

CAPITOLO I

L'opposizione a decreto ingiuntivo tra le esigenze costituzionali e le ricostruzioni della nostra giurisprudenza

1) Il procedimento monitorio e la Carta Costituzionale: il profilo funzionale della fase di opposizione a decreto ingiuntivo.....	1
2) Una breve premessa: alcune considerazioni sull'efficacia del decreto ingiuntivo.....	10
3) La disciplina codicistica approntata dal nostro legislatore per il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.....	26
4) La fase di opposizione nella giurisprudenza: note generali.....	29
4.a) <i>Segue</i> : Il giudizio di opposizione come prosecuzione “orizzontale” della fase monitoria all'interno di un unico processo.....	34
4.b) <i>Segue</i> : oppure come prosecuzione “verticale” di impugnazione del decreto ingiuntivo.....	38
4.c) <i>Segue</i> : Infine come giudizio autonomo.....	43

CAPITOLO II

Alcuni modelli “astratti” di opposizione a decreto ingiuntivo derivati dall'esperienza di altri ordinamenti

1) Il rapporto tra decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione: modelli a confronto.....	49
2) <i>Segue</i> : Alcune ricostruzioni della fase di opposizione secondo lo schema offerto dal modello tedesco.....	51
3) <i>Segue</i> : e quelle di matrice francese e austriaca.....	61

4) Prime conclusioni.....	71
---------------------------	----

CAPITOLO III

La struttura del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo nelle ricostruzioni elaborate dalla dottrina

1) Premessa.....	76
2) Il giudizio di opposizione come autonomo giudizio di accertamento del credito. Una tesi incompatibile con il dettato normativo.....	81
3) L'opposizione a decreto ingiuntivo come giudizio di condanna...	99
3.a) <i>Segue</i> : l'opposizione non è un giudizio sull'azione ordinaria di condanna proposta in via condizionata con il ricorso alla tutela monitoria.....	100
3.b) <i>Segue</i> : l'opposizione quale giudizio – ordinario o speciale - sull'unica azione di condanna proposta con il ricorso alla tutela monitoria. Ragioni di non completa persuasività.....	106
4) L'opposizione quale giudizio ibrido per certi versi di primo grado per altri d'impugnazione. La critica.....	129
5) L'opposizione a decreto ingiuntivo come impugnazione.....	132
5.a) <i>Segue</i> : l'apparente somiglianza con l'opposizione contumaciale.....	135
5.b) <i>Segue</i> : e con l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento.....	137
5.c) <i>Segue</i> : la fase di opposizione non configura neppure una mera <i>querela nullitatis</i>	140

5.d) <i>Segue</i> : la tesi di Garbagnati che ricostruisce l'opposizione alla maniera di un gravame sostitutivo svaluta il dato normativo, e non garantisce piena tutela all'ingiunto.....	142
5.e) <i>Segue</i> : Un'alternativa poco soddisfacente. L'opposizione come impugnazione a struttura rescindente.....	152
6) La preferenza per una tesi "mista" dell'opposizione come giudizio di impugnazione sul rapporto sostanziale azionato dal creditore ma anche sul decreto ingiuntivo, che – se emanato in carenza dei presupposti processuali c.d. speciali - viene revocato.....	159
6.a) <i>Segue</i> : Due preziose ricadute. L'inefficacia degli atti esecutivi medio tempore compiuti sulla base del decreto ingiuntivo revocato e la diversa rilevanza dei presupposti per concedere l'inibitoria.....	174

CAPITOLO IV

Su alcune conseguenza che derivano dalla ricostruzione della fase di opposizione in termini di impugnazione a struttura "mista"

1) La competenza funzionale del giudice dell'opposizione e la preveniente domanda di accertamento negativo dell'esistenza del credito.....	178
1.a) <i>Segue</i> :...L'individuazione del momento cui ricondurre la pendenza del procedimento monitorio come questione chiave per risolvere il problema.....	188
1.b) <i>Segue</i> :...La tutela del creditore che agisce nelle forme del rito monitorio va ricercata nella disciplina dell'art. 39 c.p.c.....	204

2) Mancata riassunzione del giudizio di opposizione in sede di rinvio.	
Effetti dell'estinzione del processo sul decreto ingiuntivo.....	207
Bibliografia.....	217

CAPITOLO I

L'opposizione a decreto ingiuntivo tra le esigenze costituzionali e le ricostruzioni della nostra giurisprudenza

Il procedimento monitorio e la Carta Costituzionale: il profilo funzionale della fase di opposizione a decreto ingiuntivo

Il procedimento ingiuntivo in senso stretto è quel “complesso di atti processuali” che si articola tra il ricorso per ingiunzione e la notificazione di questo e del decreto ingiuntivo, e configura - secondo la dottrina più autorevole - un procedimento di cognizione senza contraddittorio, caratterizzato principalmente dal fatto che il giudice che ne è investito emana, qualora ne sussistano i presupposti, il decreto senza che il debitore sia stato preventivamente citato, e sia stato così posto in grado di contraddire (¹). In primo battuta è così possibile affermare che al giudizio di

¹ Così Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, p. 31; Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 577-590; Allorio, *Diritto alla difesa e diritto al gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 663; Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in *I procedimenti sommari e speciali*, I, *Procedimenti sommari*, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino, 2005, p. 50 e ss.

Altra parte della dottrina preferisce mettere in luce una diversa sfumatura, evidenziando come la fase monitoria in senso stretto si caratterizzerebbe non per la mancanza, bensì per la mera eventualità del contraddittorio (in questo senso Carnelutti, *Note intorno alla natura del processo monitorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, I, p. 271. Più recentemente Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 1010).

opposizione è connessa la prioritaria funzione di consentire al debitore ingiunto di recuperare, nel pieno rispetto del contraddittorio, l'esercizio del proprio diritto costituzionale alla difesa ⁽²⁾. Anzi, più correttamente, in questa prospettiva è ragionevole condividere la qualificazione funzionale della fase di opposizione tracciata dalla dottrina più recente, che consente ad entrambe le parti, ricorrente e ingiunto, di avvalersi – restaurato il consueto principio che pone le stesse su un piano di simmetrica parità – di tutti quei poteri processuali previsti nel giudizio ordinario di cognizione ⁽³⁾, benché certo temperati dalle peculiarità di un procedimento che (sia pur senza voler concedere all'espressione alcun significato pregnante) rappresenta in ogni caso la “*continuazione*” di quello iniziato con la proposizione della domanda di ingiunzione ⁽⁴⁾.

Emerge dunque fin da queste prime frettolose battute, e sopra ogni ulteriore

Per una rassegna sulle locuzioni utilizzate dalla dottrina per qualificare il procedimento monitorio e descrivere il ruolo del principio del contraddittorio, si rinvia a Vignera, *Considerazioni sul processo di ingiunzione (rilievi pratici e profili funzionali)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 188-189. che utilizza al riguardo le espressioni contraddittorio differito o posticipato, o ancora instaurato a parti invertite. Si tratta a ben vedere di espressioni sostanzialmente omogenee ed equivalenti, le cui apparenti difformità derivano dalla visuale da cui il procedimento monitorio viene osservato, ma che partecipano dello stesso denominatore comune, quello di allacciare al giudizio di opposizione il ruolo di provocare l'insaturazione del contraddittorio.

² Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino 1962, VI, p. 133 che in una prospettiva unilaterale ricostruisce l'opposizione come una fase di recupero dei poteri processuali dell'ingiunto.

³ Vignera, *Considerazioni sul processo di ingiunzione (rilievi pratici e profili funzionali)*, cit., p. 190.

⁴ L'espressione è di Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, p. 31.

puntualizzazione, la funzione *riequilibratrice* di vero e proprio contrappeso che l'opposizione riveste nei confronti di quel procedimento di ingiunzione in senso stretto che culmina con la pronuncia e la successiva notificazione del decreto ingiuntivo.

Tale funzione, specie dopo il 1999, ha finito per concentrare le attenzioni della dottrina, attenta ad individuare ed esaltare gli argomenti che consentono di escludere che la deroga al principio del contraddittorio - caratterizzante appunto la fase ingiuntiva in senso stretto - possa collidere con il dettato costituzionale dell'art. 24, il cui 2 ° comma sancisce il diritto alla difesa in ogni stato e grado del procedimento, nonché dell'art. 111, il cui testo riformato e "potenziato" impone che ogni processo si svolga nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità ⁽⁵⁾.

⁵ La questione relativa alla conformità del procedimento per ingiunzione al dettato della Carta Costituzionale non è peraltro nuova, né recente. La Corte infatti è stata chiamata a pronunciarsi sul punto già fin dai suoi primi anni di attività, affermando il principio per cui è consentito al legislatore regolare il diritto di difesa in modi diversi per adattarlo alle peculiari esigenze dettate dalle speciali caratteristiche dei singoli procedimenti, purché ne siano assicurati lo scopo e la funzione, Corte Cost. 18 marzo 1957, n.46 in *Giur. Cost.* 1957, p. 587; Corte Cost. 22 novembre 1962, n. 93 in *Foro it.* 1962, I, p. 372; Corte Cost. 6 luglio 1972, n. 125, in *Foro it.* 1972, I, p. 2355; Corte Cost. 27 febbraio 1974, in *Foro it.* 1974, I, p. 987. Più di recente Corte Cost (ord.) 8 giugno 2000, n. 182, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1594 ha avuto modo di precisare che è manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'intero procedimento di ingiunzione sollevata con riferimento all'art. 24 Cost., in quanto - posto che compete al giudice *a quo* individuare, all'interno di un determinato *corpus* normativo, la norma o la parte di essa, la cui presenza nell'ordinamento determinerebbe la lamentata lesione della Costituzione - la questione medesima non potrebbe investire indistintamente tutte le disposizioni che nel codice di procedura civile si pongono come testo normativo recante

Dalla lettura delle norme costituzionali parrebbe infatti doversi trarre l'inevitabile conclusione per cui il contraddittorio risulta componente necessaria di ogni fase del procedimento, e quindi anche di quella in senso stretto ingiuntiva. È chiaro che qualora si accedesse ad una simile interpretazione del dato costituzionale il procedimento per decreto ingiuntivo ne risulterebbe fatalmente compromesso.

Prima della modifica costituzionale del 1999 la dottrina prevalente riteneva che l'assenza di contraddittorio nella fase ingiuntiva trovasse comunque ampia (in ogni caso sufficiente) compensazione (nella prospettiva costituzionale dettata dall'art. 24) nella possibilità, per l'ingiunto, di instaurare il giudizio di opposizione, e di esercitare in quella sede il diritto di difesa ⁽⁶⁾, fino a quel momento compresso ⁽⁷⁾. Del resto quella dottrina

l'intera disciplina del procedimento di ingiunzione. Nello stesso senso Corte Cost. (ord.), 7 aprile 2000, n. 97, in *Giur. cost.*, 2000, p. 928.

⁶ Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, cit., p. 590, scrive che “*contraddittorio e diritto di difesa non sarebbero termini necessariamente coincidenti, ben può esservi un procedimento la cui struttura non preveda o ignori volutamente il contraddittorio, senza che per questo il diritto di difesa possa dirsi violato, purché, e quante volte appresti altri ed adeguati strumenti di reazione; o meglio ancora circonda il provvedimento emesso inaudita altera parte con una serie di garanzie poste a tutela della parte ignara e finanche subordini al comportamento di questa l'efficacia stessa del provvedimento.[...] Nel procedimento ingiunzionale, vi è un complesso di garanzie, dall'esame del quale non può non trarsi il convincimento che, indipendentemente dalla mancata attuazione della forma anticipata del contraddittorio, vi è spazio più che sufficiente per l'esercizio del diritto di difesa*”. Nella stessa direzione anche E. F. Ricci, in *Atti dell'XI Convegno nazionale degli studiosi del processo civile*, Milano, 1977, p. 129; Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 145.

notava come il decreto ingiuntivo non fosse in grado di acquistare efficacia di cosa giudicata, e neppure (sempre) efficacia di titolo esecutivo, prima che l'intimato fosse posto in condizione di contraddire alla domanda proposta dal ricorrente, proprio in quanto tali effetti intervengono in un momento successivo (salva la provvisoria esecutività di cui all'art. 642) rispetto alla notifica del decreto al debitore ingiunto (⁸).

Sulla scia di tale rilevava altresì che il dettato costituzionale contenuto nell'art. 24 suggeriva una lettura in chiave prosecutoria del procedimento monitorio in senso stretto e del giudizio di opposizione, proprio perché una diversa interpretazione che avesse conferito autonomia alle due fasi non poteva armonizzarsi con l'inviolabile diritto di difesa previsto per ogni stato e grado di giudizio (⁹). L'obiezione, peraltro ancora attuale – e anzi rinvigorita dalla riforma costituzionale del 1999 –, trova una prima composizione nelle tesi di quegli Autori che, pur strutturando in due fasi il rito monitorio (con un giudizio di opposizione di matrice fortemente impugnatoria), osservano che le due fasi si svolgono sotto l'arco processuale del primo grado di giudizio (¹⁰).

⁷ Sciacchitano, *Ingiunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1971, p. 521.

⁸ Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., p. 35

⁹ Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1975, p. 1004., p. 1004, nota che “anche l'art. 24 Cost. impone di configurare la opposizione come una continuazione orizzontale di quel procedimento che si è aperto con la proposizione del ricorso ingiuntivo”.

¹⁰ Garbagnati, *op. e loc. ult. cit.*; Allorio, *Diritto alla difesa e diritto al gravame*, cit., p. 662, osserva che “nell'opposizione si prosegue il grado cui appartiene il provvedimento impugnato e validamente secondo la Costituzione si esercita e si dispiega la difesa ad opera del debitore opponente. L'opposizione allora quale

La novella costituzionale del 1999 – come abbiamo già accennato – ha finito per amplificare le garanzie costituzionali, e conseguentemente dato impulso ad un ulteriore vaglio di costituzionalità della disciplina sul procedimento monitorio. Se da un lato la giurisprudenza ha respinto ogni eccezione di costituzionalità ⁽¹¹⁾, dall'altro le riflessioni della dottrina più recente - pur confermando la bontà della disciplina di fondo che conferisce a questo istituto irrinunciabili capacità deflative, e consente di rendere effettivo ed incisivo il diritto d'azione - pongono l'accento, sia pur con sfumature differenti, sulla necessità di garantire un pieno e tranquillante recupero del principio di parità delle armi in sede di opposizione al decreto ingiunto ⁽¹²⁾.

È stato innanzitutto evidenziato come la nuova formulazione dell'art. 111 Cost. (*ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti*) renda

mezzo di gravame ne impedisce la violazione". Nella stessa direzione, più recentemente, anche Andolina e Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino 1990, 133 e Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., p. 47 che peraltro non condivide in toto la natura impugnatoria del giudizio di opposizione.

¹¹ Corte Cost. 3 novembre 2005, n. 410, in *Dir. e giust.* 2005, p. 14 con nota di Garufi; Corte Cost. 18 ottobre 2002, n. 428, in *Giur. cost.* 2002, 3227; Corte Cost. 6 febbraio 2002, n. 18, in *Foro it.* 2002, I, 1643, con nota di Capponi e in *Giur. it.* 2002, 1806 con nota di Conte; Corte Cost. (ord) 8 giugno 2000, n. 182, in *Giur. Cost.* 200, 1594; Corte Cost. 4 dicembre 2000, n. 546, in *Cor. Giur.* 2001, 809.

¹² Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del «nuovo» art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1234 ss.; Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 395-396; Bove, *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 498

difficilmente compatibile con il dettato costituzionale il procedimento per decreto ingiuntivo cui non segua la fase di opposizione, così da proporre “un’interpretazione correttiva” della norma costituzionale nel senso di ritenere “*sufficiente che il contraddittorio sia garantito alla parte che lo pretende, anche in un momento successivo al provvedimento*» (¹³).

Più persuasiva, però, ci pare essere la posizione di quella parte della dottrina che ha saputo superare il terreno magmatico della correlazione tra momentanea rinuncia alla difesa e compatibilità costituzionale, per guadagnare, in un’analisi di maggior respiro, quello più fertile del bilanciamento con altri valori di pari dignità e livello protetti dalla Costituzione, financo “potenziati” proprio dalla riforma costituzionale del 1999 (¹⁴). E così in una rinnovata prospettiva si è dato rilievo al principio

¹³ Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, cit., p. 1020; Id, *Giusto processo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 494. Nella stessa direzione, sia pur per altra via, Montesano, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 930-931, rileva che il contrasto costituzionale sarebbe in realtà solo apparente, in quanto il co 2 dell’art. 111 Cost. non troverebbe applicazione per quei processi i cui provvedimenti finali che pur incidono sugli interessi delle parti possono essere rimossi instaurando un processo di cognizione “*svolto in contraddittorio davanti a giudice imparziale, nel quale ogni giudizio di fatto e di diritto formato senza quelle garanzie sia prevenuto o integralmente rinnovato e rimosso*”.

¹⁴ Vignera, *Le garanzie costituzionali*, cit., p. 1235 ss., che supera la compressione del principio di parità delle armi – componente genetica del procedimento monitorio - alla luce del canone (costituzionalmente garantito) della ragionevole durata del processo. La mancanza del contraddittorio, che è “*un limite all’operatività del principio della parità delle armi (art. 3 Cost.)*”, è infatti “*giustificato dall’esigenza di tutelare un altro valore costituzionale di pari grado (rappresentato dall’esigenza di tempestività della tutela giurisdizionale garantita*

della ragionevole durata del processo, ma anche alla tutela del credito e del lavoro, accettando che la loro tutela possa passare, oltre che per il consueto (e sempre più rallentato) processo ordinario di cognizione, anche attraverso procedimenti semplificati, caratterizzati da una cognizione sommaria tesa alla rapida formazione del titolo esecutivo, che meglio delle consuete forme del processo a contraddittorio pieno garantiscono l'esigenza di contenere tempi e costi; due fattori che stanno alla base del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale e che, se calati nel sistema giudiziario attuale, rimangono disattesi con preoccupante frequenza.

La nuova visuale prospettica accolta dalla dottrina più recente non ha peraltro eliminato in radice la problematica sottesa alla compatibilità della fase ingiuntiva *inaudita altera parte* con il dettato costituzionale, ma ne ha stimolato, in chiave costruttiva, una concreta armonizzazione con i principi, capace di superare l'asfittica ricostruzione dogmatica e di contribuire – per quanto i relativi apporti non siano ancora stati del tutto recepiti dalla giurisprudenza costituzionale, ma anche dal legislatore – alla definizione di un'efficiente e garantista disciplina dell'insostituibile procedimento ingiuntivo.

In questa direzione è stato giustamente rilevato che se da un lato la pronuncia di un provvedimento *inaudita altera parte* non implica in sé la violazione del dettato costituzionale, dall'altro è essenziale che la successiva

dagli artt. 24, comma 1°, e 111, comma 2°, ultima parte, cost.)”, fermo comunque che il debitore, in sede di opposizione, mantiene la possibilità di “esercitare pure le chances difensive non potute esercitare in sede monitoria”.

Nella stessa direzione anche Bove, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”, cit.*, p. 503.

ed eventuale fase di opposizione sia in grado di ripristinare immediatamente il principio della parità delle armi, e di consentire così alle parti di recuperare i rispettivi ruoli senza dover *medio tempore* subire gli effetti, non più attuali, del decreto già concesso, e destinati ad incidere per tutta la durata del giudizio di opposizione ⁽¹⁵⁾.

Gli effetti più rilevati coinvolgono, in particolare, l'art. 649 c.p.c., in quanto il decreto ingiuntivo subito pronunciato in forma esecutiva, ai sensi dell'art. 642, rimane tale anche nel corso del giudizio di opposizione. E pur quando il giudice si convinca dell'esistenza di "gravi motivi" tali da rendere opportuna la sospensione dell'esecuzione provvisoria, il tessuto normativo non consente tuttavia la revoca degli atti nel frattempo compiuti, e così, ad esempio, del vincolo del già disposto pignoramento, o dell'ipoteca iscritta ai sensi dell'art. 655, destinata a condizionare pesantemente la posizione del

¹⁵ Consolo, *Del vaglio alla stregua dell'art. 111 Cost. "potenziato" dei non troppo "equi" artt. 649 e 655 c.p.c. ed in genere del procedimento monitorio*, in Corr. Giur., 2001, p. 815 e ss richiama la necessità che "il contraddittorio, proprio quando venga (ammissibilmente – sia chiaro –) postergato, nell'interesse precipuo però dell'attore e della macchina giudiziaria (così tipicamente negli artt. 633 e ss. c.p.c.), possa valere almeno in seguito a far ricollocare in una posizione in nulla deteriorata e appieno rimodellata il destinatario della condanna pronunciata inaudita altera parte".

Nella stessa direzione Cea, *L'art. 649 c.p.c. e la Corte costituzionale: storia di un dialogo fra sordi*, in Foro it. 2001, I, 765; Capponi, *Il giusto processo e l'irrevocabilità ex art. 649 c.p.c. degli atti esecutivi compiuti in forza di decreto ingiuntivo dichiarato provvisoriamente esecutivo ex art. 642 c.p.c.*, in Riv. dell'esecuzione forzata, 2001, p. 504. Prima della riforma costituzionale già Conte, *Il procedimento per decreto ingiuntivo tra diritto di difesa e principio d'eguaglianza (vecchie e nuove questioni di costituzionalità)*, in Riv. Dir. Proc., 1003, p. 1221 e ss.;

debitore ingiunto fino al passaggio in giudicato della sentenza che decide sull'opposizione (¹⁶).

La questione ha assunto di recente ulteriore risalto, perché l'auspicata modifica legislativa era stata originariamente inserita nel d.d.l. n. 2229/C/XIV sui provvedimenti urgenti per il processo civile ma poi non recepita dalle novelle 80/2005 e 263/2005. Quest'ultima, tra l'altro, ha ampliato le ipotesi di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, prevedendo anche la produzione di documentazione sottoscritta dal debitore comprovante il diritto fatto valere (co. 2) e sbilanciando ulteriormente le forze in campo, come ha avuto modo di rilevare un'attenta dottrina che invoca al riguardo l'intervento della Corte Costituzionale (¹⁷).

In conclusione da questa breve rassegna sulla compatibilità tra procedimento monitorio e garanzie costituzionali emerge il ruolo fondamentale (benché ancora perfettibile) del giudizio di opposizione al decreto, quale elemento di pieno riequilibrio della parità delle armi tra le parti.

¹⁶ Consolo, *Del vaglio alla stregua dell'art. 111 Cost., cit.*, p. 819. per il quale *“occorre che, all'esito dello scrutinio positivo sulla istanza di revoca retroattiva (e non solo di inibitoria statica) ex art. 649 c.p.c., il giudice della cognizione piena e della ripristinata dualità di voci processuali possa ripristinare subito la tabula rasa e rimettere ciascuno al posto che gli compete; ma, crederemmo, occorre anche che i "gravi motivi" di cui al così rettificando art. 649 debbano venire intesi nel senso semplicemente di "fondati motivi" (arg. a fortiori anche dall'art. 283 c.p.c.)”*.

¹⁷ Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, VI ed., Padova, 2008, p. 293.

2) Una breve premessa: alcune considerazioni sull'efficacia del decreto ingiuntivo

L'esame del rapporto tra il decreto ingiuntivo e il giudizio di opposizione impone, in via preliminare, di prendere posizione sul carattere decisorio del provvedimento emanato all'esito della fase ingiuntiva in senso stretto.

L'indagine condotta sul dato normativo non fornisce, in realtà, una risposta sicura. L'art. 647 c.p.c. prevede infatti che qualora non sia stata fatta opposizione nel termine stabilito, oppure l'opponente non si sia costituito nei termini previsti, e quindi il giudizio di opposizione sia divenuto improcedibile, il giudice che ha pronunciato il decreto lo dichiara esecutivo. Il tenore della norma non aiuta tuttavia a comprendere se il decreto ingiuntivo non opposto sia idoneo ad acquistare la sola efficacia esecutiva, o se invece allo stesso possa ricondursi l'efficacia di giudicato – *ex art. 2909 c.c.* - propria delle sentenze emanate all'esito dell'ordinario processo di cognizione, e non più soggette alle impugnazioni di cui all'art. 324 c.p.c. ⁽¹⁸⁾.

Secondo una prima ricostruzione, peraltro del tutto isolata in dottrina e mai

¹⁸ Attardi, *Le ordinanze di condanna nel giudizio ordinario di cognizione di primo grado secondo la legge di riforma*, in *Giur. it.* 1992, IV, p. 5, osserva che di per sé le norme sul procedimento di ingiunzione non forniscono indicazioni determinanti in ordine all'efficacia di cosa giudicata in capo al decreto. L'autore coglie altresì un aspetto essenziale alla corretta individuazione del metodo d'indagine, spostando il campo d'indagine sul contenuto d'accertamento del decreto ingiuntivo, necessaria premessa dell'efficacia di giudicato.

seguita dalla giurisprudenza, il decreto ingiuntivo non opposto non avrebbe alcuna valenza di accertamento, in quanto l'istituto sarebbe rivolto unicamente a fornire al creditore un titolo esecutivo (¹⁹). In questa prospettiva il decreto ingiuntivo si porrebbe *“come un nuovo, puro comando di prestazione, non assimilabile per contenuto ed effetti alla sentenza, e così fragile da caducarsi per inattività, qualora non abbia avuto il necessario seguito negli atti successivi”*. L'assunto troverebbe ragione nella disciplina codicistica, e più in particolare in due previsioni contenute nel co. 1 dell'art. 633 e nel co. 3 dell'art. 640: la prima attribuisce al credito e alla prova il ruolo di semplice condizione di ammissibilità del decreto, del tutto slegata dall'accertamento in ordine all'effettiva esistenza dello stesso. La seconda nega efficacia di accertamento del credito nell'ipotesi di rigetto, e tanto basterebbe per imporre una soluzione simmetrica in caso di accoglimento.

