase di merito fissato dal GE**, «non avrebbe senso, se dalla parte sommaria si potesse prescindere».

Ancora sul principio di inderogabilità della fase sommaria

La Corte sottolinea, inoltre, la rilevanza particolare nelle **ipotesi di cui all'art.617, secondo comma, c.p.c.**, nella quale il GE può emettere provvedimenti anche d'ufficio.

(A quanto indicato nella sentenza, **si può aggiungere** che il superiore interesse alla instaurazione della fase sommaria, soprattutto per la finalità di consentire al Giudice dell'esecuzione la disamina del fascicolo, si apprezza soprattutto in quei casi in cui, il fascicolo dell'esecuzione, in assenza di una vera e propria opposizione, non transiterebbe mai sulla scrivania del GE, come per esempio per **la esecuzione per rilascio o per la esecuzione esattoriale ex art.72 bis D.P.R. 602 del 1973**. In questi casi, indicare come assolutamente necessaria la fase sommaria al GE, significa metterlo in grado di controllare un fascicolo, che diversamente, in assenza di opposizione, egli non conoscerebbe.)

Le conseguenze della proposizione di un atto non conforme al modello legale

Il modello legale

Una domanda nella forma del ricorso rivolta al GE, ovvero il Giudice del processo esecutivo pendente, con deposito agli atti del processo esecutivo, ovvero con inserimento nel fascicolo dell'esecuzione.

La difformità rispetto al modello legale

a) Domanda viziata nella forma;

b) Domanda non rivolta <<direttamente al Giudice dell'esecuzione, ma genericamente all'Ufficio giudiziario, o addirittura espressamente al giudice competente a decidere per la fase di merito>>;

c) Atto non depositato agli atti del fascicolo dell'esecuzione già pendente, ma iscritto direttamente nel ruolo contenzioso ordinario;

(La Corte contempla nelle difformità tutte le ipotesi emerse nella prassi)

Le conseguenze della proposizione di un atto non conforme al modello legale

La qualificazione della Corte di cassazione

Nullità per difformità dal modello legale: il mancato rispetto della forma individuata nella domanda rivolta al GE ed inserita nel fascicolo dell'esecuzione.

Atto non idoneo a raggiungere lo scopo (che è quello rendere conoscibile al Giudice dell'esecuzione l'opposizione al fine di consentirgli un complessivo controllo sull'opposizione e sul fascicolo dell'esecuzione) **ex art.156, secondo comma, c.p.c.**

Nullità sanabile, laddove l'atto sia «*tempestivamente trasmesso al GE ed inserito nel fascicolo del processo esecutivo, su iniziativa dell'ufficio o su richiesta della parte opponente, di modo che venga assicurato l'immediato svolgimento della fase sommaria*», **ex art.156, terzo comma, c.p.c.**

La tempestiva conoscenza nelle opposizioni 617 c.p.c. (conoscenza della opposizione prima del compimento dell'atto successivo).

La sanatoria delineata dalla Corte

Schema operativo

La sanatoria si ha allorquando l'atto raggiunge il suo scopo, ovvero perviene nella sfera di conoscenza del GE.

Domanda giudiziale inequivocabilmente diretta al GE (atto contenente i requisiti minimi per il raggiungimento dello scopo, ovvero sia diretto al GE, rechi il numero di RGE, e sia depositato nello stesso ufficio di appartenenza del GE) – **sanatoria:** inserimento della domanda nel fascicolo dell'esecuzione ad opera della stessa cancelleria che ha l'obbligo di inserire nel fascicolo dell'esecuzione tutte le domande che sono interpretabili come rivolte al GE, anche se eventualmente iscritte erroneamente al ruolo contenzioso – **effetti della sanatoria:** dal momento in cui il ricorso è depositato presso l'Ufficio – eventuale decadenza non imputabile alla parte.

Domanda inequivocabilmente rivolta ad un giudice diverso dal GE (atto espressamente rivolto ad un giudice diverso dal GE) – **sanatoria:** rilievo di ufficio o provvedimento su eccezione di parte; il GI dispone la rinnovazione dell'atto nullo e dispone la trasmissione nel fascicolo dell'esecuzione – **effetti della sanatoria:** dal momento in cui è reso il provvedimento dal G.I. – eventuale decadenza imputabile alla parte.

Schema operativo ...segue...

Cosa farà il Giudice del contenzioso raggiunto da un atto introduttivo di una opposizione endoesecutiva?

- a) Rileva la nullità dell'atto introduttivo, anche senza istanza di parte, e dispone la trasmissione degli atti al Giudice dell'esecuzione, verificando che si possa svolgere tempestivamente la fase sommaria (sul punto, bisognerebbe discutere di questa verifica da parte del Giudice del contenzioso);
- b) Pronuncia la improponibilità della domanda, (per difetto della fase sommaria), ove non sia possibile la sanatoria/regolarizzazione;
- c) In nessun caso decide il merito, perché darebbe vita ad una sentenza viziata da nullità («nullità censurabile in via di impugnazione e rilevabile d'ufficio, salvo il giudicato interno»)

Il profilo concreto della sentenza : una diversa lettura

La trasmissione degli atti al GE, laddove sia possibile un tempestivo espletamento della fase sommaria.

Il risultato concreto di evitare la immediata pronuncia di inammissibilità della domanda.

La possibile qualificazione della difformità legale come *difetto di ripartizione interna degli affari all'interno dello stesso Tribunale*.

Una soluzione coerente anche con la giurisprudenza EDU ed i principi "comunitarizzati" in ordine al diritto di accesso alla giustizia.

Un profilo sovranazionale

<< Tra i principi della CEDU "comunitarizzati" viene in rilievo ai nostri fini l'art. 6, § 1, CEDU, ovvero il diritto di accesso alla giustizia. L'interpretazione che di tale norma ha dato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo appare ostativa alla continuazione dell'orientamento minoritario, sotto due profili. In primo luogo, la corte EDU ha stabilito che le sentenze le quali dichiarino inammissibile una impugnazione per ragioni formali possano dirsi coerenti con l'art. 6, § 1, della CEDU, solo quando la causa di inammissibilità sia prevista dalla legge, possa essere prevista *ex ante*, e non sia di derivazione giurisprudenziale ovvero, se lo sia: possano dirsi coerenti con l'art. 6, § 1, della CEDU, solo quando la causa di inammissibilità sia prevista dalla legge, possa essere prevista *ex ante*, e non sia di derivazione giurisprudenziale ovvero, se lo sia: (-) non sia frutto di una interpretazione "*troppo formalistica*"; (-) risulti comunque da un orientamento consolidato; (-) sia chiara ed univoca (**così Corte EDU, sez. I, 15.9.2016, *Trevisanato c. Italia*, in causa n. 32610/07, §§ 42-44**).>> (Corte di cassazione, sentenza Sez. 3 - , Sentenza n. 17036 del 28/06/2018).