Ora, rinviando alle pagine che seguono la critica in ordine alla mancanza di attività cognitiva tesa all'accertamento del diritto dedotto nelle forme del procedimento monitorio, non pare opportuno in ogni caso tacere del fascino di una posizione che, benché in realtà incompatibile con il dato normativo, e più ancora con il quadro sistematico dell'istituto, raccoglie due aspetti di questo procedimento quantomeno singolari, ed entrambi in realtà intimamente connessi. La posizione di Tomei parte infatti dal presupposto per cui alla base del procedimento monitorio non vi sia un'azione ordinaria di condanna, bensì un'azione sommaria di carattere processuale con cui il

¹⁹ Tomei, *Cosa giudicata o preclusione nei procedimenti sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 841 s.; Id., voce *“Procedimento d'ingiunzione”*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 561.

ricorrente chiede al giudice la verifica dell'esistenza dei presupposti speciali che costituiscono la *conditio sine qua non* per ottenere il provvedimento di ingiunzione. Pertanto l'attività cognitiva del giudice non si estenderebbe all'accertamento del diritto di credito "sottostante", ma alla sola presenza dei requisiti speciali previsti per il procedimento. Senza anticipare l'indagine dei paragrafi che seguono si evidenzia come tale impostazione conduca poi linearmente l'Autore a configurare la fase di opposizione a decreto ingiuntivo come "un'impugnazione processuale speciale (analoga alle opposizioni del processo esecutivo)" che se accolta porta sempre e solo alla revoca del decreto, senza alcuna possibilità di accertare il credito ⁽²⁰⁾. La soluzione, del resto, si pone in questa prospettiva quale scelta obbligata, salvo che si preferisca accedere alla più raffinata (ma comunque poco persuasiva e all'evidenza un po' artificiosa) elaborazione accolta da altra parte della dottrina che individua nel ricorso per ingiunzione un cumulo di domande: l'azione monitoria e, condizionatamente all'opposizione del debitore, l'ordinaria azione di condanna ⁽²¹⁾.

La previsione normativa di cui al co. 3 dell'art. 640 costituisce poi il logico complemento della tesi di Tomei. E infatti ritenuto che con il ricorso per decreto ingiuntivo il creditore chiede al giudice la verifica dell'esistenza dei presupposti speciali prescritti per il procedimento monitorio, ne consegue

²⁰ Tomei, voce *Procedimento di ingiunzione*, cit., 580

²¹ Segni, *Giudizio di verifica di credito ed estensione del giudicato*, in *Riv. dir. Comm.* 1941, II, 98; Id, *L'opposizione del convenuto nel procedimento monitorio*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1965, II, 977. Nella stessa direzione anche Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 100. Sulla questione si avrà modo di tornare oltre.

che l'eventuale rigetto del ricorso comporta semplicemente la dichiarazione dell'inesistenza di quei requisiti, e non certo del diritto di credito. Così ragionando, in effetti, la previsione normativa in esame finisce per essere perfino superflua.

Previsione normativa che in questa prospettiva finisce per creare qualche imbarazzo alla restante dottrina che ritiene di poter dire, non senza qualche difficoltà, che l'azione di cognizione esercitata nel procedimento d'ingiunzione ha natura ordinaria, in quanto per classificarla come speciale bisognerebbe invero dimostrare che il suo esercizio è diretto a provocare la pronuncia di un provvedimento dichiarativo speciale, divergente nella natura e negli effetti dal provvedimento giurisdizionale dichiarativo. Gli effetti del decreto ingiuntivo invece non differiscono da quelli di un'ordinaria sentenza di condanna soggetta ad appello ⁽²²⁾: in altri termini la circostanza per cui quella monitoria è un'azione di condanna che si esercita in forme (e con presupposti) speciali, non incide sull'oggetto e sugli effetti della stessa, dovendosi piuttosto riconoscere che la stessa è un'ordinaria azione di cognizione, tesa ad ottenere la pronuncia – nelle forme speciali – di un provvedimento giurisdizionale identico per natura, benché emesso all'esito di una cognizione sommaria, a quello pronunciato nell'esercizio

²² Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., p. 28 e 138.; ma anche Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 194 e ss.; Frus, *Pendenza della lite, tutela cautelare e procedimento monitorio*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1995, p. 562 ss.; Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, p. 751; Balbi, voce *Ingiunzione (procedimento di)* [voce aggiornata 1997], in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. XVII, p. 3.

della giurisdizione dichiarativa in un ordinario processo di condanna ⁽²³⁾.

Tale interpretazione, si potrebbe sostenere, non pare conciliarsi del tutto con il dato normativo offerto dall'ultimo comma dell'art. 640, che viene costantemente letto nel senso che il decreto motivato di rigetto del ricorso non accerta, con autorità di cosa giudicata, l'inesistenza del diritto di credito fatto valere dal ricorrente ⁽²⁴⁾.

E così (apparentemente) si impone una scelta: o si ritiene che l'attività cognitiva del giudice investito del ricorso monitorio sia limitata ai presupposti speciali del ricorso (e allora al decreto non potrà ricondursi alcuna efficacia di giudicato né in ipotesi di accoglimento, né di rigetto), oppure si riconosce che il giudice sia chiamato a conoscere e decidere dell'esistenza del diritto, ma in tal caso una logica lineare imporrebbe che ad entrambi i decreti, quello che accoglie e quello che rigetta l'istanza ingiuntiva si debba riconoscere efficacia di giudicato.

Tale radicalizzazione troverebbe poi ulteriore conferma in quelle ipotesi di accoglimento parziale del ricorso ingiuntivo che generalmente sono

²³ Così anche Calamandrei, *Il processo monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926, p. 35 e ss.; Cristofolini, *Sulla prefissione del termine nel decreto d'ingiunzione*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1924, II, p. 146.

²⁴ Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., p. 91; Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 765; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, I, Milano, 1968, p. 39; Balbi, *Ingiunzione (procedimento di)*, cit., 11; Poggeschi, *Ingiunzione (procedimento di)*, in *Novissimo digesto italiano*, VIII, p. 668. In senso contrario ritiene che il decreto di rigetto contenga un accertamento negativo del diritto di credito Ronco, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., p. 136

ammesse sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza ⁽²⁵⁾: è noto infatti che il rigetto della domanda di ingiunzione non pregiudica la riproposizione della stessa (anche in sede ordinaria), poiché l'art. 640 trova applicazione sia in caso di rigetto totale della domanda di ingiunzione che di rigetto parziale (e, quindi, di accoglimento solo in parte della richiesta).

Ma allora, riepilogando, per quale ragione il decreto ingiuntivo non opposto sarebbe idoneo (sulla questione si tornerà peraltro più avanti) al giudicato, mentre quello di rigetto no ?

Non pare che l'asciutta previsione normativa dell'art. 640 sia in grado di fugare ogni dubbio, e lo stesso vale per quelle ricostruzioni proposte da una parte della dottrina, e fortemente sbilanciate a favore della fase di opposizione quale condizione necessaria dell'accertamento ⁽²⁶⁾. Pur

²⁵ Garbagnati, *In tema di rigetto parziale di un ricorso per decreto d'ingiunzione*, in *Riv. Dir. Proc.* 1989, p. 790 e ss; Id, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 96, ove si legge che “può accadere, sebbene l'art. 641 non lo preveda espressamente (così come l'art. 640 non prevede espressamente un rigetto parziale del ricorso) che venga pronunciato un decreto d'ingiunzione, dal quale la domanda del ricorrente è accolta solo parzialmente; anche in questo caso il decreto notificato e non opposto produce la cosa giudicata in merito al diritto consacrato nel decreto, mentre per la parte di domanda rigettata il ricorrente rimane libero di riproporla”. Nella stessa direzione anche Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., p. 273, e Balbi, *Ingiunzione (procedimento di)*, cit., p. 11.

In giurisprudenza Cass. s.u. 1 marzo 2006, n. 4510, in *Foro it.* 2006, I, 2039; Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, *Giur. it.*, 1998, 889, con nota di Ronco; Cass. 24 giugno 1993, n. 7003, *Foro it.*, Rep. 1993, n. 48; Cass. 2 aprile 1987, n. 3188.

²⁶ Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., p. 55 ritiene che la ricostruzione da lui elaborata sull'efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto (quale risultato di una fattispecie complessa che vede come condizione necessaria per l'accertamento la mancata opposizione), sia in grado di fornire una

accettando quelle premesse, infatti, risulterebbe difficile pervenire alle stesse conclusioni anche quando il decreto ingiuntivo abbia accolto la domanda solo in parte, e sia stato tempestivamente opposto dal debitore. In tal caso, infatti, lo sviluppo di quel ragionamento imporrebbe al ricorrente, che ha visto accolte solo in parte le sue istanze, di proporre le relative censure con la comparsa di costituzione, perché altrimenti la mancata opposizione comporterebbe la definitiva preclusione di quelle domande ⁽²⁷⁾. Ciò non toglie comunque che lo stesso ricorrente possa invece proporre, con la comparsa di costituzione, domande riconvenzionali aventi ad oggetto quei crediti che il decreto non ha riconosciuto, cosicché “funzionalmente”, ma non certo sotto il profilo strutturale, quelle domande si colorerebbero di tonalità vagamente impugnatoria.

E ancora, a conclusione di queste brevi osservazioni sulla portata dell'ultimo comma dell'art. 640, si evidenzia come non possa trovare accoglimento neppure l'eccessiva semplificazione che vorrebbe il decreto di rigetto per infondatezza della domanda risolversi in una pronuncia di contenuto puramente processuale, inidonea quindi al giudicato. Benché infatti la possibilità che il decreto sia rigettato per questioni di rito non è

corretta lettura sul piano sistematico anche dell'ultimo comma dell'art. 640, proprio perché in tal caso verrebbe meno quella condizione necessaria all'accertamento che è data dalla possibilità di dare impulso alla fase di esecuzione.

²⁷ La conseguenza non è accettabile. E del resto è pacifico in dottrina che pur in ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo che ha accolto solo in parte le istanze del ricorrente nessuna preclusione colpisce il creditore che non abbia agito in quella sede per il riconoscimento dei restanti crediti: Garbagnati, *In tema di rigetto parziale di un ricorso per decreto ingiuntivo*, cit., p. 790, cui si rinvia anche per ulteriori citazioni.

all'evidenza così remota – bisogna ricordare che il procedimento monitorio è ammissibile solo in presenza di determinati presupposti “speciali”, la cui carenza nulla dice sull'esistenza del diritto di credito dedotto – è comunque artificioso ritenere che il decreto che rigetta l'istanza di ingiunzione non contenga mai un accertamento di merito dell'infondatezza della domanda azionata. E allora, come già è stato autorevolmente evidenziato, la previsione contenuta nell'ultima parte dell'art. 640 va letta alla luce delle peculiarità che caratterizzano il procedimento monitorio e che ne aprono la strada solo in presenza di una prova documentale scritta, così che tale limitazione finisce per assumere un significato “iniquamente preclusivo” delle *chances* del creditore, “*il quale abbia erroneamente creduto di disporre di una prova scritta idonea*”: si rende necessario garantire a questi “*la possibilità di esercitare ulteriormente la sua azione di condanna, utilizzando altri mezzi di prova ammissibili in un procedimento ordinario*”⁽²⁸⁾.

Le osservazioni svolte consentono di prendere posizione anche sulle altre ipotesi ricostruttive avanzate sull'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto, e in particolare su quella che per molto tempo, e invero anche di recente, ha dominato la scena, escludendo che il decreto ingiuntivo non opposto possa produrre gli effetti della cosa giudicata sostanziale, quanto piuttosto quelli più limitati “della pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione”, elitticamente definiti con la

²⁸ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 91.

locuzione “*preclusione pro iudicato*” (²⁹). In sostanza le peculiari caratteristiche del procedimento in esame, e cioè l’assenza di contraddittorio nella fase ingiuntiva in senso stretto e la cognizione puramente sommaria compiuta dal giudice, impedirebbero al decreto ingiuntivo l’assimilazione alla sentenza passata in giudicato, tranciando così ogni potenziale efficacia riflessa del *dictum* monitorio.

La posizione, che per certi versi rappresenta un apprezzabile punto di equilibrio tra le peculiarità del procedimento monitorio e l’esigenza di garantire stabilità al decreto ingiuntivo, non sembra convince del tutto. E infatti, la dottrina che ricorre alla c.d. *preclusione pro iudicato* non pare in

²⁹ La sintesi tra *preclusione* e cosa giudicata è stata operata da Redenti, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 71, Id, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, pp. 25 e ss., 46, 198 e ss., per spiegare l’incontestabilità degli effetti sostanziali dei processi che non implicano o non richiedono un accertamento.

Più recentemente la tesi è stata accolta e riproposta anche da Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, p. 219 e ss.; Proto Pisani, *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.* 1987, I, 1, p. 453, Id, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1990, p. 411; Id, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, p. 562.; Basilico, in Basilico-Cirulli, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, Milano 1998, p. 330 s.; ID., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Milano, 2001, p. 212 ss.

Parlano di *preclusione pro iudicato* anche Tedoldi-Merlo, in *Il procedimento d’ingiunzione*, opera diretta da Capponi, Bologna 2005, p. 358 e 374, e Valle, in *ibidem*, cit., p. 501 che peraltro riconduce anche a Garbagnati l’opinione che con riguardo al decreto ingiuntivo “possa, invece che di passaggio in giudicato in senso proprio parlarsi di una *preclusione pro iudicato*” (così, *op. ult. cit.*, p. 501 nota 24). In senso contrario, con argomentazioni persuasive, Garbagnati, *Preclusione pro iudicato e titolo ingiuntivo* in *Riv. dir. proc.* 1949, I, p. 302

grado di ricomporre le antitetiche esigenze di proteggere quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione da un lato, e di riconoscere pienamente e definitivamente accertato ad ogni effetto il diritto azionato. Il passaggio necessario, cui anche questa strada è destinata, è quello di conferire comunque una certa qual stabilità al decreto non opposto, e quindi un'efficacia di giudicato in qualche modo "depotenziata".

Ma allora dovrebbe ammettersi – come ha evidenziato la dottrina più attenta – una sorta di giudicato sostanziale a due teste: una per le sentenze di merito, l'altra per i provvedimenti contenenti un accertamento, sia pure sommario, della situazione sostanziale ⁽³⁰⁾. E infatti (coerentemente) i più recenti sostenitori della tesi criticata ammettono che con *preclusione pro iudicato* si vuole in realtà individuare "un fenomeno qualitativamente identico a quello del giudicato sostanziale, ma quantitativamente più ristretto" ⁽³¹⁾.

La teoria che riconosce al decreto ingiuntivo l'efficacia di una preclusione *pro iudicato* risente forse di un'impostazione "monolitica" del concetto di cosa giudicata, che riconduce gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. alla sola sentenza emanata dal giudice all'esito del processo ordinario di cognizione. La fase ingiuntiva in senso stretto consente al giudice una cognizione

³⁰ Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 569 s., p. 600; Lanfranchi, *Procedimenti decisorii sommari*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 17.

³¹ Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit. 2002, p. 562, ma anche in *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 454; Id, *Appunti sul giudicato e sui suoi limiti oggettivi*, cit., p. 411.

sommatoria dei fatti dedotti dal ricorrente, e ciò in quanto il suo campo visivo è confinato agli elementi dedotti dal solo ricorrente. Tanto basta per precluderne al decreto non opposto gli effetti, ammettendone di contigui.

La soluzione in realtà non convince del tutto, per dure ragioni.

In primo luogo o si ammette che il decreto ingiuntivo non contiene alcuna accertamento, e allora si nega in radice qualsiasi stabilità al provvedimento stesso, oppure se il giudice ha conosciuto e deciso dell'esistenza del credito (sia pur nelle peculiari forme del procedimento monitorio) allora al relativo decreto andrà attribuita efficacia di giudicato, la medesima che l'art. 2909 c.c. prevede per le sentenze non più impugnabili.

In secondo luogo lascia perplessi l'affermazione che individua l'accertamento contenuto nel decreto ingiuntivo quale fenomeno qualitativamente identico a quello del giudicato sostanziale, ma quantitativamente più ristretto. Al contrario. La cognizione del giudice del monitorio, nella fase *inaudita altera parte*, pare essere qualitativamente diversa, nel senso che l'accertamento dei fatti in assenza di contraddittorio non corrisponde semplicemente all'accertamento di $\frac{1}{2}$ dei fatti che le parti avrebbero potuto dedurre in giudizio, ma da luogo ad una conoscenza che non è aritmeticamente comparabile con quella del giudizio a cognizione piena. Si aggiunga poi che anche l'onere della prova nella fase ingiuntiva in senso stretto gode di un regime differenziato.

Pertanto, in questa prospettiva, chi individua nel decreto ingiuntivo non opposto una sorta di *preclusione pro iudicato* dovrebbe più persuasivamente negare a quel provvedimento qualsiasi efficacia.

Da ultimo, l'orientamento più autorevole e condivisibile, rimette al centro

dell'indagine l'accertamento che il giudice è chiamato a svolgere. In questa prospettiva l'eventuale fase di opposizione recupera il suo originario significato di garanzia (costituzionalmente prevista) del contraddittorio, senza incidere direttamente quale presupposto per l'efficacia di accertamento, fermo che di questa si può parlare in quanto sussista la garanzia del contraddittorio ⁽³²⁾. Tuttavia una volta prevista la possibilità di instaurare il giudizio di opposizione, l'efficacia del decreto deve essere valutata solamente sulla base dell'attività che il giudice svolge in quella sede. E allora per questa via i limiti più volte citati, ossia l'assenza di contraddittorio da un lato (e la conseguente impossibilità di far valere fatti impeditivi, modificativi o estintivi) e la diversità delle prove ammesse in questa sede, non costituiscono un limite a priori idoneo a negare gli effetti di giudicato al decreto non opposto. In altri termini è necessario valutare - in concreto - se l'attività che il giudice compie nella fase *inaudita altera parte* abbia o meno le caratteristiche di determinare l'accertamento del diritto dedotto dal ricorrente.

A sua volta tale quesito trova risposta nell'analisi dell'attività cognitiva svolta dal giudice: e cioè a seconda che la stessa abbia ad oggetto i soli presupposti di ammissibilità generali e speciali previsti per l'istituto ⁽³³⁾, oppure, invece, comporti un vero e proprio accertamento della fondatezza, in fatto e diritto, della pretesa azionata dal ricorrente.

Nel senso da ultimo esposto milita, secondo la dottrina in esame, la constatazione che il giudice investito del ricorso dovrebbe certamente

³² Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 87 e ss.

³³ E così sulla scia delle osservazioni di Ronco, *op. e loc. ult. cit.*

provvedere al rigetto nel merito dell'istanza, qualora risultasse dagli elementi forniti dal creditore a fondamento della sua domanda che il diritto non esiste ⁽³⁴⁾. Ciò accade, ad esempio, quando il giudice constati che il documento posto dal ricorrente a fondamento del proprio credito non è in realtà autentico, o non emergono sufficienti indizi dell'adempimento della controprestazione o del verificarsi della condizione cui era subordinato il pagamento, ma anche quando dalla stessa ricostruzione dei fatti dedotti nel ricorso, o dai documenti ad esso allegati, emerga un fatto impeditivo rilevabile d'ufficio, o più banalmente, emerga che il pagamento richiesto è in realtà già stato eseguito ⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾.

Pertanto se si ammette che il giudice investito del ricorso compia un vero e proprio accertamento, non vi sono motivi per negare che quell'accertamento, per il caso in cui il decreto ingiuntivo non venga opposto nei termini, acquisti efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c.

³⁴ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 87; Calamandrei, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, cit., p. 66; Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 765; Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 1000; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., p. 46.

³⁵ Non vi è dubbio poi che qualora il diritto vantato fosse, ad esempio, un credito di gioco, come tale non azionabile, in applicazione del principio *iura novit curia* il giudice rigetterà nel merito il decreto (in questo senso la dottrina citata nella nota che precede)..

³⁶ La soluzione da ultimo delineata permette altresì di inquadrare, in chiave sistematica, l'art. 640 la cui interpretazione, come abbiamo avuto modo di accennare poco sopra, risulta altrimenti difficilmente conciliabile con l'efficacia di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto.

(³⁷).

La soluzione trova ulteriori significativi addentellati nella disciplina del procedimento monitorio.

In primo luogo l'art. 656 del codice di rito prevede, nel rinvio all'art. 395, n. 5, l'impugnazione per revocazione ordinaria del decreto ingiuntivo contrario ad una precedente sentenza avente, tra le parti, autorità di cosa giudicata.

³⁷ La giurisprudenza della Cassazione è costante nel riconoscere al decreto d'ingiunzione, contro il quale non sia stata proposta tempestivamente opposizione, l'autorità della cosa giudicata. Tra molte, recentemente, Cass. 24 novembre 2000, n. 15178, in *Foro it.*, 2001, I, 914 e in *Giust. civ.*, 2001, I, 64; Cass. 13 febbraio 2002, n. 2083, in *Rep. Giur. it.* 2002, v. *Ingiunzione*, n. 16; Cass. 2 agosto 2002, n. 11602, in *Arch. Civ.*, 2003, 685; Cass. 12 maggio 2003, n. 7272; Cass. s.u. 12 luglio 2005, n. 14546, in *Mass.*, 2005, 1006; Cass. 13 dicembre 2005, n. 27427, in *Mass.*, 2005, 2066; Cass. s.u. 1 marzo 2006, n. 4510, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2039; Cass. 19 luglio 2006, n. 16540, in *Mass.*, 2006, 1419; Cass. 24 luglio 2007, n. 16319, in *Mass.*, 2007, 1508; Cass. 6 settembre 2007, n. 18725, in *Mass.*, 2007, 1413.

In dottrina Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 5 e ss.; Attardi, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, p. 91; Allorio, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Problemi del diritto*, Milano, 1957, II, p. 116; Liebman, *Giudicato civile*, in *Enc. giur.*, Milano, 1983, 11; Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 543 ss.; Menchini, *Orientamenti sull'efficacia dei provvedimenti contenziosi sommari non cautelari*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 329 s.; Id., *Il giudicato civile*, Torino, 2002, p. 354 ss., spec. p. 359; Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 985; Zanzucchi-Vocino, *Diritto processuale civile*⁵, Milano, 1962, II, p. 356 e 358; Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 763; Valitutti-De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2000, p. 199 ss.; Lanfranchi, *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano, 1979, p. 102; Conte, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Milano, 2003, p. 247 ss., spec. p. 256

Non è sfuggito ai più attenti commentatori che al di là delle questioni inerenti l'opportunità della norma, questa finisce in ogni caso per avere una portata che va ben oltre l'estensione dei rimedi impugnatori, perché conferisce pari "dignità" alla sentenza passata in giudicato e al decreto ingiuntivo non opposto, postulando conseguentemente l'efficacia di giudicato di quest'ultimo ⁽³⁸⁾.

In secondo luogo lo stesso art. 656 estende al decreto ingiuntivo l'opposizione revocatoria di terzi aventi causa, ex art. 404, co. 2 c.p.c., e l'operatività di tale rimedio si giustifica solamente ammettendo che il decreto non opposto sia perfettamente in grado di riverberare i propri effetti su liti dipendenti; e ciò presuppone, ancora una volta, che il decreto sia idoneo ad acquisire gli effetti della cosa giudicata, ex art. 2909 c.c. ⁽³⁹⁾.

In chiusura di questa breve rassegna sull'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto si segnala una questione che parte della dottrina da ultimo esposta individua quale ragione di opportunità, e di logica sistematica, e che sebbene non consenta di sciogliere il nodo gordiano sull'efficacia del decreto non opposto con risoluta decisione, ne costituisce per alcuni versi un segnale indicatore.

E così si è notato che la domanda di ingiunzione può essere proposta anche dal creditore munito di cambiale, assegno, o altro titolo esecutivo. Ne deriverebbe un interesse ad agire in capo al ricorrente che va oltre la necessità di procurarsi un titolo esecutivo (che già possiede) per avviare

³⁸ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 5 anche per ulteriori riferimenti. Si veda anche Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 293

³⁹ Consolo, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit.

l'esecuzione forzata, e dunque l'implicita ammissione che quel *quid pluris* consista proprio nell'esigenza di un provvedimento idoneo ad accertare, con efficacia di giudicato, l'esistenza del credito. Invero, pur ritenendo sufficientemente persuasive le argomentazioni esposte a sostegno dell'efficacia di cosa sostanziale del decreto non opposto, mi sembra che colgano nel segno le obiezioni di chi ammette che il creditore munito di titolo esecutivo agisce nelle forme del rito monitorio essenzialmente per ottenere – quanto prima – la possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale ⁽⁴⁰⁾.

3) La disciplina codicistica approntata dal nostro legislatore per il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo

Conclusa la breve disamina sull'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto, ed evidenziata l'esigenza di ricostruire lo stesso in termini di provvedimento a carattere decisorio emanato all'esito di una cognizione (pur sommaria) compiuta dal giudice, giova ora individuare le norme con cui il nostro legislatore ha inteso disciplinare la fase di opposizione.

Il punto di partenza è rappresentato dall'art. 645 del codice di rito il quale prevede che il debitore ingiunto possa proporre opposizione avverso il decreto, se vuole evitare che questo diventi definitivo e acquisti – sempre che già non l'avesse – efficacia esecutiva. L'opposizione, che riveste la

⁴⁰ Così Dalmotto, *Considerazioni circa il procedimento monitorio fondato su di un titolo esecutivo*, in *Nuova gur. civ.*, 1992, I, p. 872, in nota a Cass., 29 aprile 1991, n. 4722.

forma dell'atto di citazione, deve essere proposta all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto, nel termine perentorio di quaranta giorni decorrenti dalla notificazione all'ingiunto del decreto di condanna.

Il termine è invece più lungo, di cinquanta o sessanta giorni, se l'intimato risiede rispettivamente in uno Stato dell'Unione europea o in un diverso Stato estero. Decorso il termine l'opposizione non è più ammessa, salvo che l'intimato provi di non aver avuto tempestiva conoscenza del termine fissato nel decreto, per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore. In ogni caso l'eventuale avvio dell'esecuzione forzata sulla base di quel decreto preclude, nei dieci giorni successivi, anche la l'opposizione tardiva.

L'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo deve essere notificato al ricorrente nel luogo da questi individuato nel ricorso.

Il giudizio instaurato dall'opponente si svolge – in virtù del secondo comma dell'art. 645 c.p.c. - secondo le norme previste per il procedimento ordinario avanti al giudice adito; pertanto il debitore riveste formalmente il ruolo di attore, mentre il creditore, in maniera speculare, finisce per assumere quello di convenuto. L'inversione – come precisano con piena concordia dottrina e giurisprudenza - è solo formale, e non investe le reciproche posizioni sostanziali delle parti, lasciando inalterata la consueta disciplina in tema di onere probatorio ⁽⁴¹⁾.

⁴¹ La Suprema Corte ha avuto modo più volte di chiarire che non c'è inversione dell'onere probatorio, in quanto l'opposizione configura un giudizio ordinario che non attiene alla sola legittimità del decreto, ma ha ad oggetto anche il merito della pretesa del creditore ricorrente, cosicché ciascuna parte assume la propria

Pendente il giudizio di opposizione il decreto ingiuntivo potrebbe comunque – su istanza del creditore - ottenere , *medio tempore*, la provvisoria esecutività. Ciò accade, secondo la previsione dell’art 648 c.p.c., quando l’opposizione non sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione, e in tutti quei casi in cui l’opposizione appaia all’evidenza debole o anche solo parziale. Il giudice concede l’esecuzione provvisoria parziale del decreto ingiuntivo opposto limitatamente alle somme non contestate, salvo che l’opposizione sia proposta per vizi procedurali. A ponderazioni discrezionali del giudice è rimessa anche la situazione delineata dal secondo comma, il cui tenore è stato rivisitato da un sentenza manipolatrice del 1984 della Consulta, cosicché il giudice dell’opposizione *può* concedere l’esecuzione provvisoria del decreto anche quando la parte che l’ha richiesta offra cauzione per l’ammontare delle eventuali restituzioni, spese e danni.

Quanto alla sentenza che decide sul procedimento l’art. 653 c.p.c. prevede che se l’opposizione viene rigettata con sentenza passata in giudicato o provvisoriamente esecutiva, o ne viene dichiarata con ordinanza l’estinzione, il decreto, qualora non ne sia già munito, acquisti efficacia esecutiva. Se invece l’opposizione è accolta solo in parte il titolo esecutivo è costituito esclusivamente dalla sentenza, che dunque pare sostituire il decreto, ma gli atti d’esecuzione già compiuti in base al decreto mantengono i loro effetti nei limiti della somma ridotta.

Da ultimo l’art. 656 del codice di rito prevede che il decreto non opposto,

“naturale” posizione sostanziale; tra molte Cass. 19.10.2006, n. 22489; Cass. 18.04.1998, n. 3973; Cass. 17.11.1997, n. 11417; Cass. 14.03.1995, n. 2924; Cass. 3.03.1994, n. 2124).

divenuto quindi definitivamente esecutivo, può essere impugnato per revocazione nei casi indicati nei numeri 1, 2, 5 e 6 dell'art. 395 c.p.c. e con l'opposizione revocatoria di terzo *ex art. 404 co. 2*: in sostanza quelle tipiche impugnazioni straordinarie che normalmente possono essere rivolte contro le sentenze passate in giudicato, oltre alla revocazione ordinaria di cui al n 5 dell'art. 395 che, come si avrà modo di vedere, costituisce per buona parte della dottrina un formidabile addentellato per tracciare un parallelo tra decreto ingiuntivo non opposto e sentenza passata in giudicato.

4) La fase di opposizione nella giurisprudenza: note generali

L'analisi sulla natura del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, e sul suo rapporto con il segmento processuale anteriore, di richiesta e pronuncia del decreto, muove dalla rassegna della giurisprudenza, specie di legittimità, degli ultimi anni. La relazione strutturale tra la fase ingiuntiva in senso stretto e il giudizio di opposizione è questione vivacemente affrontata e dibattuta, e riflette l'interesse che ad essa deriva non solo, come è facilmente intuibile, dall'esame dei profili di carattere sistematico e dalla collocazione dell'istituto nell'alveo dei procedimenti previsti dal codice di rito (e quindi, in definitiva, secondo le forme del giudizio ordinario di cognizione in primo grado o di una fase di impugnazione), ma ancor più dall'esigenza di dare risposta ad una serie (consistente ed eterogenea) di questioni pratiche la cui soluzione non può realisticamente prescindere dalla messa a fuoco della natura del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

L'esame condotto sulla giurisprudenza che si occupa del rapporto tra decreto ingiuntivo e fase di opposizione, consente così di svolgere una doppia indagine. Da un lato permette di passare in rassegna le differenti linee interpretative utilizzate per integrare le scarse disposizioni dettate dal legislatore in tema di giudizio di opposizione, e di saggiarne la tenuta (anche) alla luce dei rilievi mossi dalla dottrina. Dall'altro consente di individuare quelle questioni, per così dire "pratiche", la cui soluzione dipende, o talora viene comunque ricondotta, all'inquadramento sistematico della fase di opposizione al decreto ingiuntivo (⁴²).

Sarà così possibile individuare alcuni profili di carattere generale che – in una prospettiva non sempre attenta al quadro sistematico – risultano legati più all'esigenza di giustificare singole soluzioni, piuttosto che a quella di individuare ipotesi ricostruttive che tengano conto di un disegno unitario e coerente degli istituti in esame.

⁴² Peraltro l'esame della giurisprudenza, condotto al fine di individuare un "diritto vivente" idoneo a sterilizzare o in ogni caso a ridimensionare l'interesse teorico e pratico dell'indagine, non pare fornire – anticipando brevemente uno degli aspetti destinato ad emergere all'esito della rassegna – un quadro sufficientemente omogeneo del rapporto tra fase d'ingiunzione e giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, e così non permette di fissare e integrare la disciplina nella prospettiva indicata dalla giurisprudenza. Piuttosto, come è stato rilevato da chi ha già svolto in passato un'analisi sulla giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni novanta, bisogna ammettere l'insussistenza di un "diritto giurisprudenziale vivente" (Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 739), per cui, secondo l'autore citato, ogni sforzo teso a dare coerenza sistematica agli istituti in esame va confinato rigorosamente e soltanto nell'ambito del diritto positivo, il cui esame condurrebbe ad escludere l'autonomia del procedimento monitorio *stricto sensu* rispetto al giudizio di opposizione.

Dalla lettura delle sentenze emerge infatti, il più delle volte, come le posizioni appaiano fortemente frammentate, e come la loro flebile eterogeneità spesso impedisca di individuarne le linee guida con sufficiente precisione. Il disagio si riversa poi nella difficoltà di rastremare i diversi profili riscontrati nell'alveo di singoli filoni interpretativi. Ma ciò che più colpisce è che tale difficoltà di sintesi derivi, in realtà, dal fatto che quelle definizioni si limitano ad essere, di volta in volta, mero presupposto per l'applicazione di alcuni istituti, che costituiscono il vero campo d'indagine della pronuncia; la natura del giudizio d'opposizione e il suo rapporto con il decreto ingiuntivo sono – per la giurisprudenza che se ne è occupata – un tema d'indagine che il più delle volte nasce condizionato dall'esigenza di dare una collocazione immediata a singole questioni, quale ad esempio l'individuazione del giudice competente a decidere sull'opposizione a decreto ingiuntivo in ipotesi di domande connesse con quelle proposte avanti ad un diverso giudice, oppure la disciplina di eventuali domande riconvenzionali eccedenti la competenza per valore del giudice dell'opposizione. Oppure l'oggetto del giudizio di opposizione, l'eventuale improcedibilità del giudizio nel caso di mancata produzione della copia notificata del decreto.

Si tratta, come già emerge dagli esempi citati, di questioni che hanno spesso collocato, o più giustamente relegato, ogni riflessione sulla natura del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo allo stadio di mero presupposto dell'indagine, come tale spesso affrontato solo incidentalmente, senza mai scandagliarne a tutto tondo la consistenza, facendone uso per integrare la disciplina scarna dettata dal legislatore sul giudizio di opposizione con

quella delle impugnazioni o del giudizio di cognizione di primo grado.

Anticipate queste brevi avvertenze sulla chiave di lettura che ci pare più adeguato proporre, merita ora dar conto degli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza, muovendo l'analisi da quello che pare essere un punto di partenza sostanzialmente condiviso da tutti, e cioè che il giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo è un processo ordinario di cognizione ⁽⁴³⁾. Esaurita la fase d'ingiunzione in senso stretto, che dà luogo ad un procedimento speciale caratterizzato dalle note peculiarità, il procedimento monitorio è destinato a sfociare, per iniziativa del debitore ingiunto, in un ordinario giudizio di cognizione. Nel pieno rispetto del principio del contraddittorio ciascuna delle parti viene ad assumere la propria naturale posizione sostanziale: e così al creditore che ha chiesto ed ottenuto il decreto ingiuntivo, e che in sede d'opposizione assume la veste formale di convenuto (perlomeno nel senso di soggetto che subisce l'iniziativa processuale altrui, e la contrasta articolando la propria comparsa di risposta), spetta l'onere della prova dei fatti costitutivi del diritto di credito,

⁴³ Il rilievo, già evidenziato da Garbagnati, alla fine degli anni settanta (in *I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979, p. 144) trova conferma anche nella giurisprudenza più recente, di legittimità e di merito. Tra molte, ultimamente, Cass. 10 marzo 2009, n. 5754, in *Mass. Giur. It.*, 2009; Cass. 16 marzo 2006, n. 5844, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Cass. 15 luglio 2005, n. 15037; Cass., 12 maggio 2003, n. 7188, in *Mass.* 2003; Cass. 22 febbraio 2002, n. 2573, in *Giur. it.*, 2002, 1648.

Quanto alle pronunce dei giudici di merito si segnalano in particolare Trib. Benevento 6 aprile 2009; Trib. Bari, 20 gennaio 2009, App. Roma 29 gennaio 2009; Trib. Roma 15 gennaio 2009; Trib. Roma 8 gennaio 2009; Trib. Potenza 19 novembre 2008; Trib. Roma 7 novembre 2008; Trib. Genova 23 aprile 2008; App. Roma 16 giugno 2005.

mentre sul debitore ingiunto (attore formale della fase di opposizione a d.i.) incombe l'onere di provare eventuali fatti estintivi, modificativi o impeditivi delle ragioni creditorie.

Ma già l'individuazione dell'estensione dell'onere probatorio in sede di opposizione a decreto ingiuntivo è tema destinato ad infrangere la concorde unanimità formatasi intorno all'individuazione della fase di opposizione quale processo ordinario di cognizione, e ad aprire la strada alle molteplici letture adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine al momento iniziale, alla funzione che spetta all'atto di opposizione, ed al legame esistente tra giudizio conseguente all'opposizione e la precedente fase processuale. E infatti su cosa sia destinato a cadere l'onere probatorio è questione che coinvolge direttamente l'oggetto del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, che, in prima battuta, vede quali alternative un giudizio ristretto alla legittimità e alla validità del decreto ingiuntivo ancorato al momento dell'emissione dell'ingiunzione (⁴⁴), oppure – al contrario - un giudizio volto ad accertare non tanto (o meglio non solo) la legittimità del

⁴⁴ Tale prospettiva, largamente condivisa dalla giurisprudenza più risalente, configurava il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo quale mera fase di controllo della validità del decreto emesso, e pertanto il suo riesame rimaneva confinato entro il limite temporale fissato dall'emanazione del decreto, rendendo del tutto irrilevanti eventuali (ma frequenti) fatti estintivi o modificativi del diritto di credito tutelato con l'ingiunzione (in questa direzione Cass. 11 aprile 1990, n. 3054; Cass. 2 maggio 1987, n. 4125; Cass. 8 giugno 1985, n. 3482; 18 ottobre 1983, n. 6121). E così sovente capitava che il sopravvenuto adempimento, totale o parziale, della prestazione, non fosse destinato a produrre alcun effetto sul decreto legittimamente concesso, impedendone, specie, la revoca. Con l'ulteriore conseguenza che il sopravvenuto pagamento avrebbe potuto, al più, essere opposto solo in sede di esecuzione del decreto ingiuntivo.

decreto ingiuntivo, quanto l'esistenza del credito, da intendersi riferita al momento della decisione del giudizio di opposizione (*recte* il limite cronologico andrà individuato, come di consueto, nell'udienza di precisazione delle conclusioni del giudizio di opposizione) ⁽⁴⁵⁾.

Appare fin d'ora evidente come l'estensione dell'onere probatorio rifletta, in realtà, le diverse ricostruzioni delineate dalla giurisprudenza con riferimento al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, e che, a prima vista, sono rastremabili in due settori.

4.a) Segue: il giudizio di opposizione come prosecuzione “orizzontale” della fase monitoria all'interno di un unico processo

Da un lato vi sono quelle pronunce, e sono la maggior parte, che – pur con le sfumature di cui si darà conto – delineano il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo come un *giudizio autonomo* introdotto dal debitore ingiunto con l'atto di citazione in opposizione.

Dall'altro alcune sentenze, specie degli anni ottanta e novanta, affermano che nel procedimento di ingiunzione la fase monitoria e quella di

⁴⁵ Così Cass. 19 febbraio 1993, n. 2019; Cass. 16 novembre 1992, n. 12278, Cass. 10 gennaio 1980, n. 184; Cass. 11 giugno 1948, n. 897. Secondo questa tesi sussiste piena rilevanza dei fatti modificativi ed estintivi del credito verificatisi dopo la pronuncia del decreto ingiuntivo, fino alla decisione del giudizio di opposizione, e pertanto ove il diritto di credito azionato con la richiesta di decreto risulti soddisfatto, e l'obbligazione in tutto o in parte adempiuta, il d.i. dovrà essere conseguentemente revocato

opposizione fanno parte di un *unico processo*, e configurano il giudizio di opposizione come prosecuzione della fase monitoria.

Si tratta spesso di pronunce in cui la Suprema Corte si è occupata in particolare della rilevanza dei fatti modificativi o estintivi successivi alla notifica del decreto ingiuntivo, e verificatisi nel corso del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo (⁴⁶). In altri casi invece la ricostruzione della fase di opposizione, come prosecuzione della causa, è emersa in sede d'indagine sulla ripartizione delle spese legali relative alla fase monitoria e al giudizio di opposizione, in quanto la giurisprudenza ha chiarito che nel procedimento per ingiunzione la fase monitoria e quella di opposizione fanno parte di un unico processo, nel quale l'onere delle spese è regolato in base all'esito finale del giudizio di opposizione ed alla complessiva valutazione del suo svolgimento (⁴⁷). Infine la prospettiva che configura la

⁴⁶ (tra molte Cass. 16 novembre 1992, n. 12278 e anche la stessa Cass. S.u. 7 luglio 1993, n. 7448 che peraltro, come si dirà, compie un passo ulteriore, e configura il procedimento di opposizione come *ordinario processo di cognizione che ha inizio con il ricorso del creditore che contiene in sé, sia l'azione sommaria, sia quella ordinaria, che emerge solo di fronte all'eventuale opposizione*). La Corte, come già ricordato nelle note che precedono, avvertita l'esigenza di dare rilevanza al pagamento del debito (per cui era già stato concesso il decreto ingiuntivo) intervenuto in un momento successivo alla notifica del provvedimento, ma prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni del giudizio di opposizione, individua come unica alternativa all'idea di un'opposizione costruita alla maniera di un giudizio di revisione della legittimità e validità del d.i. (e quindi chiusa ai fatti nuovi, successivamente alla notifica del decreto), la diversa prospettiva di un giudizio di cognizione piena sulla domanda proposta dal creditore con il decreto ingiuntivo che si sovrappone al decreto, sviluppandosi come fase ulteriore, benché eventuale, del procedimento iniziato con il ricorso.

⁴⁷ Cass. 28 settembre 1994, n. 7892; Cass. 19 febbraio 1993, n. 2019, *cit.*

fase di opposizione a decreto ingiuntivo come prosecuzione della fase monitoria trova l'avvallo di quelle pronunce (dei primi anni novanta) della seconda sezione della Suprema Corte, che si discostano dall'orientamento assolutamente maggioritario e consolidato ⁽⁴⁸⁾, e per cui la competenza del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo è un'ipotesi di competenza funzionale ⁽⁴⁹⁾.

⁴⁸ Confermato anche da due interventi delle sezioni unite entrambe dell'8 ottobre 1992, nn. 10984 e 10985, in *Foro it.*, 1992, I, 3286, con nota di Proto Pisani.

⁴⁹ Secondo Cass. 8 aprile 1991, n. 3653, in *Foro it.*, I, 2979, con nota di Sbaraglio e in *Riv. dir. proc.*, 1991, 1182 con nota di Vullo e Cass. 26 maggio 1992, n. 6298, in *Foro it.*, I, 2384, quella del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo non sarebbe un'ipotesi di competenza funzionale, in quanto “...la domanda sulla quale il giudice cosiddetto dell'opposizione è chiamato a pronunciare, è sempre quella spiegata dal ricorrente con il ricorso per ingiunzione (l'opposto assume la posizione sostanziale di attore) ed accolta provvisoriamente all'esito di un procedimento speciale di carattere sommario, di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., che è a contraddittorio, eventuale e posticipato, e l'opposizione – che, ripetesi, non è una sorta di impugnazione – serve appunto a porre in essere il contraddittorio e, impedendo che il decreto diventi esecutivo, a trasformare il procedimento speciale in un procedimento ordinario, che non differirà da quello che fosse stato instaurato per via ordinaria sin dall'origine (tranne che per alcune particolarità espressamente contemplate dalla legge: v. riduzione a metà dei termini di comparizione)”. Pertanto “...l'art. 645 c.p.c., con la disposizione sopra riportata, si limita in sostanza a sancire l'identificazione del giudice cosiddetto dell'opposizione con quello che ha emesso il decreto, o meglio del giudice che dovrà conoscere della domanda in un procedimento ordinario ed autonomo con il giudice che ha conosciuto della stessa domanda, in via provvisoria, in un procedimento speciale di carattere sommario.

E trattasi di un collegamento, anzi di una identificazione inevitabile e scontata, comportata dal fatto che, dopo l'opposizione, a proseguire, col rito ordinario, è la stessa causa introdotta col ricorso per ingiunzione e non già un'altra, e che si dovrà

Ad ogni modo gli orientamenti citati partecipano del medesimo *leit motive*: le due fasi rappresentano momenti distinti di un unico processo, nel quale l'opposizione – perdendo ogni collocazione autonoma - si incardina quale momento di “ulteriore sviluppo” o di “continuazione orizzontale” del decreto ingiuntivo notificato . Le sentenze che negano autonomia al giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, riconoscendo *apertis verbis* che procedimento monitorio in senso stretto e giudizio di opposizione fanno parte di un unico processo, articolano il rapporto tra queste due “fasi” usando una terminologia spesso non omogenea, ma tuttavia riconducibile all'interno di un unico schema: in alcuni casi si precisa che le stesse appartengono ad un *unico processo* ⁽⁵⁰⁾; in altri che con l'opposizione prosegue, secondo le forme del rito ordinario, la *stessa causa* introdotta con il ricorso per ingiunzione, e l'opponente – il cui atto è assimilabile alla comparsa di risposta presentata dal convenuto nel procedimento ordinario – assume la posizione sostanziale di attore ⁽⁵¹⁾. Talvolta alcune sentenze - esclusa la natura di giudizio di impugnazione - individuano nell'opposizione al decreto ingiuntivo una fase successiva ed eventuale di mera «*continuazione orizzontale*» di verifica e di accertamento ⁽⁵²⁾.

decidere definitivamente, non in fase di gravame, ex novo sulla stessa domanda, provvisoriamente accolta col decreto” (Cass. 26 maggio 1992, n. 6298, cit.).

⁵⁰ Cass. 11 febbraio 1995, n. 1552, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, 1946; Cass. 28 settembre 1994, n. 7892, cit., Cass. 19 febbraio 1993, n. 2019, cit.

⁵¹ Cass. 26 maggio 1992, n. 6298, *cit.*; Cass. 8 aprile 1991, n. 3653, *cit.*, Cass. 7 aprile 1987, n. 3355. Più recentemente Trib. Potenza 19 novembre 2008

⁵² Cass. 30 marzo 1998, n. 3316, in *Foro it.*, 1998, I, 2161.

Procedimento monitorio in senso stretto e opposizione rappresentano un *unicum*, che si snoda - fin dal momento della notifica al debitore del decreto ingiuntivo – in due *sub*-procedimenti: il primo *inaudita altera parte*, il secondo (eventuale) nel rispetto del principio del contraddittorio, Pertanto di fronte all'*exceptio de soluto* spiegata dal debitore viene meno la persistenza del credito, che pur esisteva, e conseguentemente revocato il decreto ingiuntivo (⁵³).

4.b) Segue: oppure come prosecuzione “verticale” che configura un giudizio di impugnazione del decreto ingiuntivo

Pur restando nell'alveo del giudizio di opposizione come prosecuzione (sebbene ora “verticale”) della fase monitoria, va dato conto di una serie di pronunce numericamente significative, specie negli ultimi tempi, che individuano nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo un *procedimento di impugnazione* (⁵⁴).

⁵³ Ulteriore conseguenza di tale ricostruzione consiste nell'ammettere che il giudice, ove ritenga provato il credito, debba accogliere la domanda del creditore, indipendentemente dalla regolarità e sufficienza degli elementi probatori (e dei requisiti c.d. speciali di cui all'art. 633) in base ai quali fu emesso il decreto ingiuntivo, potendo essere integrate le prove addotte in sede monitoria e modificata financo la *causa petendi* (Cass. 3 novembre 1987, n. 8082; Cass. 28 gennaio 1985, n. 475).

⁵⁴ In questa direzione, tra le altre, Cass. 9 febbraio 2007, n. 2907, Cass. 21 novembre 2006, n. 24743, in Mass. 2006, 1985; Cass. 20 settembre 2006, n. 20324, in Mass. 2006, 2058; Cass. 18 maggio 2005, n. 10374, in *Giur. it.*, Mass., 2005; Cass. 16 novembre 2004, n. 21687, in *Guida al dir.*, 2005, n. 7, 46; Cass. 29 marzo 2004, n. 6267, *ivi*, 2004, n. 20, 63; Cass. 2 febbraio 2004, n. 1812; Cass. 23 maggio

Si tratta in larga parte di sentenze che ricostruiscono l'assimilabilità del giudizio di opposizione a quello di impugnazione, al dichiarato fine di individuare in termini di competenza funzionale la competenza del giudice investito dell'opposizione al decreto ingiuntivo, che ai sensi dell'art. 645 c.p.c., è l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto. E così, qualora il debitore opponente proponga anche una domanda riconvenzionale che eccede la competenza per valore del giudice adito, quest'ultimo – nella prospettiva ora indicata – deve provvedere alla separazione delle cause, trattenendo quella di opposizione (di sua esclusiva competenza), e rimettendo la domanda riconvenzionale al giudice competente per valore ⁽⁵⁵⁾.

2003, n. 8165; Cass. 12 febbraio 2002, n. 2011; Cass. s.u. 23 luglio 2001, n. 10011 e Cass. s.u. 18 luglio 2001, n. 9770, in *Foro it.*, 2001, I, 3613; Cass. 18 febbraio 2000, n. 1828, in *Giur. it.*, Mass., 2000; Cass. 11 Febbraio 1999, n. 1168, in *Giur. it.* 2000, p. 521 s.; Cass. 16 Aprile 1999, n. 3800, *ivi*, Mass., 1999, c. 453; Cass. 26 novembre 1999, n. 13204, *ivi*, Mass., 1999, c. 1289; Cass. 27 novembre 1999, n. 13281, *ivi*, Mass., 1999; Cass. 9 settembre 1998, n. 8914, *ivi*, Mass., 1998; Cass. 25 settembre 1997, n. 9418, *ivi*, Mass., 1997; Cass. 23 Giugno 1995, n. 7129, *ivi*, Mass., 1995; Cass. 19 giugno 1993, n. 6838, in *Foro it. Rep.* 1993, voce *ingiunzione*, n. 34. Cass. Sez. un. 8 ottobre 1992, nn. 10984 e 10985, in *Giur. it.* 1993, I, 1, 786 e 787; Cass. 18 novembre 1974, n. 3690, in *Foro it.* 1975, 595; Cass. 14 luglio 1960, n. 2729, in *Foro it.*, 1960, I, 1178.

⁵⁵ Così testualmente già Cass. s.u. 8 ottobre 1992, n. 10984, in *Foro it.*, 1992, I, 3287, con nota di Proto Pisani. Il carattere inderogabile della competenza del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo a conoscere dell'opposizione è stato successivamente messo in discussione da Cass. 8 aprile 1991, n. 3653, cit., con nota di Sbaraglio e Cass. 26 maggio 1992, n. 6298, cit., ma infine ribadito da Cass. s.u. 8 marzo 1996, n. 1835, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2086, con nota di Sbaraglio, *Le competenze assolutamente inderogabili di fronte alla riforma del codice di*

Emerge tuttavia, dalla semplice lettura delle sentenze citate nelle note che precedono, che quasi mai l'esame della Corte sia stato esteso alla natura e alla struttura del giudizio di opposizione; al contrario, in quasi tutti i casi in cui la giurisprudenza ha valutato la possibilità di estendere la disciplina prevista per i giudizi d'impugnazione anche alla fase di opposizione del decreto, l'esame ha sostanzialmente escluso tale possibilità. E così la Corte, chiamata a pronunciarsi sull'improcedibilità dell'opposizione, nell'ipotesi di mancata produzione della copia notificata del decreto con il relativo fascicolo, ha escluso l'applicazione della disciplina propria delle impugnazioni ad un procedimento che non è un mezzo d'impugnazione ⁽⁵⁶⁾. Certo non mancano alcune (isolate) pronunce che si muovono in senso contrario: in alcuni casi l'assimilazione del giudizio di opposizione ad una impugnazione ha consentito di sancire che la nullità della notificazione dell'atto di opposizione è sanabile *ex tunc* dalla successiva costituzione in giudizio della controparte, come avviene per le altre impugnazioni ⁽⁵⁷⁾. In altri l'applicabilità dell'art. 328 del codice di rito nel caso di morte della persona ingiunta nel corso della decorrenza del termine per proporre opposizione ⁽⁵⁸⁾.

procedura civile, e da Cass. 21 novembre 2006, n. 24743, cit., 20 settembre 2006, n. 20324;

⁵⁶ Cass. 27 dicembre 2004, n. 24048; Cass. 12 agosto 2008, n. 15687; Cass. 5 luglio 2002, n. 9810. Si veda anche Trib. Padova 27 gennaio 2003, che pur richiedendo, quale condizione di ammissibilità (ma non di procedibilità) del giudizio di opposizione la produzione di copia autentica, precisa che lo stesso non introduce un giudizio di impugnazione.

⁵⁷ Cass. 11 aprile 2002, n. 5198, in Mass 2002.

⁵⁸ Cass. 9 febbraio 2007, n. 2907.

E ancora, ad esempio, la Corte Costituzionale ha avuto modo di osservare che “*il procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo presenta nella fase introduttiva caratteristiche comuni non già all’ordinario processo di cognizione quanto piuttosto al giudizio di impugnazione*”, e pertanto qualora l’opponente si sia avvalso della facoltà di dimidiare il termine di comparizione, questi sarà tenuto a costituirsi nel termine ridotto di 5 giorni, così come accade per l’appellante, pena l’improcedibilità dell’appello e il conseguente passaggio in giudicato della sentenza impugnata ⁽⁵⁹⁾. Recentemente le Sezioni unite hanno ritenuto che la mancata notifica del ricorso in opposizione e del suo decreto di fissazione di udienza renda improcedibile il procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, applicando – per analogia – quanto previsto dal rito del lavoro per l’appello quando (benché tempestivamente proposto) la notificazione del ricorso depositato e del decreto di fissazione dell’udienza non sia avvenuto, non potendo il giudice assegnare *ex art. 421 c.p.c.* all’appellante – previa fissazione di un’altra udienza di discussione – un termine perentorio per procedere ad una nuova notifica ai sensi dell’art. 291 c.p.c.

In proposito la Cassazione ha chiarito che tale principio dovesse applicarsi anche al procedimento per opposizione a decreto ingiuntivo, per “*identità di ratio*”, ancorché tale procedimento debba considerarsi un ordinario processo di cognizione anziché un mezzo di impugnazione ⁽⁶⁰⁾.

La Suprema Corte, riunita nella composizione più autorevole, ha così

⁵⁹ Corte Cost., 23 giugno 2000, n. 239 (ord), in *Giur. it.*, 2002, 1627, p. 1634.

⁶⁰ Cass. S.u. 30 luglio 2008, n. 20604, in *Corr. Giur.*, 2009, 199, con nota di Pilloni, e in *Foro it.*, 2009, I, 1130, con nota di De Santis.

confermato – sia pur per inciso - di non aderire al consolidato orientamento della dottrina che ricostruisce il giudizio di opposizione in termini di impugnazione, salvo che, in definitiva, per affermare il carattere funzionale e inderogabile del giudice dell'opposizione (⁶¹).

4.c) *Segue*: infine come giudizio autonomo

Dalla prospettiva finora esaminata, che descrive il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non quale giudizio autonomo ma come fase ulteriore di un procedimento iniziato con il ricorso per ottenere il decreto, muovono anche alcune pronunce secondo cui il giudizio di opposizione non corrisponde ad un mero giudizio di accertamento della validità del decreto

⁶¹ Rileva Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., 730, che il procedimento di opposizione è equiparato dalla giurisprudenza (Cass. 10 aprile 1996, n. 3319, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 1928, Cass. S. u. 30 dicembre 1991, n. 12017) ad un'impugnazione anche per postulare l'inammissibilità di un'opposizione proposta soltanto per denunciare vizi della fase monitoria senza contestazioni sulla pretesa creditoria fatta valere con il ricorso.

A ben vedere mi pare che la giurisprudenza citata non assimili la fase di opposizione ad un'impugnazione (e infatti la stessa Cass. 10 aprile 1996, n. 3319 configura l'opposizione come un ordinario e autonomo giudizio di cognizione). E del resto l'inammissibilità di un'opposizione che non deduca censure “di merito” trova maggior comprensione nella prospettiva, più avanti illustrata, di un giudizio costruito alla maniera di un'azione di accertamento negativo della pretesa del credito. L'opposizione avente ad oggetto solo censure relative all'ammissibilità del procedimento ingiuntivo finisce per riconoscere fin da subito l'esistenza di quel credito e dunque, nella prospettiva illustrata, rende sostanzialmente irrilevante (e dunque inammissibile) lo svolgimento della fase di opposizione.

ingiuntivo, ma ad un ordinario processo di cognizione che ha inizio con il ricorso del creditore che contiene in sé sia l'azione sommaria, sia quella ordinaria, pronta ad emergere solo di fronte all'eventuale opposizione ⁽⁶²⁾. Quindi il ricorso per decreto ingiuntivo conterrebbe due domande: la prima è tesa a ottenere il decreto, la seconda, condizionata alla notifica dell'atto di citazione in opposizione, è invece un'ordinaria azione di condanna. Lo schema, che peraltro soffre all'evidenza di un certo meccanicismo cui non corrisponde alcun addentellato normativo, raccoglie le difficoltà evidenziate dalla dottrina ⁽⁶³⁾, e rappresentate dalla necessità di radicare anche il *sub-procedimento* di opposizione sull'originaria (ma incompatibile) domanda contenuta nel ricorso per decreto ingiuntivo, adottando (alla maniera di un correttivo) una diversa soluzione che riconduce all'originario ricorso ben due domande, la seconda condizionata all'avvio della fase di opposizione. Esaurita la rassegna sulla giurisprudenza che disegna il procedimento di ingiunzione e quello di opposizione come due fasi di un unico processo, tocca ora affrontare l'esame di quella che delinea il *giudizio di opposizione*

⁶² Cass. S.u. 7 luglio 1993, n. 7448, in *Corr. Giur.*, 1993, 1330, con nota di De Luca;

⁶³ Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., p. 67 e 100, e Segni, *L'opposizione del convenuto nel procedimento monitorio*, cit., p. 46 e ss. Entrambi gli autori, come si avrà modo di esaminare nei paragrafi che seguono, ipotizzarono la soluzione condivisa dalla giurisprudenza citata, che prevede l'esercizio cumulativo di due azioni, poste in via condizionata: l'azione speciale monitoria e l'azione ordinaria di condanna.

a decreto ingiuntivo come un giudizio autonomo, introdotto dal debitore ingiunto con l'atto di citazione in opposizione (⁶⁴).

Molte decisioni ricostruiscono il giudizio di opposizione come *un'autonoma azione di accertamento negativo* del diritto riconosciuto dal decreto ingiuntivo, e cioè come un ordinario procedimento di cognizione diretto ad accertare la fondatezza della pretesa fatta valere dall'ingiungente opposto, che assume la posizione sostanziale di attore, nonché delle eccezioni e delle difese fatte valere dall'opponente, che assume quella di convenuto (⁶⁵). In

⁶⁴ Cass. 16 marzo 2006, n. 5844, in *Mass* 2006 per cui la fase di opposizione dà luogo a un ordinario giudizio di cognizione di merito, “...*finalizzato all'accertamento dell'esistenza del diritto di credito fatto valere dal creditore con il ricorso ex art. 633 e 638 c.p.c.; pertanto la sentenza che decide il giudizio deve accogliere la domanda dell'attore (il creditore istante), rigettando conseguentemente l'opposizione, qualora riscontri che i fatti costitutivi del diritto fatto valere in sede monitoria, pur se non esistenti al momento della proposizione del ricorso, sussistono tuttavia in quello successivo della decisione*”.

Nella stessa direzione Cass. 12 maggio 2003, n. 7188, in *Giur. It.*, *Mass.*, 2003; Cass. 22 aprile 2003, n. 6421, *ivi*, *Mass.*, 2003, c. 549; Cass. 22 febbraio 2002, n. 2573, *ivi*, 2002, 1648; Cass. 7 luglio 1999, n.7036, in *Foro it. Rep.* 1999, voce *ingiunzione*, n.91 Cass. 10 aprile 1996, n.3319, in *Foro it. Rep.* 1996, voce *ingiunzione*, n.120; Cass. 5 settembre 1985, n.4625, *cit.*; Cass. 24 novembre 1981, n.6244.

Cass. 27 dicembre 2004, n. 24048, in *Mass*. 2004 e Cass. 2 giugno 1999, n. 5342, in *Mass*. 1999.

⁶⁵ È opportuno premettere che l'asserita autonomia tra fase monitoria in senso stretto e giudizio di opposizione non va intesa nel senso che l'opposizione configuri un giudizio di accertamento nuovo, del tutto sganciato dalla precedente fase. E infatti la giurisprudenza ha chiarito che l'opposto non può proporre domande diverse da quella fatta valere con l'ingiunzione, mentre all'opponente è consentito proporre con l'atto di opposizione le eventuali domande riconvenzionali

tale prospettiva, l'opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione, in cui il giudice non si limita alla verifica dell'originaria legittimità del decreto ⁽⁶⁶⁾, dovendo invece esaminare comunque anche i fatti estintivi o modificativi dell' obbligazione successivi all'emissione del provvedimento opposto. L'oggetto del giudizio di opposizione non è limitato alla verifica dell'originaria sussistenza delle condizioni di ammissibilità e di validità del decreto ingiuntivo, ma si estende all'accertamento dei fatti costitutivi del diritto in contestazione con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia della sentenza ⁽⁶⁷⁾; quindi il giudice deve accertare il fondamento della pretesa fatta valere con il ricorso per ingiunzione e, se il credito risulta fondato, accogliere la domanda indipendentemente dalla regolarità, sufficienza e validità degli elementi probatori per i quali il decreto fu

e integrare la propria difesa rispetto alla pretesa fatta valere dall'ingiungente, nello sviluppo del processo, proponendo eccezioni nuove fino alla rimessione della causa al collegio e perfino in appello (Cass. 19 maggio 2000, n. 6528, in *Mass* 2000).

⁶⁶ Cass. 19 maggio 2000, n.6528, in *Foro it. Rep.* 2000, voce ingiunzione, n.19, *"l'opposizione non costituisce azione d'impugnazione della validità del decreto (...)";* Cass. 25 marzo 2000, n.3591, *ivi*, voce cit., n.10, *"l'opposizione a decreto ingiuntivo, dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione, inteso ad accertare la pretesa fatta valere e non se l'ingiunzione fu legittimamente emessa"* ex art.633 c.p.c..

⁶⁷ A mero titolo di esemplificazione, tra molte pronunce: Cass. 10 aprile 2000, n.4531, *Foro it. Rep.* 2000, voce cit., n.12, in cui si precisa che il giudizio di opposizione *"si estende all'accertamento dei fatti costitutivi, modificativi ed estintivi del diritto in contestazione, con riferimento alla situazione esistente al momento della sentenza"*. Si veda anche Cass. 2 settembre 1998, n.8717, in *Foro it. Rep.* 1998, voce cit., n.90.

pronunciato. Di qui l'irrelevanza, perlomeno ai fini dell'accertamento *de quo*, di eventuali vizi della procedura monitoria ⁽⁶⁸⁾.

Eventuali carenze dei presupposti speciali che legittimano l'emanazione del provvedimento monitorio, come anche l'esistenza di eventuali vizi nella relativa procedura, potranno spiegare rilevanza limitatamente al capo di condanna alle spese, comportando una diversa ripartizione delle stesse, specie di quelle relative al decreto ingiuntivo illegittimamente concesso ⁽⁶⁹⁾.

Accanto alle sentenze che ricostruiscono il giudizio di opposizione come autonoma azione di accertamento negativo del diritto riconosciuto dal decreto ingiuntivo, non mancano poi (benché occupino un rilievo sostanzialmente marginale) alcune pronunce che, pur rimarcandone l'autonomia, delineano il *giudizio di opposizione come autonoma azione di*

⁶⁸ Cass. 5 settembre 1987, n.7224, in *Foro it. Rep.* 1987, voce *cit.*, n.39.

⁶⁹ Cass., 12 maggio 2003, n. 7188, in *Mass.* 2003; Cass. 15 luglio 2005, n. 15037 per cui “*l’opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione, inteso ad accertare la pretesa fatta valere e non se l’ingiunzione fu legittimamente emessa in relazione alle condizioni previste dalla legge; pertanto in sede di opposizione l’eventuale carenza dei requisiti probatori può rilevare soltanto ai fini del regolamento delle spese processuali, ditalché l’impugnazione della sentenza non può essere dedotta solo per far accertare la sussistenza o meno delle originarie condizioni di emissione del decreto, se non sia accompagnata da una censura in tema di spese processuali*”.

Così anche Cass. 26 maggio 1994, n. 5171; Cass. 18 aprile 2000, n.4974, in *Foro it. Rep.* 2000, voce *ingiunzione*, n.13; Cass. 21 dicembre 1995, n. 13027; Cass. 17 novembre 1994, n.9708, in *Foro it. Rep.* 1994, voce *cit.*, n.47.; Cass. 5 settembre 1987, n. 7224; Cass. 11 novembre 1983, n. 6698; Cass. 24 novembre 1981, n. 6244.

accertamento della legittimità del decreto ingiuntivo (⁷⁰). In tal caso la fase di opposizione finisce per assomigliare molto ad un mezzo di impugnazione, che avrà struttura meramente rescindente nell'ipotesi in cui la fondatezza nel merito della pretesa non sia esplicitamente o implicitamente riproposta; avrà invece la struttura di un'impugnazione (in senso lato) sostitutiva quando il giudice dell'opposizione sia chiamato a pronunciarsi anche sull'esistenza del diritto di credito.

Altre pronunce riconoscono infine al giudizio di opposizione un duplice oggetto: sulla legittimità del procedimento monitorio e sul merito del diritto fatto valere (⁷¹). Ne deriva un procedimento che attiene, in primo luogo, alla

⁷⁰ Ciò emerge, come peraltro è già stato rilevato dalla dottrina (Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., 725, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti) da alcune sentenze della Suprema Corte che presuppongono come eventuale – o comunque non necessario – in sede di opposizione il giudizio di merito sull'esistenza del diritto. In altri termini in sede di opposizione il giudice è chiamato a pronunciarsi (sempre e comunque) sulla legittimità del decreto, e quindi sull'esistenza dei presupposti speciali previsti dagli artt. 633 e ss. del codice di rito, mentre il giudizio di merito rimarrebbe confinato alla rituale riproposizione da parte del creditore convenuto nel giudizio di opposizione (Cass. 26 maggio 1994, n. 5171) della relativa istanza, o comunque – per chi ritiene di aderire ad una modalità di riproposizione c.d. implicita – subordinata alla costituzione in giudizio del creditore (Cass. 19 novembre 1996, n. 10104).

Quanto esposto sembra trovare una recente conferma in Cass. 10 marzo 2009, n. 5754, in *Mass. Giur. It.*, 2009, la quale precisa che qualora il giudice revochi in tutto o in parte il decreto opposto “*egli può – e, se richiesto, deve – pronunciare sul merito della domanda*”.

⁷¹ Cass. 9 febbraio 1998, n. 1319, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1610 precisa che l'opposizione è un mezzo di tutela volto sia a controllare la legittimità del procedimento sommario e l'ammissibilità del provvedimento monitorio, sia a

validità del decreto opposto, la cui carenza non determina comunque l'impossibilità di decidere sull'esistenza del diritto, ma è destinata a produrre effetti più significativi rispetto a quelli citati nel precedente orientamento, e cioè la revoca del decreto invalidamente emanato ⁽⁷²⁾.

contestare l'esistenza e la persistenza della pretesa creditoria. Così anche Cass. 13 dicembre 1999, n. 13950, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 687; Cass. 13 gennaio 1992, n. 287, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 1459.

⁷² Nel giudizio d'opposizione avverso decreto ingiuntivo, il riscontro dell'emissione del provvedimento fuori dei casi previsti dalla legge comporta la revoca del provvedimento stesso, ma non esclude il potere-dovere di pronunciare sulla domanda fatta valere con il ricorso per ingiunzione, sempreché sussistano la competenza e gli altri presupposti processuali, Cass. 14 luglio 1987, n. 6132, in *Foro it.*, 1988, I, 1188, con nota di Caruso.

CAPITOLO II

Alcuni modelli “astratti” di opposizione a decreto ingiuntivo derivati dall’esperienza di altri ordinamenti

1) Il rapporto tra decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione: modelli a confronto

All’esito della rassegna sulla giurisprudenza che ha ad oggetto la struttura del rito monitorio, e specie la natura della fase di opposizione al decreto ingiuntivo, emergono indicazioni piuttosto frammentate, inidonee a corroborare una lineare ricostruzione sistematica degli istituti in esame.

Pertanto, prima di procedere al vaglio delle proposte interpretative offerte dalla dottrina, è interessante dar brevemente conto di quali potrebbero essere – in astratto – le soluzioni cui il legislatore potrebbe attingere per tracciare un coordinamento tra il decreto ingiuntivo e l’eventuale successiva fase di opposizione.

La fase di opposizione a decreto ingiuntivo potrebbe essere ricostruita, in prima battuta, secondo uno schema piuttosto elementare, ma altrettanto insoddisfacente, che vede nell’opposizione uno strumento la cui semplice proposizione pone immediatamente termine al procedimento monitorio,. Ciò comporta ovviamente che la mera opposizione “tolga di mezzo” immediatamente il decreto ingiuntivo (⁷³), e chiuda così definitivamente la

⁷³ Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit. p. 764. Cristofolini, *Processo d’ingiunzione (frammento)*, Padova, 1939, p. 30 ss.; Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, I, p. 220 ss.

porta al procedimento speciale d'ingiunzione. Proposta l'opposizione la posizione delle parti finirebbe per regredire al momento iniziale della vicenda, come se il creditore (che, ricordiamo, ha ottenuto il decreto ingiuntivo) non avesse preso alcuna iniziativa per far valere il suo diritto, L'opposizione assumerebbe così i toni di una manifestazione di volontà dell'ingiunto che contesta il decreto emanato dal giudice, impedendone il consolidamento.

Tale soluzione è permeata dall'idea che il rito speciale monitorio trova la sua ragion d'essere nel fatto che alla domanda dell'attore (il ricorso per ingiunzione) non consegua la reazione del soggetto passivo, e cioè dell'ingiunto. E invece qualora la reazione difensiva si verifichi, la condizione cui la condanna è sottoposta verrebbe definitivamente meno, e con essa l'intero edificio fino a quel momento costruito (⁷⁴).

Si tratta all'evidenza di un'ipotesi dotata di una certa suggestione, perché capace di armonizzarsi pienamente con le esigenze di garanzia del pieno rispetto del contraddittorio e di parità delle armi individuate dagli artt. 24 e 111 della nostra Carta Costituzionale, Al tempo stesso però patisce un forte limite strutturale, che in sede di concreta operatività finirebbe per ridurre di molto la fortuna dell'istituto. Se infatti l'esperimento monitorio fosse destinato a concludersi con la mera opposizione, ossia con la semplice e tempestiva dichiarazione di volontà del debitore che non accetta l'ingiunzione, l'istituto si troverebbe esposto a due trancianti critiche: da un

⁷⁴ Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, p. 69, che rileva come tale prospettiva si armonizzi con l'ipotesi, ritenuta speculare, in cui il ricorso per decreto ingiuntivo venga rigettato. In ambo i casi, secondo l'Autore, la vicenda processuale non lascerebbe sopravvivere a se stessa alcun effetto.

lato l'assoluta facilità con cui al debitore è consentito rifiutare l'ordinanza ridurrebbe ad una percentuale prossima allo zero la prognosi di successo dell'istituto. Dall'altro la definitiva chiusura dell'esperimento monitorio a seguito della mera volontà del debitore esporrebbe il procedimento a forti censure di diseconomicità.

2) *Segue*: alcune ricostruzioni della fase di opposizione secondo lo schema offerto dal modello tedesco

A tali rilievi si potrebbe dare risposta ricostruendo l'opposizione non come atto destinato semplicemente a porre nel nulla il decreto emanato *inaudita altera parte*, bensì come atto di impulso di una fase ulteriore del rito monitorio (prosecutoria o autonoma) destinata – all'esito di un procedimento capace di recuperare il contraddittorio delle parti - a statuire sul diritto di credito già oggetto del provvedimento ingiuntivo.

In questa prospettiva, più funzionale ed efficiente, benché il decreto ingiuntivo non sopravviva alla proposizione del giudizio di opposizione, il procedimento prosegue, sorretto dalla domanda di condanna formulata nell'originario atto introduttivo della fase *inaudita altera parte* ⁽⁷⁵⁾.

⁷⁵ Secondo una diversa alternativa, che verrà esaminata nelle pagine che seguono, la fase di opposizione potrebbe reggersi, anziché sulla domanda di condanna formulata con l'originario atto introduttivo della fase *inaudita altera parte*, sull'eventuale domanda di accertamento negativo dell'esistenza del credito contenuta nell'atto di opposizione al decreto ingiuntivo. Si tratta invero di una soluzione che pare difficilmente conciliabile con un sistema che riconduce alla

Ciò rappresenta senza dubbio la soluzione più lineare per chi attribuisce al giudice investito del ricorso per decreto ingiuntivo una funzione di mero controllo dell'esistenza dei presupposti speciali previsti per la concessione della tutela monitoria, e quindi una cognizione formale, che non coinvolge alcuna valutazione sull'effettiva esistenza, in capo al ricorrente, del diritto di credito per cui agisce, in quanto la concessione del provvedimento monitorio è sorretta sulla mera affermazione del credito da parte di chi agisce (c.d. procedimento monitorio *puro*).

L'opposizione del debitore ingiunto è così sufficiente a porre nel nulla un provvedimento concesso sulla base di una mera verifica dei presupposti richiesti.

Si tratta dello schema che in definitiva è stato adottato da alcuni legislatori di altri paesi, come la Germania, le cui norme subordinano la pronuncia del *Mahnbescheid* ad una verifica formale, dell'esistenza di alcuni presupposti quali la competenza dell'ufficio adito, la corrispondenza della domanda alle fattispecie previste per l'applicazione dell'istituto, l'utilizzo di appositi moduli predeterminati ⁽⁷⁶⁾; in ogni caso la pronuncia dell'avviso di

mera proposizione dell'opposizione l'eliminazione del decreto ingiuntivo. Sulla questione, peraltro, si avrà modo di tornare in maniera più diffusa nel proseguo. In questo momento giova concentrare l'attenzione non tanto sulla natura dell'azione destinata a sorreggere la fase di opposizione, quanto sulle conseguenze che riverberano dalla scelta che il legislatore compie in ordine al momento in cui il decreto ingiuntivo viene tolto di mezzo.

⁷⁶ Balbi, *Il procedimento per ingiunzione (dopo la Vereinfachungsnovelle della ZPO federale del 3 dicembre 1976)*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 348; Bronzini, *Automatismo elettronico nel nuovo decreto ingiuntivo tedesco*, in *Riv. trim. di e proc. civ.*, 1987, 733.

intimazione a pagare non è fondata sull'accertamento (e neppure sulla mera cognizione, benché sommaria) dell'effettiva fondatezza della pretesa fatta valere dal creditore, e quindi dell'esistenza del diritto di credito ⁽⁷⁷⁾. Il debitore che riceve l'avviso di intimazione a pagare può opporsi (con il c.d. *Widerspruch*), entro un termine "mobile" che decorre dalla notifica dell'intimazione fino al momento in cui il *Mahnbescheid* non sia diventato esecutivo. Il creditore non può comunque chiedere l'esecutorietà, c.d. *Vollstreckungsbescheid*, prima che siano trascorse due settimane dalla notifica dell'avviso di intimazione: nel momento in cui è emanato, e almeno fino a quando non siano trascorse due settimane dalla notifica, il *Mahnbescheid* non è mai suscettibile di essere portato ad esecuzione, neppure in via provvisoria ⁽⁷⁸⁾.

Proposta l'opposizione il decreto ingiuntivo viene subito meno, e il procedimento – abbandonata la struttura del rito speciale – prosegue secondo forme e scansioni del giudizio ordinario di cognizione ⁽⁷⁹⁾ ⁽⁸⁰⁾.

⁷⁷ Il par. 689 Abs I, Zpo prevede la possibilità di un procedimento d'ingiunzione automatico, c.d. *maschinelle Bearbeitung* che come prevede lo stesso par. 689, Abs I, permette di ottenere l'ordine di pagamento in tempi estremamente rapidi "*Bei dieser Bearbeitung sollen Eingänge spätestens an dem Arbeitstag erledigt sein, der dem Tag des Eingangs folgt*"

⁷⁸ Grunsky, voce *Processo civile (Germania)*, in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1997, p. 160.

⁷⁹ Qualora invece l'opposizione non sia tempestivamente proposta il *Mahnbescheid* acquista efficacia esecutiva al pari di una sentenza pronunciata in contumacia, come prevede il Par. 700, Abs I, Zpo.

⁸⁰ Schema analogo è adottato anche dal legislatore austriaco (Parr. 448 e ss. Zpo) che prevede (oltre ad un modello c.d. documentale, su cui si rinvia *infra*) un procedimento monitorio c.d. puro, sostanzialmente analogo a quello tedesco, e in

L'originaria domanda d'ingiunzione diventa l'atto che sorregge lo svolgimento del giudizio che si articola nelle forme del processo ordinario di cognizione ⁽⁸¹⁾. Su avviso della cancelleria (par. 697 Z.p.o.) il creditore che ha ottenuto il decreto ingiuntivo deve – entro due settimane – riversare “la sua pretesa” in un ordinario atto di citazione ⁽⁸²⁾. Seguirà, secondo le scansioni ordinarie, la comparsa di risposta del convenuto.

Tale schema permette quindi al debitore, che intenda reagire al provvedimento di condanna emanato *inaudita altera parte*, non solo la piena instaurazione del contraddittorio, ma soprattutto – mediante una semplice dichiarazione di dissenso (che, ad es., secondo la normativa tedesca andrà depositata in cancelleria) – l'immediato riallineamento delle posizioni processuali delle parti, quale presupposto per l'avvio e lo svolgimento della fase ordinaria di cognizione in cui (per la prima volta) il giudice sarà chiamato a conoscere e decidere sull'esistenza del diritto di credito.

cui l'ordine di pagamento, la cui efficacia è condizionata alla mancata opposizione, è concesso dal funzionario dell'ufficio giudiziario (*Rechtspfleger*) su mera istanza del creditore, che non è tenuto a dar prova dei fatti costitutivi della domanda. Se il debitore si oppone con atto scritto o dichiarazione a verbale (par. 451 Zpo), l'ingiunzione perdere ogni efficacia; e il procedimento prosegue secondo forme e tempi previsti per il giudizio di cognizione ordinario [Balbi, voce *Ingiunzione (procedimento di)*, cit., p.2].

⁸¹ Ronco, *op. ult. cit.*, p. 10

⁸² Il Par 696 Z.p.o. prevede che qualora il debitore sollevi opposizione il giudice che ha emanato il decreto ingiuntivo provveda d'ufficio al deposito della causa presso il giudice designato dal decreto ingiuntivo, o al giudice concordemente individuato dalle parti. A quel punto, ai sensi del Par. 697 Z.p.o, la cancelleria invita il richiedente a spedire la sua pretesa entro due settimane con un ordinario atto di citazione.

La soluzione ora illustrata si mostra coerente e funzionale non solo nell'ipotesi in cui il giudice investito del ricorso per decreto ingiuntivo sia chiamato alla verifica dei soli presupposti formali, e quindi nei casi di procedimento monitorio c.d. *puro*, ma anche quando la concessione della condanna *inaudita altera parte* sia subordinata all'esistenza di una prova scritta dei fatti costitutivi del diritto di credito (c.d. procedimento monitorio *documentale*)⁽⁸³⁾.

Anche in tal caso il decreto ingiuntivo potrebbe non andar oltre il ruolo di semplice strumento in grado di giungere – in tempi brevi – alla formazione di un titolo esecutivo, e dunque si tratterebbe pur sempre di un provvedimento emanato all'esito di un procedimento speciale che si svolge *inaudita altera parte*, e che – in quanto tale - non consente un giudizio idoneo all'accertamento sul rapporto allegato con il ricorso, quanto piuttosto

⁸³ L'ordinamento tedesco conosce, oltre al procedimento monitorio puro – di cui si sono brevemente accennate le caratteristiche principali -, anche il procedimento cautelare c.d. *documentale*, che (perlomeno relativamente a quanto noi interessa) non diverge di molto dal primo, se non per il fatto che, come dice il nome stesso, la pronuncia dell'ingiunzione si basa sulla prova scritta dei fatti costitutivi del diritto. In ogni caso anche qui il *Mahnbescheid* non potrà mai essere munito di efficacia esecutiva provvisoria e, se opposto, è destinato a cadere. La peculiarità rispetto all'altra figura (monitorio puro) sta invece nel fatto che l'opposizione dell'intimato trasforma il procedimento monitorio in un processo documentale disciplinato dai Parr. 592 e ss. Zpo. Pertanto, pendente il giudizio di opposizione, il creditore potrà ottenere, nelle more dell'esame delle difese avversarie, un titolo esecutivo idoneo a promuovere l'esecuzione forzata (Par. 703 a) Z.p.o., 4. *beschränkt sich der Widerspruch auf den Antrag, dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten, so ist der Vollstreckungsbescheid unter diesem Vorbehalt zu erlassen. Auf das weitere Verfahren ist die Vorschrift des § 600 entsprechend anzuwenden*).

– per usare le parole di Satta – andrebbe configurato come una normativa senza giudizio (⁸⁴). Lo schema tedesco risulta quindi prezioso, in particolare per chi ritenga che la cognizione che si svolge nella fase prodromica all’emanazione del decreto, senza quindi poter conoscere le eventuali, ma non per questo meno probabili, difese del debitore, non possa – anche quando trovi il conforto della prova scritta dei fatti dedotti dal ricorrente – ritenersi espressione di giudizio, e quindi condurre all’accertamento.

Pertanto la condanna *inaudita altera parte* trova la sua ragion d’essere nella speranza che il debitore ingiunto non reagisca al provvedimento, opponendosi; il che si traduce - nella prospettiva di una tutela costituzionalmente garantita all’ingiunto - nell’esigenza di condizionare sospensivamente tale condanna alla mancata opposizione (⁸⁵). Tutto ciò, rovesciato in negativo, conferma la coerenza sistematica della soluzione proposta, in cui l’atto di opposizione al decreto ingiuntivo è da solo sufficiente a far perdere efficacia alla condanna monitoria.

Ora, proposta l’opposizione e quindi, secondo l’opzione illustrata, posto nel nulla il decreto ingiuntivo, è possibile in astratto innestare la prosecuzione del giudizio sull’esistenza del credito ponendovi alla base due diverse domande: una domanda di accertamento negativo dell’esistenza del credito oppure un’azione di condanna al pagamento della somma per cui era stato emanato il decreto ingiuntivo (⁸⁶).

⁸⁴ Satta, *Commentario al Codice di procedura civile*, IV, I, *cit.*, p. 5 e ss.

⁸⁵ Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, *cit.*, 75.

⁸⁶ Non sembra invece ipotizzabile una terza via, capace di ricondurre all’atto di opposizione funzione impugnatoria del decreto ingiuntivo, tenuto conto che alla mera opposizione consegue l’immediata efficacia caducatoria del decreto. Pertanto

Nel primo caso è gioco forza ricostruire l'atto di opposizione non (solo) quale mera contestazione della pretesa azionata nelle forme del rito monitorio, ma anche quale atto con cui l'ingiunto propone una domanda di accertamento negativo dell'esistenza del credito. Pertanto l'opposizione comporterebbe l'immediata caducazione del decreto ingiuntivo emanato e l'avvio, su impulso della domanda articolata dall'opponente, di un ordinario giudizio di cognizione avente ad oggetto l'accertamento negativo dell'esistenza del credito. Il che significa, però, che la sentenza emanata al termine di quel giudizio dovrà – in ogni caso – “rimpiazzare” il decreto ingiuntivo. La conclusione potrebbe, sotto il profilo pratico, non evidenziare alcun inconveniente nell'ipotesi in cui in sede di opposizione fosse accertata l'inesistenza del diritto di credito. Non così, invece, nel caso opposto, in cui la sentenza accertasse l'esistenza di quel credito. Qui il creditore, (resistente nel giudizio di opposizione), privato del decreto ingiuntivo a causa dell'opposizione, rimarrebbe comunque sprovvisto di un titolo esecutivo che gli consenta di attivare il processo d'esecuzione, proprio perché la sentenza resa all'esito del giudizio svolto in contraddittorio tra le parti non può che dar luogo ad una sentenza di mero accertamento, Chi scegliesse dunque tale

risulterebbe quantomeno contraddittoria una ricostruzione del giudizio di opposizione sul modello di un'impugnazione, che avesse ad oggetto la revisione, o comunque la sostituzione, del precedente provvedimento giurisdizionale che – nel caso di specie – è venuto meno fin dalla proposizione del reclamo. Pare dunque doversi concludere che nella prospettiva delineata la vicinanza al modello dell'impugnazione non possa (eventualmente) andar oltre una certa somiglianza delle modalità di proposizione dell'atto introduttivo del giudizio d'opposizione, ma non certamente del successivo giudizio (Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., p. 80).

opzione difficilmente potrebbe sottrarsi alle censure che evidenziano l'incapacità del rito monitorio di tutelare adeguatamente le ragioni del creditore opposto, annacquate in un procedimento eccessivamente lungo e poco efficace.

L'obiezione potrebbe allora essere superata con un piccolo correttivo, e cioè ammettendo che tale giudizio sia in grado di pervenire alla formazione di un titolo esecutivo quando il creditore-convenuto proponga domanda riconvenzionale nei confronti del debitore ingiunto, chiedendone la condanna. Benché tale possibilità appaia innegabilmente preziosa, la stessa risulta in realtà poco soddisfacente, perché subordina all'iniziativa di parte la funzionalità di un istituto dalla disciplina claudicante.

In alternativa, come sopra accennato, la fase di opposizione al decreto ingiuntivo potrebbe essere ricostruita quale *giudizio retto sull'originaria azione monitoria*. E così, tolto di mezzo il decreto ingiuntivo in conseguenza dell'opposizione, il procedimento abbandona la forma del rito speciale e prosegue – secondo le scansioni e i modi del giudizio ordinario di cognizione – per statuire sull'originaria domanda di condanna con cui il creditore ha avviato il procedimento monitorio.

Ciò presuppone però che azione monitoria e azione di condanna non presentino elementi differenziali tali da impedire che la prima possa reggere il giudizio di cognizione che si apre in seguito all'opposizione, o che – in altri termini – con il ricorso per decreto ingiuntivo il creditore eserciti, sia pur con forme speciali, la medesima azione di condanna che, qualora l'avesse preferito, avrebbe potuto esercitare attraverso un ordinario processo

di cognizione. Mi pare che questa strada possa essere percorsa attraverso tre sentieri diversi, rastremabili però, in ultima analisi, a due.

Il primo prevede che la domanda di condanna contenuta nell'originario ricorso monitorio acquisti, in seguito all'opposizione (e senza soluzione di continuità), il ruolo di atto d'impulso del giudizio di cognizione. Il che significa, applicando le scansioni ordinarie del giudizio di cognizione, che l'originario ricorso monitorio funge anche da atto introduttivo della fase successiva, mentre l'atto di opposizione al decreto ingiuntivo assorbe la funzione di comparsa di risposta. Il modello, tuttavia, non pare soddisfacente né sotto il profilo teorico, né sotto quello pratico, perché non tiene conto delle peculiarità cui è informata la fase ingiuntiva in senso stretto: Pur ammettendo che il procedimento d'ingiunzione sia un processo speciale di cognizione, nel quale l'esercizio in forme speciali di un'ordinaria azione di cognizione provoca la pronuncia di un provvedimento giurisdizionale ⁽⁸⁷⁾ ⁽⁸⁸⁾, non può negarsi che l'azione "monitoria" presenti indubbi elementi differenziali rispetto all'azione di condanna che si esercita in un giudizio ordinario, tali da impedire la mera prosecuzione - sulla base dell'azione ingiuntiva - del procedimento nelle forme del rito ordinario ⁽⁸⁹⁾.

⁸⁷ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 19 e ss.; Frus, *Pendenza della lite, tutela cautelare e procedimento monitorio*, cit., p. 562 e ss.

⁸⁸ L'assunto peraltro non trova ostacoli se applicato al processo monitorio c.d. documentale, ove il giudice controlla i presupposti dell'ordine di pagamento, incontra invece alcune difficoltà nell'ipotesi di procedimento monitorio puro, in cui la cognizione del giudice risulta notevolmente ristretta, si veda Carnelutti, *Nota intorno alla natura del processo monitorio*, cit. p. 270.

⁸⁹ Basti pensare che la domanda proposta con il ricorso per ingiunzione ha un *petitum* immediato diverso dall'azione di condanna che si esercita nel giudizio

Pertanto il modello proposto può funzionare solo a patto che il legislatore preveda un meccanismo che, in conseguenza dell'opposizione, consenta al creditore di riallineare e carburare la propria domanda, come accade, ad esempio, nell'ordinamento tedesco laddove, ai sensi del Par. 697 Z.p.o. la cancelleria dell'ufficio giudiziario al quale è rimessa la controversia in conseguenza dell'opposizione all'ordine di pagamento, invita il creditore a depositare entro due settimane un atto di citazione illustrativo della propria pretesa, che segna l'avvio del giudizio ordinario (⁹⁰). Segue poi la comparsa di risposta del debitore.

In alternativa, richiamando una nota costruzione proposta da un'autorevole dottrina (Andrioli e Segni), si potrebbe ipotizzare che con il ricorso il creditore eserciti in realtà due azioni: una speciale, tesa ad ottenere la pronuncia del decreto ingiuntivo, ed una "ordinaria" di condanna del debitore alla condanna della medesima prestazione, quest'ultima condizionata alla proposizione dell'opposizione da parte del debitore ingiunto. Pertanto fin dal momento del deposito del ricorso penderebbe (sia pur sospensivamente condizionato) anche il giudizio ordinario di condanna, che verrebbe poi "attivato" dall'eventuale opposizione, mentre invece rimarrebbe definitivamente precluso qualora l'opposizione non venisse poi proposta. Come è stato osservato in dottrina l'opposizione funzionerebbe, al tempo stesso, come condizione sospensiva rispetto all'azione ordinaria di

ordinario, perché teso ad ottenere un ordine di pagamento, e non invece una sentenza.

⁹⁰ Si rinvia alla nota *sub* 82

condanna già proposta dal creditore fin dal momento della presentazione del ricorso, ma anche come condizione risolutiva dell'efficacia del decreto (⁹¹).

3) *Segue: e quelle di matrice francese e austriaca*

Le ricostruzioni in astratto fino ad ora proposte del rapporto tra provvedimento ingiuntivo e l'eventuale e successiva fase di opposizione, condividono, quale *leit motive*, l'immediata caducazione del decreto quale conseguenza diretta della mera proposizione dell'opposizione.

Resta dunque da delineare la struttura della fase di opposizione nell'ipotesi inversa, in cui il decreto venga eliminato in una fase successiva, e cioè in sede di pronuncia sull'opposizione stessa.

Si tratta, all'evidenza, di una prospettiva che permette al decreto ingiuntivo di esplicare i propri effetti – almeno tendenzialmente – anche durante la pendenza della fase di opposizione, e così fino a quando non sopraggiunga la relativa sentenza. Nell'ipotesi poi, in cui quel giudizio non giunga a porre capo ad una sentenza, e così si estingua, il decreto diverrà definitivamente stabile. È dunque una soluzione che mal si concilia con la figura del procedimento monitorio c.d. puro, subordinato alla mera dichiarazione - contenuta in moduli o formulari, o secondo le forme previste dal legislatore - dell'esistenza del credito, perché riconosce ad un provvedimento del giudice, emanato *inaudita altera parte*, e privo di qualsiasi attività cognitiva sull'esistenza del credito (proprio perché emanato sulla base della mera

⁹¹ Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 771

dichiarazione del presunto creditore), la possibilità di produrre effetto anche quando, recuperato il contraddittorio tra le parti, l'ingiunto si sia opposto. Soluzione che quindi stride fortemente con l'esigenza di consentire all'ingiunto un pieno ed immediato recupero delle proprie possibilità di difesa, qui fortemente compresse perché condizionate dalla (permanente) efficacia di un provvedimento che, per sua stessa natura, non ha radici che permettano di resistere alla mera opposizione dell'ingiunto.

Questa conclusione potrebbe invece tendenzialmente non valere nella diversa ipotesi in cui l'emanazione del decreto ingiuntivo sia subordinata alla cognizione (benché sommaria) del giudice, chiamato ad esaminare le prove del diritto fatto valere dal ricorrente (⁹²). In tal caso il decreto avrebbe, secondo la tesi che ci pare preferibile, la natura di un provvedimento di condanna emanato all'esito di una cognizione sommaria; la sua eventuale eliminazione potrebbe così essere ricondotta dal legislatore non alla mera opposizione dal parte dell'ingiunto (come si è visto fino ad ora), bensì – secondo gli schemi che verranno esaminati – alla sentenza emanata dal giudice dell'opposizione.

Così accade nell'ordinamento austriaco, che conosce un modello di procedimento monitorio documentale (il *Mahndatsverfahren*, disciplinato dai Parr. 548 e ss Zpo), che si discosta in maniera significativa da quello documentale tedesco (citato nel paragrafo precedente), in quanto la mera opposizione non pone nel nulla il decreto già concesso, che rimane in vita

⁹² Sulla questione si rinvia sub Paragrafo. 2) del Cap. I.

fino a quando venga pronunciata la sentenza di conferma, revoca o modifica del provvedimento ingiuntivo (⁹³).

Soluzione analoga è utilizzata anche dal legislatore francese, che agli artt. 1405 e ss. del *Nouveau Code de procedure civile* prevede una fase monitoria in cui il giudice è chiamato a valutare la fondatezza della domanda d'ingiunzione, esaminando i documenti giustificativi che il creditore è tenuto a depositare (⁹⁴). Pendente l'opposizione il decreto ingiuntivo rimane comunque in vita, e in caso di estinzione del giudizio diventa esecutiva e definitivamente stabile (art. 1423 n.c.p.c.). La sentenza resa sul giudizio di opposizione al decreto si sostituisce, in ogni caso, all'ingiunzione di pagamento, come prevede l'art. 1420 n.p.c.p. per cui "*le jugement du tribunal se substitue à l'ordonnance portant injonction de payer*".

Ora, ripercorrendo - alla luce di questa diversa opzione - lo schema già proposto, la fase di opposizione potrebbe, in primo luogo, investire il

⁹³ Schima, *Oggetto del processo e concretizzazione della procedura nell'ordinamento austriaco*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, 298, Balbi, *op. e loc. ult. cit.*; Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., p. 16; Koenig, *La Zpo austriaca dopo la novella del 1983*, in *Riv dir. proc.*, 1988, 716

⁹⁴ L'art. 1405 n.c.p.c. prevede che "*La créance a une cause contractuelle ou résulte d'une obligation de caractère statutaire et s'élève à un montant déterminé ; en matière contractuelle, la détermination est faite en vertu des stipulations du contrat y compris, le cas échéant, la clause pénale.*

L'engagement résulte de l'acceptation ou du tirage d'une lettre de change, de la souscription d'un billet à ordre, de l'endossement ou de l'aval de l'un ou l'autre de ces titres ou de l'acceptation de la cession de créances conformément à la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises".

Il ricorso per decreto ingiuntivo deve poi, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 1407 n.c.p.c., "*Elle est accompagnée des documents justificatifs*".

giudice di *un autonomo processo di cognizione*, volto all'accertamento negativo dell'esistenza del credito. In tal caso la sentenza con cui il giudice si pronuncia sull'esistenza del credito sarebbe comunque destinata ad eliminare, o a sostituire, il decreto ingiuntivo, e ciò indipendentemente dal contenuto di accoglimento o rigetto della sentenza. Quindi anche quando il giudice dell'opposizione accerti l'esistenza del credito per cui era stato concesso il decreto, e quindi "rigetti" l'opposizione, rimarrebbe unicamente tale sentenza, e non anche il decreto opposto, a regolare la situazione sostanziale tra le parti. Se così non fosse, accordato al decreto ingiuntivo opposto carattere "decisorio", non si comprenderebbe come possa conciliarsi la sopravvivenza del decreto ingiuntivo con l'emanazione della sentenza che accerta l'esistenza del diritto, dovendosi in tal caso ravvisare la carenza del potere giurisdizionale in capo al giudice; potere consumato dalla stabile permanenza del decreto ingiuntivo.

In conseguenza del venir meno del decreto ingiuntivo, in seguito alla pronuncia sulla domanda di accertamento negativo dell'esistenza del credito, si verificherebbe una situazione del tutto simile a quella già sopra delineata, e cioè il venir meno del titolo esecutivo, pur nel caso in cui sia accertata l'esistenza del diritto ⁽⁹⁵⁾.

Quale seconda possibilità si potrebbe pensare, come già ipotizzato, che con la proposizione del ricorso per decreto ingiuntivo il creditore eserciti in realtà due azioni: quella speciale, volta ad ottenere il provvedimento ingiuntivo, e quella ordinaria di condanna, condizionata alla proposizione

⁹⁵ Sull'*impasse* che ne deriva e sui "correttivi" ipotizzabili si rinvia a quando poco sopra esposto.

dell'opposizione. Lo schema, come detto, è stato illustrato nelle pagine che precedono, ma rimane ora da esaminare come esso possa essere armonizzato con l'opzione che riconduce il venir meno del decreto alla sentenza resa sul giudizio di opposizione. In tal caso è possibile, diversamente da quanto accade nell'ipotesi in cui il giudizio di opposizione si regga sulla domanda di accertamento negativo dell'esistenza del diritto, che il processo arrivi alla formazione di un nuovo titolo esecutivo, la sentenza appunto. Anche in questo caso, però, la sentenza resa sull'impugnazione è comunque destinata a "eliminare" il decreto ingiuntivo, ed è pertanto difficile ammettere la possibilità che il creditore possa proseguire l'azione esecutiva - eventualmente intrapresa in virtù della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo - utilizzando il nuovo titolo esecutivo. Con la conseguenza che l'eventuale processo esecutivo già pendente sarebbe destinato all'estinzione. Pertanto la sentenza, questa volta di condanna, emanata all'esito del giudizio di opposizione, potrà certamente consentire l'avvio dell'esecuzione forzata per la soddisfazione della condanna in essa contenuta (e che ha, perlomeno sotto questo profilo, la medesima latitudine del precedente decreto opposto) ma non permetterà di "far salvi" quegli atti esecutivi già compiuti sulla base del decreto ingiuntivo.

Pertanto, anche la prospettiva di ricostruire il giudizio di opposizione come autonoma domanda di condanna, incardinata sull'originario ricorso depositato dal creditore per ottenere il provvedimento monitorio, appare non del tutto soddisfacente, e poco adatta a delineare uno strumento che sappia coniugare, nel rispetto dei diritti delle parti, le reciproche esigenze.

Resta ora da affrontare un'ultima opzione, che presenta a prima vista tratti di maggior linearità con la prospettiva in esame di un decreto ingiuntivo non destinato a venir meno con la mera proposizione dell'opposizione. Si tratta della possibilità di individuare il coordinamento tra decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione costruendo quest'ultima come una vera e propria impugnazione del decreto stesso. Ora (ma sulla questione si avrà modo di tornare più diffusamente oltre) vi sono, in sostanza, almeno due modi per ricostruire la fase di opposizione in chiave impugnatoria, secondo lo schema che distingue le impugnazioni a carattere sostitutivo da quelle a carattere rescindente ⁽⁹⁶⁾. Le prime, che nel nostro ordinamento trovano il loro modello paradigmatico nel giudizio d'appello, conducono ad una sentenza che ridefinisce integralmente la causa pendente (per la parte impugnata), ripronunciandosi sullo stesso oggetto della sentenza di primo grado. Quindi una nuova decisione sulla domanda, destinata a prendere il posto della sentenza impugnata, e a sovrapporsi in ogni caso a quest'ultima, a prescindere dall'esito del giudizio, e cioè sia in ipotesi di sentenza di rito, che riscontra la carenza dei presupposti processuali, sia di merito, che accoglie o rigetta la domanda. L'oggetto dell'impugnazione può essere – a seconda delle opzioni cui il legislatore preferisce accedere – esattamente lo stesso su cui si è pronunciato il giudice con la sentenza di primo grado, oppure può essere allargato fino a ricomprendere nuovi fatti, financo nuove

⁹⁶ Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009, p. 358; Cerino Canova (Cerino Canova e Consolo), voce *Impugnazioni*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1995, p. 5; Attardi, *La revocazione*, Padova, 1959, p. 56 e ss.

eccezioni. In ogni caso però non assume mai la struttura di un giudizio di revisione e controllo della sentenza resa dal giudice di *prime cure*.

Trasferendo ora quanto detto nell'ambito del procedimento monitorio, si avrà che il giudice dell'opposizione investito della controversia è chiamato a decidere sulla domanda di condanna proposta dal creditore ricorrente all'esito del giudizio in contraddittorio tra le parti, senza svolgere tuttavia alcuna attività di controllo in ordine alla validità del decreto ingiuntivo. La sentenza sull'opposizione – sia essa di rito (ad es. riscontra il difetto di legittimazione ad agire in capo al creditore ricorrente) o di merito – va a sostituire il decreto impugnato. E così qualora il giudice dell'opposizione ritenesse infondata la pretesa del creditore, accoglierà l'opposizione, pronunciando una sentenza di accertamento dell'inesistenza del diritto fatto valere dal ricorrente.

Qualora invece lo stesso giudice ritenesse fondato il credito dedotto dal ricorrente, rigetterà l'opposizione con una sentenza di condanna che andrà a sostituirsi al decreto ingiuntivo. Analoga soluzione si avrebbe nel caso in cui il giudizio di opposizione fosse accolto solo in parte: la relativa sentenza costituirebbe l'unico titolo esecutivo utilizzabile dal creditore.

L'altro schema di impugnazione, c.d. *rescindente*, prevede invece una prima fase volta a consentire un riesame della pronuncia impugnata. Qualora poi il giudice riscontri l'effettiva esistenza di vizi, annullerà la sentenza. A quel punto la causa potrà proseguire avanti allo stesso, o a quello eventualmente previsto dalla norma, per lo svolgimento della fase c.d. rescissoria, in cui la causa viene nuovamente decisa nel merito. Le due fasi (*rescindente* e

rescissoria) possono dar luogo a momenti distinti o svolgersi senza soluzione di continuità.

Si tratta, come fin da subito emerge, di uno schema che colora l'impugnazione come attività di controllo, di riesame della sentenza di *prime cure*. Riesame che il giudice dell'impugnazione compie alla luce delle censure fatte valere da chi impugna, e che per solito rientrano in un catalogo tipizzato e ristretto di motivi che configurano il rimedio in esame come impugnazione a critica vincolata (⁹⁷).

Il rapporto tra decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione potrebbe allora essere ricostruito dal legislatore come impugnazione a carattere rescindente. Quindi (solo) nell'ipotesi in cui il giudice dell'opposizione ritenesse fondate le censure articolate dall'opponente, il decreto verrebbe annullato e seguirebbe il giudizio sulla fondatezza della domanda fatta valere dal creditore.

⁹⁷ Benché l'impugnazione a carattere rescindente sia fisiologicamente conformata ad un riesame a critica vincolata, ossia per motivi tassativamente previsti dal legislatore, non paiono esservi ragioni di ordine sistematico per negare che anche un'impugnazione rescindente possa ammettersi per una serie illimitata di motivi. Si veda in proposito Attardi, *La revocazione*, cit., p. 55; Tavormina, *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990, p. 114. La possibilità di ricostruire l'impugnazione rescindente come rimedio aperto ad ogni motivo di censura rischia però di annacquare i contorni, compromettendone la peculiare funzione che, come ricorda Cerino Canova, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 444, è quella di provocare un riesame su vizi che toccano direttamente la possibilità del gravame di realizzare il suo carattere peculiare, ovvero la loro riparazione possa essere compiuta solo nel grado precedente.

Ciò potrà accadere in presenza di una variegata serie di vizi del decreto ingiuntivo. E così ad esempio qualora il creditore avesse ottenuto il decreto ingiuntivo fuori dai casi previsti (e così fuori da c.d. presupposti speciali), il giudice dell'opposizione, una volta eliminato il decreto, provvederà a decidere la domanda nel merito. Diversamente l'opposizione verrebbe rigettata e il decreto ingiuntivo acquisterebbe definitiva stabilità e, qualora già non l'avesse, efficacia esecutiva.

Ma lo schema dell'opposizione a decreto come strumento a carattere rescindente incontra l'esigenza di contemperare contrapposte esigenze, e così di plasmare lo strumento impugnatorio a quella che risulta essere la peculiarità forse più significativa della fase di opposizione a decreto ingiuntivo, e cioè la necessità di consentire una cognizione piena, nel rispetto del contraddittorio. Sotto questo profilo lo strumento rescindente si discosta pertanto dallo schema classico di fase di riesame del provvedimento impugnato per acquistare un coefficiente integrativo della fase monitoria in senso stretto.

In conseguenza di ciò il debitore ingiunto potrebbe dolersi della mancanza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione, ma anche della mancanza dei presupposti c.d. speciali richiesti per la concessione del decreto ingiuntivo, fino a ricomprendere l'eventuale difformità della situazione risultante nella sentenza stessa non solo rispetto a quella effettiva esistente al momento della pronuncia, bensì addirittura rispetto a quella esistente al momento del controllo.

Quello della possibilità di svincolare l'impugnazione rescindente dalle strette maglie cui è generalmente ricondotta, pare pertanto essere la

condizione necessaria per conferire tale struttura al giudizio di opposizione al decreto.

Da ultimo, continuando ad utilizzare lo schema delle impugnazioni, il legislatore potrebbe ricostruire il giudizio di opposizione come un'impugnazione tesa a provocare la sola fase rescindente. Nel caso in cui il giudice riscontri il vizio dedotto dall'opponente provvede ad annullare il decreto, senza poi procedere ad accertare l'esistenza del diritto per cui era stato concesso il decreto. Si tratta, in definitiva, di un'impugnazione che ricorda l'istituto della *querela nullitatis* che esisteva un tempo nel diritto comune ⁽⁹⁸⁾. Pertanto annullato il decreto ingiuntivo il creditore, qualora ritenesse comunque fondato il proprio credito, non avrebbe altra via che dare impulso ad una nuova azione di condanna, senza alcuna possibilità di "proseguire" il procedimento già avviato con il rito monitorio, e conseguentemente perdendo anche eventuali effetti (sostanziali e processuali) riconducibili a quella domanda.

Si tratta, a ben vedere, di una prospettiva poco convincente, e che per certi versi patisce le medesime critiche rivolte (sopra) alla possibilità di ricostruire il giudizio di opposizione come manifestazione di volontà

⁹⁸ Calamandrei, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 112 e ss., ricorda come il rimedio processuale della *querela nullitatis* fosse esperibile contro le sentenze nulle, ossia viziate da difetto di attività (c.d. *error in procedendo*). Si trattava peraltro di un modello che solo anticamente veniva applicato in modo che il giudice della querela di nullità dovesse limitarsi ad annullare la sentenza viziata [*cassare sententiam, reservato iure apte agendi*] ma che poi, con il tempo, finì per estendere al rimedio anche un effetto devolutivo, per cui annullata la sentenza, il giudice provvedeva a pronunciare una nuova sentenza.

necessaria e sufficiente a porre nel nulla il decreto, senza innestare alcuna fase successiva tesa all'accertamento del diritto contestato.

Si aggiunga che, nella prospettiva in esame, quelle critiche – sostanzialmente incardinate attorno alla violazione del principio di economia processuale - trovano ulteriore amplificazione, in quanto le censure al decreto ingiuntivo non “bastano” a porre nel nulla lo stesso, ma avviano un procedimento teso alla verifica della nullità allegata e all'eliminazione del decreto, comportando così un'ulteriore attività.

Da ultimo si aggiunga che lo stesso istituto della *querela nullitatis* è stato informato, nel tempo, ai principi descritti, provvedendo così “*ne gaudeant cavillosi advocati qui frequenter conatur per talis nullitatis effectum...causam reducere ad primum statum, ut habeant novum salarium...devolvit negotium ad cognitionem iudicis superioris ad instar appellationis*”⁽⁹⁹⁾.

4) Prime conclusioni

A chiusura di questa breve rassegna sulle diverse ipotesi ricostruttive da cui in astratto, e cioè a prescindere dall'interpretazione delle norme approntate dal legislatore italiano, potrebbe derivarsi il rapporto tra la fase monitoria in senso stretto e l'eventuale giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, già emergono alcuni profili guida particolarmente utili a dissodare il campo, non tanto sotto il profilo della tenuta delle ricostruzioni di volta in volta

⁹⁹ Calamandrei, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, cit., p. 112

proposte dalla dottrina (che andrà misurata con la disciplina positiva del codice di rito), quanto più sotto quello della coerenza sistematica e della funzionalità della prospettiva tracciata.

Emerge, in prima battuta, un'alternativa che si pone quale scelta di fondo, che è data dalla possibilità che la mera opposizione caduchi immediatamente il decreto, oppure che lo stesso possa restare travolto all'esito del giudizio di opposizione. A sua volta la preferenza, verso la prima o la seconda ipotesi, è poi in larga parte condizionata dalla tipologia di procedimento monitorio cui la disciplina è informata: se il decreto ingiuntivo è concesso sulla base della mera allegazione del credito (c.d. procedimento monitorio *puro*) all'opposizione è tendenzialmente riconosciuto l'effetto di porre immediatamente nel nulla il decreto ingiuntivo. Ciò in virtù di una fisiologica esigenza di restaurare il principio di "*parità delle armi*" tra le parti: e giocoforza ritenere che se il decreto viene concesso a semplice richiesta del creditore, la corrispondente volontà di opporsi dell'ingiunto dovrà necessariamente avere un effetto uguale e contrario, e quindi provocare la rimozione del decreto (¹⁰⁰).

Se invece il procedimento monitorio prevede quale condizione necessaria la prova scritta dell'esistenza del credito (c.d. procedimento monitorio documentale) allora non è escluso che il decreto ingiuntivo sopravviva alla fase di opposizione, e, in un difficile e delicato rapporto di equilibrio e garanzie a tutela dell'ingiunto, possa financo mantenere provvisoriamente gli effetti esecutivi.

¹⁰⁰ In questa direzione si vedano le osservazioni di Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., p. 68 e ss.

In entrambi i casi (che il decreto venga travolto o meno dall'avvio del giudizio di opposizione) non pare fin d'ora che la possibilità di ricostruire il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo come autonomo giudizio di accertamento negativo dell'esistenza del credito possa rappresentare un'opzione valida, perché – come si è detto – difficilmente conciliabile con l'esigenza primaria sottesa al procedimento monitorio, che è la possibilità di ottenere un titolo esecutivo (già all'esito della fase inaudita altera parte, o comunque con la sentenza che decide sull'opposizione).

Più interessante e concreta appare la diversa alternativa di porre a fondamento della fase di opposizione un'azione di condanna, a patto che il legislatore appronti una disciplina *ad hoc* di raccordo tra fase di ingiunzione in senso stretto e giudizio di cognizione, nel senso di sviluppare la fase di opposizione quale giudizio sulla domanda proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, oppure sulla domanda che al creditore spetta proporre con ordinario atto di citazione in conseguenza dell'opposizione manifestata dal debitore, così come prevede la soluzione adottata dal legislatore tedesco (¹⁰¹).

La rassegna si chiude con la possibilità di ricostruire la fase di opposizione come impugnazione del decreto ingiuntivo. Si tratta, come già detto, di una prospettiva che trova ragionevolmente applicazione per l'ipotesi in cui l'annullamento del decreto non venga ricondotto alla mera opposizione ma consegua, secondo lo schema alternativo proprio delle impugnazioni sostitutive o di quelle rescindenti, alla sentenza resa all'esito dell'opposizione. Solo così il parallelo tra opposizione a decreto ingiuntivo

¹⁰¹ Si rinvia alle osservazioni già svolte sub. Par. 2) di questo Capitolo.

e impugnazione permetterebbe di individuare una disciplina comune, che trova radici sullo stesso terreno: l'esigenza di approntare un rimedio per far valere la ritenuta invalidità o ingiustizia del provvedimento censurato, e quindi la sua eliminazione.

Peraltro, come si avrà modo di dire nei paragrafi che seguono, l'assimilazione dei citati istituti va temperata con le peculiarità cui gli stessi risultano informati, e non consente – diffettandone in parte i presupposti – di giungere ad una assoluta sovrapposizione delle due figure. La fase monitoria in senso stretto, anche nell'ipotesi di procedimento d'ingiunzione *c.d. documentale*, dà luogo pur sempre (diversamente da quanto accade in un giudizio ordinario di primo grado) ad una fase di cognizione sommaria che si svolge *inaudita altera parte*, e la cui impugnazione rappresenta a ben vedere il primo momento utile per instaurare il contraddittorio tra le parti, e permettere così all'ingiunto di articolare difese ed eccezioni.

Ciò potrebbe comportare alcuni “adattamenti”, e incidere sulla disciplina della fase introduttiva del giudizio di opposizione, ma anche sullo stesso contenuto dell'atto di opposizione, e sull'efficacia del decreto ingiuntivo *medio tempore* impugnato (¹⁰²).

¹⁰² Al riguardo una parte della dottrina (Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., p. 65 e ss.) segnala come non del tutto equa la soluzione legislativa che ricalca la disciplina prevista per le impugnazioni e prevede che l'opposizione venga avviata con la notifica dell'atto di citazione, e successiva iscrizione della causa al ruolo, a cura dell'ingiunto, così esposto ad una situazione di ingiustificata disparità di trattamento normativo rispetto al convenuto nell'ordinario giudizio di condanna. Il Ronco richiama, quale modello più equo e lineare, quello proposto dal legislatore tedesco, ove le attività propedeutiche all'instaurazione della fase di

In ogni caso quel che fin da subito emerge è che per quanto si è detto all'opposizione non potrà comunque assegnarsi il ruolo di revisione a critica vincolata del decreto ingiuntivo – come accade in genere per le impugnazioni rescindenti -, né di giudizio tendenzialmente chiuso ai *nova*, e così all'introduzione di nuove domande e nuove prove (come accade, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., per il giudizio d'appello). Al tempo stesso bisogna ricordare che tali caratteristiche non rivestono il ruolo di profili essenziali e caratterizzanti il rimedio impugnatorio, e così non rappresentano un passaggio obbligato per il collaudo della fase di opposizione a decreto ingiuntivo in chiave di impugnazione.

opposizione a decreto ingiuntivo sono affidate all'ufficio giudiziario. In alternativa dovrebbero incombere sull'originario ricorrente.

CAPITOLO III

La struttura del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo nelle ricostruzioni elaborate dalla dottrina

1) Premessa

La rassegna sulla giurisprudenza che si è svolta nel capitolo I non consente di individuare, con sufficiente chiarezza, alcune linee guida tali da ricostruire il rapporto tra decreto ingiuntivo e fase di opposizione, ma invero induce a ritenere che l'argomento in esame rappresenti per lo studioso un terreno magmatico, da cui sia difficile trarre indicazioni univoche.

Si è detto come le pronunce che si sono occupate della questione lascino emergere un quadro piuttosto frammentato del rapporto tra decreto ingiuntivo e opposizione, teso principalmente a sciogliere alcuni nodi legati a singoli profili di quel rapporto, senza ampliare il campo d'indagine ad una valutazione sistematica della struttura del giudizio di opposizione.

Non vi sono, in definitiva, elementi che consentano di individuare un *“diritto giurisprudenziale vivente”* capace di definire il problema, e pertanto il metodo d'indagine va confinato nell'ambito del diritto positivo, e delle letture che di esso propone la dottrina, il cui esame consente, in prima battuta, di rilevare molteplici e differenti letture delle norme descritte nel paragrafo che precede.

Tali ricostruzioni verranno per chiarezza espositiva accorpate e trattate secondo uno schema che individua in sostanza quattro filoni principali,

all'interno dei quali saranno evidenziati i tratti comuni e quelli peculiari di ogni "sottoinsieme".

Quello che segue è il quadro sinottico delle opinioni fondamentali elaborate dalla dottrina, e che verranno nei paragrafi che segue prese singolarmente in esame.

Il primo orientamento, ormai risalente e che in realtà risulta aver incontrato scarso consenso in dottrina, ritiene che il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo configuri un *autonomo processo di cognizione*, instaurato dal debitore ingiunto che agisce con un'azione di accertamento negativo dell'esistenza del credito (¹⁰³). Si tratta di un ordinario giudizio di primo grado, avviato dal debitore ingiunto con l'atto di citazione in opposizione, e del tutto identico ad un ordinario giudizio di accertamento negativo dell'esistenza del credito, retto dall'ordinario principio dell'onere della prova, che quindi grava in capo all'ingiunto, attore in primo grado.

Anche il secondo orientamento ricostruisce la fase di opposizione come un autonomo giudizio, che però non ha ad oggetto l'accertamento dell'inesistenza del diritto, bensì un'azione di condanna. La dottrina che propone questa strada ammette infatti che il ricorso per decreto ingiuntivo contenga in realtà due azioni: una speciale, volta ad ottenere la pronuncia del decreto ingiuntivo *inaudita altera parte*, e una ordinaria di condanna del debitore al pagamento della somma già oggetto del procedimento monitorio. L'azione ordinaria di condanna è in realtà proposta in via condizionata alla

¹⁰³ Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., p. 71-76

notifica dell'opposizione a decreto (¹⁰⁴). E così con la notifica del ricorso e del decreto ingiuntivo si realizza la pendenza di un ordinario processo di condanna, la cui prosecuzione è sospensivamente condizionata alla proposizione dell'opposizione (o forse sarebbe meglio dire che la pendenza, nel caso in cui si verifichi la condizione, retroagisce al momento della notifica del ricorso e del decreto, o financo a quello del deposito del ricorso).

Un terzo orientamento, ancora attuale, condivide l'esigenza di abbandonare lo schema dell'opposizione come giudizio autonomo, e ricostruisce decreto ingiuntivo e opposizione come due *sub*-procedimenti di un unico processo (la dottrina parla al riguardo anche di prosecuzione c.d. orizzontale del procedimento monitorio), che però trova fondamento nell'unica azione di condanna ordinaria con cui il creditore aziona il procedimento monitorio (¹⁰⁵). Alla fase monitoria in senso stretto segue, per impulso dell'atto di opposizione, un giudizio ordinario che si svolge in contraddittorio tra le parti, ed ha ad oggetto l'azione di condanna già contenuta nell'originario ricorso per decreto ingiuntivo. Si tratta, in realtà, di un'azione di condanna "speciale", non solo perché diversa è la modalità di proposizione della domanda, che riveste la forma del ricorso per ingiunzione, ma anche della comparsa di costituzione e risposta (che riveste la forma dell'atto di

¹⁰⁴ Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., p. 67 e p. 100; Segni, *L'opposizione del convenuto nel procedimento monitorio*, cit., p. 46 e ss.

¹⁰⁵ Da ultimo Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 721, spec. 768; ma già in posizione sostanzialmente assimilabile Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, VI, I, cit., p. 171; Franchi, *La litispendenza*, Padova, 1963, p. 175.

citazione in opposizione a decreto), ma soprattutto perché la sentenza che ne deriva ha caratteristiche del tutto peculiari, secondo le previsioni dell'art. 653 c.p.c. La dottrina che più di recente ne ha proposto il modello, traccia un parallelo con il nesso strutturale che lega il provvedimento anticipatorio e la decisione anticipata.

Un quarto orientamento, nettamente prevalente, individua la fase di opposizione quale vera e propria *impugnazione del decreto ingiuntivo*. Si tratta dell'opinione maggiormente accreditata dalla dottrina. Bisogna subito precisare però che tra coloro che ricostruiscono decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione in termini impugnatori emergono tre differenti posizioni.

La prima, che risulta essere anche la più condivisa, individua nel noto giudizio un'impugnazione a carattere sostitutivo (alla maniera di un giudizio d'appello nel processo ordinario di cognizione), tesa a provocare un nuovo giudizio, e così ad ottenere direttamente una nuova decisione sulla domanda; decisione destinata a prendere il posto del decreto impugnato e a sostituirsi sempre e comunque ad esso, sia che l'opposizione venga accolta, sia che venga rigettata, e così confermato il decreto (¹⁰⁶). In tal caso l'opposizione viene ad assumere la struttura di un gravame – sia pur di primo grado - a critica libera, che devolve al giudice il completo riesame del

¹⁰⁶ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 231; Zanzucchi-Vocino, *Diritto processuale civile*⁵, cit., p. 367. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1956, p. 169; Cerino Canova, *Le impugnazioni civili, Struttura e funzione*, cit., p. 637, nota 235, afferma che l'opposizione “rinova il giudizio sullo stesso oggetto già deciso con il decreto e provoca una pronuncia “sostitutiva””.

rapporto giuridico controverso, negli stessi limiti che incontrerebbe l'azione di condanna promossa avanti al giudice ordinario di primo grado.

La seconda deriva accosta il giudizio di opposizione ad un'impugnazione a carattere rescindente, così come lo è il ricorso per Cassazione, e cioè ad un'impugnazione con una struttura tendenzialmente bifasica (fase rescindente ed eventuale fase rescissoria), caratterizzata, nel caso di specie, da una notevole peculiarità, e cioè dall'assenza di specifici motivi di impugnazione che fa dell'impugnazione a carattere rescindente uno strumento a critica vincolata. E infatti, puntualizza la dottrina che propende per tale soluzione, l'opposizione a decreto ingiuntivo, inteso come gravame rescindente, consentirebbe di censurare non solo motivi di nullità ma anche l'ingiustizia del decreto (¹⁰⁷).

Residua un'ultima (e isolata) ipotesi ricostruttiva del giudizio di opposizione come impugnazione c.d. *processuale*, la cui nozione, in realtà, esula dal concetto stesso di impugnazione, e finisce per assomigliarvi solo limitatamente al nome (¹⁰⁸). L'ipotesi, infatti, parte dal presupposto che il decreto ingiuntivo non abbia carattere decisorio, e si limiti a fornire al ricorrente un titolo esecutivo. La seguente fase di opposizione dovrà limitarsi a rimuoverne gli effetti processuali, alla maniera di un'opposizione nel processo esecutivo, senza compiere alcun accertamento sull'esistenza del diritto posto a fondamento della pretesa creditoria azionata.

¹⁰⁷ Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 780.

¹⁰⁸ Tomei, *Procedimento di ingiunzione*, cit., pp. 560-580

2) Il giudizio di opposizione come autonomo giudizio di accertamento del credito. Una tesi incompatibile con il dettato normativo.

Satta scriveva che l'azione sottesa al ricorso monitorio si risolve in una *“postulazione di normativa senza giudizio”*, mentre l'opposizione *“non può essere che una sola cosa: postulazione di giudizio”* ⁽¹⁰⁹⁾, e precisava che postulazione di giudizio può assumere, in realtà, due diversi significati.

Con il primo si riconosce al giudizio di opposizione la funzione di negare il diritto a conseguire la pronuncia senza giudizio, e quindi in sostanza l'opposizione sarebbe preordinata a provocare la revoca pura e semplice del decreto ingiuntivo. Con il secondo invece l'opponente mira a provocare un giudizio di merito sull'inesistenza del diritto, e tale sembra essere la scelta effettuata dal legislatore.

In dottrina il pensiero dell'illustre studioso è generalmente ricondotto entro lo schema di chi – negato espressamente che l'opposizione abbia i caratteri dell'impugnazione – vi ravvisava una domanda di accertamento negativo dell'esistenza del diritto fatto valere con il ricorso per ingiunzione, con cui il debitore ingiunto avvia, nelle forme del giudizio ordinario di cognizione, una nuova e autonoma domanda ⁽¹¹⁰⁾.

In realtà la fase di opposizione non avrebbe carattere univoco, in quanto la sua natura rimarrebbe contaminata dalle *“circostanze in cui il decreto viene emanato”*. In pratica, se ben s'intende la ricostruzione proposta dall'Autore,

¹⁰⁹ Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., p. 76..

¹¹⁰ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 131.

è opportuno distinguere l'ipotesi in cui il decreto emanato sia illegittimo da quelle in cui risulta essere stato emanato legittimamente.

Il decreto è illegittimo qualora sia stato emesso senza che ne sussistessero le condizioni, come accade, ad esempio, nell'ipotesi di decreto concesso sulla base di documentazione non corrispondente ai requisiti di legge. In tal caso però il decreto non sarebbe nullo ⁽¹¹¹⁾, ma semplicemente ingiusto, in quanto il ricorso era infondato, perchè non ricorrevano le condizioni per una normativa senza giudizio, pertanto il creditore avrebbe dovuto agire nel processo ordinario di cognizione. L'opposizione che contesta la legittimità del decreto (ingiusto) non incide direttamente e immediatamente su questo, determinandone la revoca, bensì apre la via del giudizio di cognizione, nel quale il creditore deve provare l'esistenza del proprio credito se vuole che all'esito del giudizio di opposizione il decreto ingiuntivo non venga revocato. E infatti, secondo Satta, benché concesso in assenza dei necessari presupposti, il decreto ingiusto (perché illegittimo) “può sempre acquistare una legittimità *ex post*” ⁽¹¹²⁾.

Diverso è il caso in cui l'opposizione sia proposta avverso un decreto ingiuntivo emanato in presenza dei necessari presupposti previsti dalla norma, e quindi legittimo. In tal caso quel decreto, per usare parole del Satta, è normativa che, pur senza giudizio, trova fondamento su documenti che ne giustificano pienamente la tutela. Pertanto in questa prospettiva

¹¹¹ Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 76 ritiene che di nullità del decreto ingiuntivo si possa parlare solamente nell'ipotesi in cui lo stesso sia stato concesso a tutela “di un diritto escluso dalla legge: e cioè, ad es. per la consegna di un bene immobile”.

¹¹² Satta, *op. e loc. ult cit.*

l'opponente non acquista la veste sostanziale di convenuto, né il creditore opposto quella di attore, in quanto parrebbe *“veramente assurdo che l'opponente, per il solo fatto dell'opposizione, costringesse l'opposto a dare la prova ordinaria, come se il decreto non esistesse”* ⁽¹¹³⁾.

Al contrario, all'opponente va riconosciuta la posizione di attore, non solo formale, e su di lui incombe l'onere di provare l'inesistenza del diritto del creditore; diversamente l'opposizione verrà respinta ⁽¹¹⁴⁾.

In definitiva – secondo la prospettiva in esame –opponente e opposto nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo si troverebbero a rivestire rispettivamente il ruolo di attore e convenuto sostanziale, o l'inverso, a seconda che il decreto sia stato legittimante concesso oppure no. Ciò in quanto qualora il decreto sia stato concesso sulla base delle speciali prove

¹¹³ Satta, *op. ult. cit.*, p. 79.

¹¹⁴ Al riguardo Satta precisa che di fronte ad un decreto legittimamente dato la postulazione di giudizio (e cioè l'opposizione) ha il vero carattere di un'opposizione sostanziale, è postulazione di un giudizio opposto alla normativa di un decreto, è veramente impugnazione (così, testualmente a p. 79 *op. ult. cit.*).

Tuttavia sebbene l'autore assimili *apertis verbis* l'opposizione al giudizio di impugnazione non pare tuttavia che quell'espressione rispecchi realmente l'opinione che questi ha della fase di opposizione. E infatti, come nota anche Garbagnati, *op. ult. cit.*, p. 131, poche righe dopo lo stesso Satta, criticando la tesi di Carnelutti (per cui in ipotesi di opposizione avanti ad un giudice incompetente, diverso da quello che ha emanato il decreto ingiuntivo, dichiarata l'incompetenza, l'opposizione potrà essere riassunta, ai sensi dell'art. 50 c.p.c., avanti al giudice competente, e ciò in virtù di una sostanziale identificazione tra impugnazione e opposizione), respinge apertamente l'idea che l'opposizione abbia i caratteri dell'impugnazione, aggiungendo come *“assai più penetrante è il rapporto col decreto e il relativo procedimento di quanto di quanto non sia quello tra impugnazione e sentenza”*.

indicate dalla legge, queste – pur inidonee ad assolvere all’onere probatorio in un giudizio ordinario – non verrebbero poste nel nulla dall’opposizione. Ma pur con le differenze accennate in ordine al ruolo delle parti in sede di opposizione, e – in conseguenza di ciò – all’assolvimento dell’onere probatorio, quel che emerge con sufficiente chiarezza è che in ogni caso la fase d’opposizione a decreto ingiuntivo assume, per il Satta, il ruolo di un autonomo giudizio di accertamento dell’inesistenza del diritto azionato per ottenere il decreto ingiuntivo.

Nell’ipotesi, per così dire fisiologica (che Satta definisce “normale”) in cui il decreto sia stato legittimamente concesso l’opposizione rivestirà la natura di un giudizio di accertamento negativo dell’esistenza del credito, i cui oneri probatori graveranno sul debitore ingiunto. Invece, nel caso in cui il decreto sia stato illegittimamente concesso, l’opposizione rivestirà pur sempre la natura di autonomo giudizio avente ad oggetto l’accertamento del diritto, i cui oneri probatori graveranno però sul creditore opposto.

In ogni caso, salvo che l’opposizione sia tesa a far valere l’incompetenza del giudice che ha emanato il decreto, la stessa avrà sempre e solo ad oggetto il diritto posto a fondamento del ricorso per ingiunzione, e non darà mai luogo ad un autonomo procedimento di controllo della legittimità del decreto (¹¹⁵).

Dunque un giudizio che ha ad oggetto soltanto il diritto fatto valere con il ricorso per ingiunzione.

¹¹⁵ La legittimità del decreto verrà così conosciuta dal giudice dell’opposizione al solo fine di stabilire, in buona sostanza, su quale delle parti incomba l’onere probatorio, ma non invece per giungere ad un’autonoma statuizione che revochi il decreto ingiuntivo.

Nell'alveo del filone che inquadra l'opposizione al decreto ingiuntivo come autonomo giudizio di accertamento negativo del diritto, va in astratto ricondotta anche la ricostruzione proposta da Redenti, benché invero essa – nonostante la qualificazione che ne dà lo stesso Autore – finisca per allontanarsi fortemente dallo schema in esame, e assumere piuttosto i toni di un rimedio impugnatorio del decreto ingiuntivo. Ad ogni modo pare opportuno aderire alla qualificazione formale resa dallo stesso Autore e darne conto in questa sede.

Con l'opposizione a decreto ingiuntivo l'opponente può far valere motivi di rito ma eventualmente anche motivi di merito ⁽¹¹⁶⁾. I primi condurrebbero alla nullità o all'inefficacia del decreto, mentre i secondi – tesi a far valere l'inammissibilità o infondatezza della pretesa originariamente configurata nel ricorso, e quindi l'ingiunzione concessa con il decreto – imporrebbero al giudice dell'opposizione di conoscere il merito, e decidere *“non solo delle sorti del decreto, ma anche del diritto e dell'azione, con sentenza che (sia essa positiva o negativa) potrà assumere in proposito autorità di cosa giudicata in senso sostanziale”* ⁽¹¹⁷⁾.

¹¹⁶ Redenti, *Diritto processuale civile*, III, rist. 2° ed., Milano 1957, p. 30 e ss

¹¹⁷ Redenti, *op. e loc. ult. cit.* Lo schema proposto si riflette poi sulla sentenza resa dal giudice dell'opposizione. Se l'opposizione viene accolta a seconda che la sentenza *“sia fondata su motivi di merito o di puro rito, acquisterà o non acquisterà efficacia e autorità di cosa giudicata sostanziale circa la sussistenza-insussistenza del diritto e dell'azione”*. Nell'ipotesi in cui la sentenza accolga solo in parte l'opposizione (o come ammette l'Autore il giudice dell'opposizione individui una diversa causa petendi) la sentenza sostituirà in toto il decreto, dovendo pertanto contenere una condanna anche per quella parte per cui ritenga fondata la precedente ingiunzione, ora assorbita. Nell'ipotesi invece in cui venga

Pertanto in questa prospettiva l'opposizione darebbe vita ad un autonomo procedimento di controllo della legittimità del decreto, ed eventualmente – qualora l'opponente formuli motivi di merito – della sussistenza del diritto e dell'azione. La scelta di provocare un giudizio circoscritto alla validità ed efficacia del decreto, o esteso anche al merito – e quindi all'esistenza del diritto per cui è stato concesso il decreto – spetta all'opponente. Tuttavia anche il creditore opposto potrà proporre in quella sede domande di merito, “in via incidentale contraria”, ed allargare così il giudizio di opposizione, nelle ipotesi, ad esempio, in cui l'opponente si sia limitato a censurare il decreto solo per motivi di rito, e quindi al solo fine di ottenere una pronuncia di annullamento del decreto ingiuntivo.

Quanto all'onere probatorio che incombe sulle parti del giudizio d'opposizione, questo andrebbe distribuito secondo lo schema ordinario che fa capo alla posizione sostanziale delle parti. Diversamente da quanto ritiene Satta, il decreto ingiuntivo, benché accordato in conseguenza di un'attendibile dimostrazione dell'esistenza del credito, non è in grado di provocare alcuna inversione né attenuazione dell'onere della prova (¹¹⁸).

rigettata l'opposizione il decreto ingiuntivo dovrebbe risultarne convalidato. L'Autore non precisa, in tal caso, se il rigetto dell'opposizione per motivi di rito o di merito riverberi conseguenze diverse in ordine all'accertamento eventualmente posto in essere dal giudice.

¹¹⁸ Da quanto esposto emerge, con chiara evidenza, come in realtà la qualificazione formale che Redenti offre della fase di opposizione a decreto ingiuntivo (inteso come procedimento ordinario di controllo della legittimità del decreto) si discosti dalla disciplina tratteggiata, che pare più verosimilmente trattare l'opposizione come un giudizio di impugnazione (come rileva anche Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 733, spec.

In posizione vicina si colloca D'Onofrio ⁽¹¹⁹⁾, il quale qualifica l'opposizione come domanda di accertamento dell'inesistenza del credito, o del diritto fatto valere con il ricorso, o meglio domanda di accertamento della giustizia della condanna già emessa con il decreto ⁽¹²⁰⁾.

Per fuggire all'alternativa che consente al giudice, in sede di opposizione, di passare all'esame sul merito del diritto solo quando il decreto opposto sia stato emesso in presenza delle condizioni di ammissibilità previste dal codice di rito ⁽¹²¹⁾, l'Autore è costretto ad accogliere un'interpretazione

sub nota 36), dal carattere eliminatorio nel caso in cui censuri motivi di rito, o rescindente (con successivo riesame nel merito) nel caso in cui si fondi su motivi di merito.

¹¹⁹ D'Onofrio, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, II, Torino, 1941, 163.

Anche Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, VI, I, Torino, 1962, p. 130 ricostruisce il giudizio di opposizione come una domanda di accertamento negativo dell'esistenza del diritto, ma tuttavia distingue a seconda che con l'opposizione l'ingiunto faccia valere l'inesistenza del diritto accertato, ovvero l'esistenza di vizi. Nel primo caso l'opposto rivestirebbe il ruolo del convenuto in un ordinario giudizio di condanna, mentre nel secondo all'opposizione andrebbe riconosciuto il carattere di una domanda di accertamento positivo dell'esistenza dei vizi dedotti (ma non anche del diritto sostanziale alla prestazione). Ne esce in realtà una ricostruzione non unitaria dell'istituto dell'opposizione, la cui natura è di volta in volta condizionata dal tipo di vizio dedotto con l'opposizione.

¹²⁰ L'Autore, più precisamente, contrappone la domanda dell'opponente non già all'azione speciale esercitata con il decreto ingiuntivo, bensì – per usare le sue parole - alla domanda di accertamento della giustizia della già emessa condanna, proposta dal creditore con la notifica del decreto ingiuntivo e che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 643 c.p.c. determina la pendenza della lite.

¹²¹ In questa direzione Lipari, *Manca di presupposti processuali nel processo ingiuntivo e pronunzia nel merito*, in *Circolo giuridico*, 1932, II, p. 139 e ss

estesa e assai discutibile dell'art. 653 co. 2° c.p.c. (nel senso di ritenere la norma applicabile anche nell'ipotesi di annullamento "formale" del decreto ingiuntivo) ammettendo che alla caducazione del decreto conseguente alla carenza delle condizioni di ammissibilità, consegua la possibilità per il giudice dell'opposizione di pronunciare una sentenza di condanna qualora la pretesa risulti comunque fondata nel merito.

Il problema è affrontato in termini apparentemente analoghi anche da Carnelutti, che precisa come con la citazione in opposizione l'ingiunto instauri un giudizio di cognizione ordinario, il quale può metter capo alla condanna del debitore anche se il decreto ingiuntivo fosse nullo ⁽¹²²⁾. La domanda del debitore opponente, precisa l'autorevole maestro, tende all'accertamento negativo del credito, e così qualora il giudice riconosca esistente il credito malgrado la nullità del decreto, provvederà a condannare con sentenza il debitore al pagamento; va del resto precisato che a quel punto il titolo esecutivo sarà costituito dalla condanna pronunciata nel giudizio di opposizione, che – stante la nullità del decreto – non potrà avere

secondo cui il difetto di un presupposto speciale del rito monitorio causa le stesse conseguenze cui condurrebbe la mancanza di un presupposto generale del processo ordinario di cognizione. E così qualora l'opposizione fosse volta ad ottenere la revoca del decreto ingiuntivo per ragioni "di rito" (per mancanza dei presupposti speciali) il giudizio dovrà esaurirsi con la soluzione di tali questioni, rimanendo fatalmente preclusa la possibilità ottenere in quella sede una pronuncia sul merito, e dunque sulla fondatezza del diritto, che potrà – come ovvio – essere oggetto di un nuovo giudizio ordinario.

¹²² Carnelutti, *Rigetto di opposizione contro decreto ingiuntivo nullo*, in *Riv. dir. proc.* 1960, I, p. 135

in ogni caso efficacia retroattiva (¹²³). Peraltro in un precedente scritto Carnelutti precisava come la figura dell'impugnazione non avesse in sé alcun carattere incompatibile con il giudizio di accertamento negativo richiesto dal debitore condannato, e in cui l'opposizione si risolve (¹²⁴).

Da ultimo E.F. Ricci partendo dalle posizioni degli autori ora citati (¹²⁵), rileva come la notifica dell'opposizione non faccia sorgere un giudizio ordinario, ma un vero e proprio giudizio speciale; il mutamento tra rito speciale e rito comune andrebbe invero spostato in un altro punto del processo, e cioè nel momento in cui viene revocato il decreto ingiuntivo non preclusivo dell'esame sul merito (¹²⁶).

¹²³ Non pare dunque potersi accogliere la conclusione che E.F. Ricci, *Difetto di un presupposto del procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 336, trae dalle osservazioni di Carnelutti, e cioè che l'idea di concepire il giudizio di opposizione come destinato (necessariamente) all'esame del merito conduca fatalmente alla necessità di interpretare la sentenza conclusiva del giudizio d'opposizione come sentenza di rigetto ogniqualvolta la pretesa creditoria risulti fondata. Secondo Ricci "il Carnelutti, dopo aver sostenuto la sua tesi con argomenti di indubbia efficacia, pensa ad un "rigetto dell'opposizione contro decreto ingiuntivo nullo" (conferma di ciò verrebbe anche dal fatto che proprio questo è il titolo del contributo del Maestro). In realtà il pensiero di Carnelutti si muove in direzione opposta, ed è teso a censurare con chiarezza e vigore una pronuncia del Tribunale di Treviso che ha ritenuto di confermare un decreto ingiuntivo asseritamene nullo poiché in sede d'opposizione il creditore aveva comunque dimostrato l'esistenza del credito.

¹²⁴ Carnelutti, *Appunti sull'opposizione all'ingiunzione*, *Riv. dir. proc.*, 1955, II, p. 206.

¹²⁵ Ma anche di Granata, *In tema di revoca del decreto ingiuntivo*, in *Giust. Civ.*, 1957, I, 233 che condivide sostanzialmente la posizione di D'Onofrio.

¹²⁶ E.F. Ricci, *op. ult. cit.*, p. 339.

Le prospettive esposte consentono di rilevare come al di là delle qualificazioni espressamente puntualizzate dai rispettivi Autori, lo schema proposto pare più verosimilmente ripercorrere le scansioni dell'impugnazione di tipo rescindente, che quelle dell'autonomo giudizio di cognizione sull'accertamento negativo del diritto (¹²⁷).

Ora la possibilità di dare concretezza ad un'impostazione che riconosca il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo come domanda di accertamento negativo del credito, ovvero come autonomo procedimento di controllo della legittimità del decreto emesso, o abbia per oggetto entrambi, ma configuri pur sempre una fase del tutto autonoma dal procedimento monitorio, che trova il suo momento genetico nella notifica dell'atto di opposizione, appare – come è stato rilevato dalla dottrina con argomentazioni assai persuasive - inconciliabile non solo sotto il profilo strutturale ma anche per l'impossibilità di coordinare il decreto ingiuntivo con il contenuto dell'opposizione (¹²⁸).

Andando con ordine.

È stato giustamente contestato che la notifica dell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo costituisca l'atto iniziale di un autonomo giudizio di cognizione. L'art. 643 del codice di rito prevede che la notifica del decreto determina la pendenza della lite. Ma il termine "lite" va riferito alla fase monitoria in senso stretto (benché agli occhi dell'ingiunto quella pendenza

¹²⁷ Così anche Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 733, spec. sub nota 37.

¹²⁸ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 132 e ss.; Vignera, *op. e loc. ult. cit.*; Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 768 e ss.

si verifichi proprio con l'ultimo atto di quella fase, e d'altronde non potrebbe essere diversamente tenuto conto che la stessa si svolge *inaudita altera parte*), e non invece al giudizio di opposizione che rappresenta una fase successiva ed eventuale alla notifica del decreto. Ne deriva che con la notifica del decreto ingiuntivo si determina una situazione del tutto assimilabile alla pendenza di un ordinario procedimento di cognizione in cui il giudice ha provveduto al deposito della sentenza (¹²⁹).

Se a questo rilievo si aggiungono le conclusioni tracciate dalla dottrina che ha studiato l'efficacia del decreto ingiuntivo, ossia che esso assume in definitiva il ruolo di un provvedimento a carattere decisorio, emerge chiaramente come dopo la notifica del decreto ingiuntivo non sia possibile immaginare un giudizio che, in via autonoma e svincolata dalla pendenza della fase monitoria, sia in grado di provocare un accertamento sull'esistenza dello stesso diritto di credito (e ancor più sulla legittimità di quel decreto), e di incidere poi - quantomeno nell'ipotesi in cui sia accertata l'inesistenza di quel credito, o l'illegittimità del decreto -, sul provvedimento monitorio.

Al contrario la disciplina codicistica prevede, con semplice linearità, che l'eventuale giudizio di cognizione sull'esistenza del credito (o, senza voler prendere qui ancora posizione, sulla legittimità o giustizia del decreto

¹²⁹ Si rinvia, in proposito, alla dottrina e alla giurisprudenza citate nel capitolo che segue, ove viene sviluppato il dibattito relativo alla retrodatazione degli effetti della pendenza del procedimento monitorio fin dal momento del deposito del ricorso, e alle conseguenze che ne derivano in ordine ad eventuali profili di litispendenza e/o continenza con domande di condanna o di accertamento negativo già pendenti.

notificato) vada ricondotto nell'alveo del procedimento già pendente, secondo la previsione dell'ultimo comma dell'art. 643.

Il combinato disposto degli artt. 39 e 643 c.p.c. esclude la possibilità che, pendente la lite (proprio in virtù dell'art. 643 ult. co.), possa essere avviato un nuovo e autonomo processo di cognizione teso a provocare l'accertamento giurisdizionale del diritto, positivo o negativo che sia, al di fuori di un giudizio che si muove in rapporto di continuità con la fase monitoria, quale è appunto l'opposizione (¹³⁰). Tale affermazione non collide peraltro con quanto è stato acutamente osservato in dottrina (¹³¹), e cioè che la disposizione contenuta nell'art. 643, ultimo comma ha come effetto quello di stabilire la prevenzione tra il giudizio di opposizione a decreto e l'eventuale giudizio ordinario di accertamento negativo dell'esistenza del credito. Parrebbe così che la citata norma avesse la funzione non già di posticipare l'inizio del procedimento ingiuntivo (che si svolge, fino a quel momento secondo lo schema dei procedimenti *inaudita altera parte*), bensì quello di anticipare, ai fini della prevenzione, il momento cui andrebbe ricondotta la pendenza del giudizio di opposizione

¹³⁰ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 132 e ss. argomenta dal combinato disposto degli artt. 39 e 643 l'impossibilità di configurare il giudizio di opposizione come autonomo giudizio di cognizione.

La critica è ripresa anche da Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 990; e da Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 739.

¹³¹ Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art 18 st. lav. ed ingiunzione per i rapporti patrimoniali: conseguenze sul giudizio di opposizione, specie sotto il profilo della litispendenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 998, spec. sub nota 49.

(¹³²). Ora, non vi è dubbio che il giudizio di opposizione inizi solo con la notifica della citazione in opposizione (¹³³), e che quindi l'ultimo comma dell'art. 643 non possa in ogni caso determinare la pendenza di un giudizio che a tutto concedere in quel momento sarebbe comunque ancora eventuale (quello di opposizione, appunto), ma determini invece la pendenza della fase monitoria in senso stretto, i cui effetti, secondo la giurisprudenza più recente, retroagiscono al momento del deposito del ricorso (¹³⁴).

L'impossibilità di configurare la fase di opposizione come giudizio autonomo emerge comunque dall'esame dell'intero tessuto normativo: il combinato disposto degli artt. 638 e 645 precisa che l'atto di citazione in opposizione debba essere notificato al procuratore eletto dal ricorrente, in parallelo a quanto l'art. 330 prevede per la notifica dell'atto di impugnazione, e ciò costituisce un chiaro segnale del fatto che tale opposizione costituisce una fase prosecutoria da collocarsi sotto l'unico arco processuale determinato dalla notifica del decreto ingiuntivo (¹³⁵).

Peraltro, e l'osservazione ci aiuta ad introdurre il secondo profilo di critica, anche a non voler dare rilievo alla litispendenza del procedimento

¹³² Tale conclusione qualora fosse presa "alla lettera" finirebbe per confermare l'inaccettabile interpretazione che Satta (*Commentario, cit.*, p. 14) fornisce dell'art. 643, tesa a dimostrare che l'ultimo comma dell'articolo in esame vale solamente a retrodatare al momento della notificazione del ricorso e del decreto gli effetti della citazione in opposizione al decreto ingiuntivo.

¹³³ Garbagnati, *op. e loc. ult. cit.*

¹³⁴ Cass. sez. un., ord. 1.10.2007, n. 20596, con nota di Stropparo, *Pendenza del procedimento monitorio: la soluzione "retrospettiva" delle sezioni unite configura davvero un passo avanti ?*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 1125

¹³⁵ Balbi, voce *Ingiunzione, "procedimento di"*, *cit.*, p. 3

monitorio, e credendo così di poter avviare un giudizio di cognizione del tutto autonomo dalla fase ingiuntiva in senso stretto, permane la difficoltà di coordinare l'eventuale giudizio di primo grado con gli incompatibili effetti dell'oramai superato decreto ingiuntivo.

La strada si presenta ovviamente impraticabile nell'ipotesi (uniformemente condivisa dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza più recente) in cui si assegni al decreto ingiuntivo efficacia decisoria (¹³⁶). Non si può ammettere che un provvedimento a carattere decisorio possa restar travolto da una sentenza di accertamento emanata in un autonomo e separato giudizio.

Ma a ben vedere la difficoltà di coordinare decreto e giudizio di accertamento permane anche se si prescinde dalla natura degli effetti del decreto ingiuntivo. Il coordinamento tra i due, infatti, può avvenire in due modi: o si ammette che la mera notifica del giudizio di opposizione sia idonea a spazzar via il decreto ingiuntivo, oppure bisogna ritenere che il decreto sia eliminato (o comunque sostituito) dalla sentenza che decide sul giudizio di opposizione (¹³⁷). Entrambe le soluzioni non sono compatibili con le norme dettate per il procedimento monitorio, né con i profili sistematici della materia.

¹³⁶ Osserva giustamente Garbagnati, *op. e loc. ult. cit.* che può essere oggetto di un'autonoma azione di accertamento negativo solo la nullità assoluta di un provvedimento giurisdizionale dichiarativo, come - ad esempio - la nullità della sentenza che manca della sottoscrizione del giudice.

¹³⁷ Si vedano in proposito le osservazioni già formulate nei paragrafi 2) e 3) del Capitolo che precede, nonché Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 768 e ss;

Non lo è la prima soluzione che finisce per togliere di mezzo, fin da subito, il titolo esecutivo concesso al creditore, urtando con la disciplina degli artt. 648 e 649 che, pendente il giudizio di opposizione, prevedono rispettivamente la possibilità di concedere la provvisoria esecutività del decreto la cui opposizione non risulta fondata su prova scritta o di pronta soluzione, e – nell'ipotesi inversa dell'art. 649 – la sospensione della provvisoria esecutività per gravi motivi, il che si traduce fatalmente nella perdurante esistenza del decreto ingiuntivo nelle more del giudizio di opposizione. È tranciante poi la previsione dell'art. 653 che in ipotesi di rigetto o di estinzione del giudizio di opposizione sancisce che il decreto, qualora non ne sia già munito, acquista efficacia esecutiva.

Non è compatibile neppure la seconda soluzione, benché appaia – a prima vista – più lineare. In tal caso il raccordo tra l'autonomo giudizio di accertamento negativo e il decreto ingiuntivo presuppone che la sentenza sul giudizio di opposizione sostituisca (sempre, secondo parte della dottrina) il decreto ingiuntivo. Ciò accade, in primo luogo, nel caso in cui il giudizio di opposizione sia rigettato. La sentenza che rigetta l'opposizione è però in realtà, secondo la dottrina prevalente, una sentenza di condanna al pagamento della somma già oggetto d'ingiunzione, come emerge dal co. 1° dell'art. 653 che riconduce al passaggio in giudicato della stessa l'efficacia esecutiva del decreto, o ancora dall'art. 655 che vi ricollega la possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale ⁽¹³⁸⁾.

¹³⁸ La questione invero è piuttosto controversa. Nel senso che la sentenza di opposizione al decreto ingiuntivo dia luogo ad una sentenza di condanna Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 223 e ss. che vi riconosce

E se ciò è vero allora non è dato comprendere come all'esito di un autonomo giudizio di cognizione avviato dal debitore ingiunto, e quindi un giudizio di accertamento negativo dell'esistenza del credito o della efficacia e/o fondamento del decreto ingiuntivo, si possa pervenire – in ipotesi di rigetto dell'opposizione - ad una sentenza di condanna “sostitutiva” del decreto (¹³⁹).

efficacia sostitutiva del decreto opposto. Si veda anche Franco, *Guida al procedimento d'ingiunzione*, Milano, 2001, p. 658.

Ritengono invece che si tratti di una sentenza di accertamento della legittimità del decreto o dell'esistenza del credito Redenti, *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 32, per il quale è una sentenza di accertamento negativo dell'efficacia o del fondamento dell'opposizione; Sciacchitano, *Ingiunzione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 524, che pur riconosce a decreto e sentenza sull'opposizione nel loro insieme titolo esecutivo, contenendo l'uno la condanna e l'altra l'accertamento; nella stessa direzione Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 615,

Nel senso di una sovrapposizione tra decreto ingiuntivo e sentenza di opposizione in cui quest'ultima è in grado di attribuire al decreto efficacia esecutiva Mandrioli, *Sull'efficacia della sentenza di primo grado non esecutiva che accoglie parzialmente l'opposizione a decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 709.

¹³⁹ Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 990, per il quale ritenere che il giudizio d'opposizione sia retto da un'azione di accertamento negativo del credito urta insanabilmente contro l'articolo 653 c.p.c. che prevede che la sentenza che pronuncia sull'opposizione possa essere provvisoriamente esecutiva; il che è inspiegabile rispetto ad una sentenza di accertamento negativo del credito. Nella stessa direzione anche Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., 768 e ss; Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 137; in posizione simile, benché con alcuni distinguo, Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 743 e ss. per il quale la sentenza sul giudizio di opposizione può essere considerata neppure pronuncia di condanna in senso

In ogni caso, anche a voler accogliere le riserve di quella dottrina da ultimo segnalata, che vede nella sentenza di rigetto del giudizio di opposizione nulla più di una sentenza d'accertamento dell'esistenza del credito, o della validità del decreto ingiuntivo, tali obiezioni non paiono destinate a produrre alcun effetto nella diversa ipotesi in cui, ai sensi del co. 2° dell'art. 653, l'opposizione sia accolta solo in parte.

Qui infatti, per espressa previsione normativa, il decreto ingiuntivo rimane travolto dalla sentenza, che è titolo esecutivo relativamente al credito accertato. Riprendendo le fila del ragionamento esposto poco sopra risulta (questa volta) evidente che quella sentenza – destinata a sostituire il decreto ingiuntivo - debba considerarsi sentenza di condanna a tutti gli effetti, e pertanto assolutamente inconciliabile con la prospettiva che vede nell'opposizione a decreto ingiuntivo l'avvio di un giudizio di accertamento negativo dell'esistenza del credito. In altri termini non vi sono elementi per riannodare ad una sentenza di condanna una domanda di mero accertamento.

In realtà, pur mutando prospettiva, lo scenario non cambia se si continua ad operare entro i confini del giudizio di opposizione come giudizio autonomo. Si tratta, infatti, di un giudizio avviato dal debitore ingiunto che mira esclusivamente ad ottenere una pronuncia di inesistenza del diritto di credito o comunque del diritto ad ottenere un provvedimento ingiuntivo. Per ricostruire tale fase come un giudizio teso non solo all'accertamento del

proprio, nel senso che gli effetti che normalmente caratterizzano una sentenza di condanna (l'essere titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale) sono, nella fattispecie in esame, riconducibili a quella sentenza, ma in realtà riflessi sul decreto ingiuntivo, che li acquisisce come qualità ad esso "estrinseche".

diritto, ma anche alla condanna al pagamento a favore del creditore già munito del decreto, bisognerebbe apportare un correttivo necessario, ipotizzando che il creditore, con la propria comparsa di costituzione e risposta, proponga - a sua volta - una domanda riconvenzionale di condanna. Tale soluzione, che per le ragioni descritte in questo paragrafo non ci pare possa comunque offrire un definitivo supporto alla teoria criticata, va respinta perché contraria alla disciplina che non permette di individuare alcun onere a carico dell'opposto di chiedere tutela del proprio credito nella fase di opposizione. E del resto tale domanda riconvenzionale non può ritenersi neppure implicita, come sembra ammettere qualche Autore, affermando che l'opposto che chiede il rigetto dell'opposizione invocherebbe una sentenza di condanna del debitore a quanto già anticipato provvisoriamente dal decreto (¹⁴⁰). Se così fosse l'opposizione a decreto ingiuntivo si concluderebbe con una sentenza di mero accertamento o di condanna a seconda che il creditore convenuto in quella fase abbia formulato una specifica domanda riconvenzionale o, comunque, si sia costituito in giudizio chiedendo il rigetto dell'opposizione. Per converso dovrebbe ammettersi che la sentenza di opposizione avrà sempre contenuto di mero accertamento nel caso in cui il creditore non abbia proposto nel giudizio d'opposizione tempestiva domanda riconvenzionale, o comunque sia rimasto "contumace", e ciò pare francamente non sostenibile (¹⁴¹).

¹⁴⁰ Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, I, cit., p. 102

¹⁴¹ Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 747.

3) L'opposizione a decreto ingiuntivo come giudizio di condanna

Per sfuggire alle obiezioni evidenziate in ordine alla possibilità di ricostruire la fase di opposizione a decreto ingiuntivo come giudizio di accertamento dell'inesistenza del credito (ed eventualmente giudizio sulla legittimità del credito), la maggior parte della dottrina ritiene opportuno tracciare un passante capace di ricollegare alla fase di opposizione la successiva sentenza che può dar luogo ad una pronuncia di condanna.

Il collegamento passa necessariamente attraverso l'individuazione dell'azione di condanna cui ricondurre la fase di opposizione. La disciplina approntata dal nostro legislatore non offre al riguardo alcuna soluzione (¹⁴²).

¹⁴² Il nostro codice di rito, diversamente da quello di altri ordinamenti, non articola secondo uno schema bifasico opposizione a decreto ingiuntivo e azione di condanna, come accade per esempio in Germania (Par 696 e 697 Z.p.o.) ove a seguito dell'opposizione il giudice che ha emanato il decreto ingiuntivo provvede, d'ufficio, al deposito della causa presso il giudice designato dal decreto ingiuntivo, o presso il giudice concordemente individuato dalle parti. A quel punto, la cancelleria invita il richiedente a spedire la sua pretesa entro due settimane con un ordinario atto di citazione. Qui emerge con evidenza come il giudizio di condanna, conseguente all'opposizione, trovi fondamento nella domanda che il creditore propone, su impulso della cancelleria, in un momento successivo all'opposizione del debitore. E del resto la soluzione pare coerente, come già si è detto, con la funzione specifica che l'ordinamento tedesco riconosce all'opposizione, che è quella di porre immediatamente nel nulla l'ingiunzione, impedendone il consolidamento (opzione che, a sua volta, trova piena compatibilità con l'efficacia "flebile" di un decreto ingiuntivo emanato all'esito di un procedimento monitorio c.d. puro).

Così facendo si allontana dalle opzioni poco sopra esaminate, che individuavano la fase di opposizione a decreto quale autonomo e nuovo giudizio che trova impulso nell'azione di accertamento negativo del diritto, proposta dall'ingiunto con l'atto di citazione in opposizione al decreto, e configura il giudizio di opposizione quale giudizio di condanna che trova fondamento nell'azione proposta dal ricorrente.

La dottrina che si è occupata del problema individua, sostanzialmente, due possibili alternative ⁽¹⁴³⁾.

3.a) Segue: l'opposizione non è un giudizio sull'azione ordinaria di condanna proposta in via condizionata con il ricorso alla tutela monitoria

La prima, più risalente, ipotizza che con il deposito del ricorso per decreto ingiuntivo il creditore faccia valere due azioni: l'una speciale e l'altra ordinaria ⁽¹⁴⁴⁾. L'azione "speciale" è tesa ad ottenere (previa verifica dei presupposti generali e speciali necessari per ottenere il provvedimento

Analoga soluzione pare dunque non potersi applicare all'omologo, ma certo alquanto differente, istituto previsto dal nostro legislatore.

¹⁴³ In realtà le posizioni elaborate dalla dottrina e che hanno, quale minimo comune denominatore, l'esigenza di individuare nel ricorso per decreto ingiuntivo l'azione di condanna idonea a sostenere l'eventuale e successiva fase di opposizione, risultano essere molteplici, e spesso tra loro differenziate. Tuttavia le stesse paiono potersi ricondurre nell'alveo di due alternative.

¹⁴⁴ Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., p. 67 e 100; Segni, *L'opposizione del convenuto nel procedimento monitorio*, cit., p. 46 e ss.

monitorio) il decreto ingiuntivo; la seconda, condizionata all'eventuale notifica dell'atto di citazione in opposizione al decreto ingiuntivo da vita ad un giudizio di cognizione ordinario, nel senso che l'eventuale inesistenza delle condizioni necessarie per emanare il provvedimento di ingiunzione non esime il giudice dal valutare il merito della domanda ordinaria, ma poiché l'opposizione non pone automaticamente nel nulla il decreto ingiuntivo, tale azione ha per oggetto anche la valutazione della conformità del provvedimento monitorio a diritto. E così all'opposizione vanno ricondotti due effetti: *“l'uno, automatico, per il quale si matura la condizione alla quale l'alternatività delle due azioni era subordinata e si pone in primo piano l'azione ordinaria fatta valere dal creditore con il ricorso d'ingiunzione, l'altro, per il quale è impugnato il decreto d'ingiunzione”* ⁽¹⁴⁵⁾.

Pertanto gli effetti dell'azione ordinaria di condanna non si manifesterebbero fin da subito, ma solo, ed eventualmente, con l'opposizione da parte del debitore ingiunto, atto “causativo” della prosecuzione dell'ulteriore fase di quel processo già iniziato con la fase monitoria in senso stretto.

¹⁴⁵ Andrioli, *op. e loc. ult. cit.* Sulla stessa linea le precisazioni di Segni (*op. e loc. ult. cit.*) per cui il ricorrente chiederebbe, contestualmente al provvedimento speciale (*id est* il decreto ingiuntivo), anche l'accoglimento del provvedimento ordinario, nel quale si tramuta, automaticamente e a certe condizioni, il provvedimento di accoglimento dell'azione speciale.

La prospettiva illustrata non ha raccolto significative adesioni da parte della dottrina successiva (¹⁴⁶), che anzi ha avuto modo di denunciare più volte la scarsa coerenza della soluzione proposta e, in ogni caso, un eccessivo meccanicismo non del tutto giustificabile alla luce del dettato normativo (¹⁴⁷).

Si è giustamente osservato che la lettura dell'art. 638 c.p.c. non consente di ravvisare nel deposito del ricorso l'esercizio di un'azione speciale monitoria e di una ordinaria di condanna, sia pur condizionata. Anzi dal disposto normativo emerge che il ricorso ha un unico *petitum* immediato, “costituito esclusivamente ed incondizionatamente dall'ingiunzione” (¹⁴⁸), e pertanto

¹⁴⁶ Sembra farvi eccezione, almeno in parte, la soluzione di E.F. Ricci, *Difetto di un presupposto del procedimento monitorio e giudizio d'opposizione*, cit., p. 339, il quale partendo dallo schema ipotizzato da Segni (ritenuto comunque inutile in quella formulazione) propone di spostare “a valle” il momento traslativo da rito speciale a rito comune (e in ciò dissentendo da Andrioli che fissa quel momento nell'opposizione dell'ingiunto), individuandolo nella revoca del decreto ingiuntivo non preclusivo dell'esame sul merito, e ipotizza che la domanda ordinaria (di condanna) sia già implicita nel ricorso introduttivo, e sia resa efficace in conseguenza della revoca del decreto.

¹⁴⁷ Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, I, cit., p. 13, per il quale “simili complicazione devono essere respinte, perché inutili e contrastanti con il diritto positivo”.

¹⁴⁸ Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 750, che rileva anche come con la notificazione ex art. 643 c.p.c. la sola domanda portata a conoscenza dell'ingiunto sia quella contenuta nel ricorso. L'Autore, coerentemente con la propria ricostruzione sistematica, introduce altresì un ulteriore motivo di censura alla tesi di Andrioli, costituito dal fatto che la domanda proposta con il ricorso per ingiunzione è in realtà la medesima azione sottesa al giudizio di opposizione. Quest'ultimo passaggio, che

ogni diversa soluzione finirebbe in realtà per risolversi in una *fictio iuris*, in quanto non suffragata da alcun addentellato normativo, e come tale sostanzialmente inutile.

Anche l'art. 645 muove in direzione opposta rispetto alla ricostruzione in esame, precisando che l'atto con cui si propone l'opposizione è un atto di citazione, e individuando il giudice avanti al quale la stessa va proposta: si tratta all'evidenza di puntualizzazioni che portano ad escludere che l'opposizione possa essere ricondotta a mero atto d'impulso interno ad una fase processuale già avviata, semplicemente tesa ad attivare la domanda condizionata, quanto piuttosto inducono a configurare l'atto di opposizione come introduttivo di un nuovo procedimento ⁽¹⁴⁹⁾ ⁽¹⁵⁰⁾.

Ma al di là delle incongruenze che emergono dalla lettura del dato normativo, la tesi in esame va senz'altro respinta perché carente sul piano sistematico. Coglie nel segno l'obiezione di Garbagnati, che rileva la difficoltà di concepire un'azione speciale come provvedimento

rappresenta invero un punto piuttosto controverso, e su cui si avrà modo di tornare più avanti, è condiviso anche da Garbagnati, *op. ult. cit.*, p. 140

¹⁴⁹ In questa direzione Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, *cit.*, p. 134; Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, *cit.*, p. 783 e 784, che nota anche come la terminologia usata dal legislatore parli di accoglimento totale o parziale o di rigetto dell'opposizione, e pertanto appare in realtà difficile pensare ad un accoglimento o rigetto dell'opposizione inteso come condizione di ammissibilità della domanda.

¹⁵⁰ Queste stesse osservazioni forniscono elementi di critica anche nei confronti della tesi (che verrà di seguito presa in esame) per cui l'azione di condanna posta a fondamento della fase d'opposizione sarebbe, in definitiva, la stessa domanda che in prima battuta ha consentito al creditore di ottenere il decreto ingiuntivo successivamente opposto.,

giurisdizionale avente un'efficacia esecutiva puramente potenziale, ossia un provvedimento destinato a rimaner privo di qualsiasi efficacia *ab origine* nell'ipotesi in cui venga accolta l'opposizione della parte ingiunta ⁽¹⁵¹⁾.

Ma soprattutto l'obiezione che mette definitivamente fuori campo la possibilità di accogliere la tesi elaborata da Andrioli viene dall'impossibilità di conciliare le funzioni che l'Autore riconosce al giudizio di opposizione con la struttura proposta. E infatti non si comprende come - partendo dal presupposto che l'opposizione non ponga automaticamente nel nulla il decreto d'ingiunzione – sia possibile contemperare l'esigenza di un giudizio che abbia “*anche per oggetto la conformità del provvedimento monitorio a diritto*” con l'affermazione (necessaria per chi escluda alla fase d'opposizione un coefficiente impugnatorio) per cui l'atto d'opposizione

¹⁵¹ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 139, il quale rileva anche come nella prospettiva criticata, e cioè secondo cui fino al momento dell'opposizione l'azione ordinaria rimarrebbe improduttiva di effetti giuridici, non possa trovare giustificazione “*la litispendenza di cui all'ultimo comma dell'art. 643*” che, secondo l'Autore, non potrebbe prodursi salvo ammettere che con il ricorso per decreto ingiuntivo sia già stata esercitata l'azione ordinaria di condanna. Invero tale osservazione parrebbe tranciante ove si accogliesse l'intera ricostruzione offerta da Garbagnati, secondo cui gli effetti del decreto ingiuntivo soggetto ad opposizione non differiscono da quelli di un'ordinaria sentenza di condanna. Diversamente la norma citata non pare decisiva, in quanto l'ultimo comma dell'art 643 c.p.c. si limita a prevedere che la notifica del decreto determina la pendenza della lite, è ciò non presuppone l'esercizio di un'azione ordinaria di condanna, potendo invece intendersi la “*pendenza della lite*” come pendenza della causa monitoria.

non costituisce altro che *“la domanda di rigetto dell’azione ordinaria fatta valere con il ricorso”* ⁽¹⁵²⁾.

In altri termini non è chiaro come operi il meccanismo che porta, per l’ipotesi in cui l’opposizione venga accolta, all’eliminazione del decreto. Se infatti si ammette che il decreto ingiuntivo non viene spazzato via in conseguenza della notifica dell’atto di citazione in opposizione, e che anzi in quella sede il giudice è chiamato a conoscere della legittimità del decreto, ma si precisa al tempo stesso che la valutazione della conformità del decreto ingiuntivo a diritto non è provocata dall’opposizione (che altrimenti finirebbe per assumere i toni dell’impugnazione) non vi è altra strada che ricondurre il riesame del decreto in capo all’originaria domanda di condanna. Ma allora, allontanandosi dalla tesi in esame, sembrerebbe più coerente ricostruire il ricorso per decreto ingiuntivo ipotizzando che l’azione condizionata (quella che per Andrioli dà vita ad un processo ordinario di cognizione) sia in realtà un’azione dal contenuto impugnatorio. E ciò, oltre a rappresentare un controsenso, in quanto il riesame risulterebbe condotto su impulso dello stesso ricorrente che ha ottenuto il decreto, finirebbe comunque per instaurare un giudizio di impugnazione, che è proprio ciò che la dottrina citata sembra escludere.

Invero la tesi di Andrioli non sembra costruita in netta contrapposizione alle tesi, che poco oltre saranno prese in esame, che ricostruiscono decreto ingiuntivo e fase di opposizione in termini impugnatori; essa pare invero avvertire l’esigenza di evitare una ricostruzione dei medesimi in chiave di impugnazione a carattere c.d. sostitutivo, e rigettare così la soluzione

¹⁵² Andrioli, *op. ult. cit.*, p. 4.

proposta da Garbagnati che pagherebbe il limite di dover riconoscere in ogni caso effetto sostitutivo alla sentenza di rigetto dell'opposizione, in aperto contrasto con quanto prevede il primo comma dell'art. 653 c.p.c. che individua il titolo esecutivo nel decreto opposto (¹⁵³).

**3.b) Segue: l'opposizione quale giudizio – ordinario o speciale -
sull'unica azione di condanna proposta con il ricorso alla tutela
monitoria. Ragioni di non completa persuasività.**

La seconda alternativa, che incontra il consenso di una parte consistente della dottrina anche recente, ricostruisce il rapporto tra decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione assumendo che le due fasi rappresentino altrettanti “segmenti” del medesimo procedimento, o meglio due *sub*-procedimenti legati da un'unica azione di condanna, quella che il creditore esercita con il deposito del ricorso teso ad ottenere il provvedimento monitorio (¹⁵⁴).

La soluzione si discosta da quella poco sopra presa in esame, e per cui il ricorso contiene due domande - quella speciale monitoria e quella ordinaria

¹⁵³ Andrioli, *op. ult. cit.*, p. 67.

¹⁵⁴ Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 1000 e ss.; Sciacchitano, *Ingiunzione*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 521; Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 750; Sbaraglio, «Revirement» della Corte di cassazione in tema di inderogabilità della competenza del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2985; spunti anche in Balbi, *Ingiunzione*, cit., p.

di condanna, posta in via “condizionata” – ponendo invece a fondamento della fase monitoria in senso stretto e dell’eventuale giudizio di opposizione la stessa azione di condanna esercitata nella fase monitoria.

In pratica decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione rappresentano due fasi distinte (la prima senza contraddittorio) di un unico procedimento speciale che inizia con la domanda proposta nelle forme del ricorso di cui all’art. 638 c.p.c., e prosegue con l’opposizione di cui all’art. 645 c.p.c. ⁽¹⁵⁵⁾. Opposizione che, nella prospettiva descritta, finisce per perdere ogni autonomia procedimentale e assumere una dimensione meramente “interinale”, degradando a mera comparsa di risposta dell’ingiunto con funzione di impulso del giudizio che si svolge in contraddittorio tra le parti ⁽¹⁵⁶⁾.

¹⁵⁵ Salvo ricostruire decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione in termini impugnatori (si rinvia in proposito ai paragrafi che seguono), l’unica via per realizzare un coordinamento con la sentenza di condanna che il giudice emana all’esito della fase di opposizione, almeno nell’ipotesi di cui all’art. 653 co. 2°, ma forse anche del co. 1° pare essere quella di riannodare alla sentenza sull’impugnazione l’originaria azione di condanna contenuta nel ricorso depositato dal creditore.

¹⁵⁶ La definizione è di Montanari, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza inderogabile del relativo giudice: un ripensamento davvero corretto ?*, in Giur. It., 1993, I., p. 233 il quale giustamente esclude la tesi che tende a svalutare il dato testuale dell’art. 645 c.p.c., quale criterio attributivo della competenza del giudice dell’opposizione, che per alcuni (Sbaraglio, “*Revirement*” della Corte di cassazione in tema di inderogabilità della competenza del giudice dell’opposizione a decreto ingiuntivo, cit., 2980 e ss.) andrebbe individuato in base alla semplice (ma così non pare) ragione per cui quello stesso ufficio risulterebbe attualmente investito della lite promossa con il ricorso; ipotesi ricostruttiva che presuppone una precisa articolazione strutturale, tra decreto ingiuntivo e fase di opposizione, in

La soluzione proposta sarebbe, secondo la dottrina che la espone, l'unica via capace di realizzare un coordinamento tra decreto ingiuntivo e l'eventuale sentenza che il giudice emana all'esito della fase di opposizione ai sensi dell'art. 653 c.p.c., che letto alla luce delle ricostruzioni alternative – ossia giudizio di opposizione come giudizio autonomo di accertamento negativo, oppure quale impugnazione del decreto ingiuntivo – mostrerebbe evidenti limiti di incompatibilità nell'ipotesi di cui all'art. 653 co. 2°, ma soprattutto del co. 1° ⁽¹⁵⁷⁾.

Non pare invero che tale risultato possa essere raggiunto svalutando la fase di opposizione a mera prosecuzione del procedimento monitorio, e ciò non tanto in conseguenza di alcune obiezioni, di carattere prevalentemente formale, che sebbene non risultino essere state del tutto superate dalla dottrina che più approfonditamente ha studiato tale ricostruzione (mi riferisco in particolare a Nicoletti e Vignera) non sembrano poter comunque rivestire un ruolo decisivo nell'individuare la soluzione corretta, quanto più perché lo schema in esame – che per certi versi è comunque apprezzabile – finisce per portare a conclusioni contraddittorie e inconciliabili con i passi fondamentali (e uniformemente condivisi) dell'istituto, chiudendo l'interprete in un vicolo cieco dal quale si esce solo concedendo al

termini di prosecuzione c.d. orizzontale del giudizio nell'alveo dell'unico arco processuale, ove la citazione in opposizione degrada pertanto al ruolo di atto di impulso in senso stretto. Ma una tale premessa, come vedremo, non può essere accolta, in quanto inconciliabile sul piano sistematico ma ancor più con le norme che il legislatore ha approntato per il giudizio di opposizione.

¹⁵⁷ Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 753 e 754

procedimento monitorio e alla fase di opposizione il patentino di processo di condanna “speciale”, e svalutandone i profili che si pongono in conflitto con una coerente ricostruzione sistematica dell’istituto, opponendo che gli stessi *“non rappresentano altro che un dato orientamento della politica giudiziaria”* ⁽¹⁵⁸⁾, e specialmente *“costituiscono una delle possibili modalità di regolamentazione dei rapporti tra provvedimento anticipatorio e sentenza di merito”* ⁽¹⁵⁹⁾.

Anticipate le conclusioni cui si ritiene di poter giungere all’esito della verifica della prospettiva in esame, è ora opportuno ripercorrere gli snodi di questa tesi e metterne in evidenza i profili critici.

Il punto di partenza è costituito dalle pagine del Nicoletti, il quale, rilevata l’inidoneità di alcuni rilievi formali evidenziati dalla dottrina (Garbagnati) che nega la possibilità di attribuire all’opposizione il carattere di continuazione in senso orizzontale ⁽¹⁶⁰⁾, pone a fondamento della sua ricostruzione la “singolarità” che caratterizza il regime della prova scritta nel procedimento monitorio, che sarebbe – da un punto di vista quantitativo ma anche qualitativo - diversa da quella ordinaria, corrispondendo ad una

¹⁵⁸ La frase in corsivo è di Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 1004, ripresa anche da Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 754.

¹⁵⁹ Vignera, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁶⁰ Sull’esame di tali rilievi formali della normativa si rinvia poco oltre, in questo paragrafo. Essi attengono principalmente alla possibilità di ammettere che il procedimento sommario d’ingiunzione possa proseguire trasformandosi in un processo con cognizione ordinaria; nonché alla possibilità di conciliare l’atto di citazione, cui generalmente è riconosciuta la funzione di introdurre un nuovo giudizio o una nuova fase dello stesso, con una funzione di “mero” impulso.

cognizione meramente formale ⁽¹⁶¹⁾. Ciò troverebbe conferma nella prospettiva stessa (ritenuta aberrante) per cui “*una prova, nella sua qualità di rappresentazione del fatto, sia prodotta (id est creata) da colui cui giova (art. 654 comma 2°, 635, 636), senza alcuna inerenza, nel processo di creazione della prova, dell’altra parte*”.

Pertanto il decreto ingiuntivo sarebbe caratterizzato da alcuni aspetti che lo rendono del tutto peculiare, e non assimilabile ad altre figure pur previste dal codice di rito, quali la sentenza non definitiva, oppure la sentenza di condanna con riserva delle eccezioni; pronunce che sono governate dal principio della verità sostanziale (e non solamente formale), in quanto i fatti dedotti dall’attore sono gravati del consueto onere della prova, e quindi la loro esistenza viene accertata dal giudice.

Da questa premessa deriva la necessità di ricostruire il giudizio di opposizione quale strumento per sostituire alla verità formale l’eventuale divergente verità sostanziale ⁽¹⁶²⁾. E per realizzare ciò, nel rispetto del

¹⁶¹ Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 998. In senso contrario si veda Garbagnati, *Il procedimento d’ingiunzione*, cit., p. 12, e anche pp. 28-30

¹⁶² L’osservazione sulla rilevanza che l’onere probatorio riveste in questo peculiare procedimento che si svolge *inaudita altera parte*, al fine di ammettere (o meno) che il giudice chiamato a pronunciarsi sul ricorso per ingiunzione svolga funzione di accertamento, è questione tra le più dibattute e caratterizzanti il procedimento monitorio. Rinviamo in proposito a quanto già precisato nel Capitolo I, giova ricordare come il rilievo non sia in realtà destinato ad riverberare effetti sensibili per chi, come noi, ritiene che il giudice chiamato a concedere il decreto debba valutare la fondatezza in fatto e diritto della pretesa fatta valere dal ricorrente, anche sulla scorta di regole probatorie in parte diverse da quelle valevoli in un processo ordinario di cognizione, e che quindi vincolano il giudice a ritenere

principio del contraddittorio sancito dall'art. 101 c.p.c., e ancor più dall'art. 24 Cost. che prevede la difesa quale diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, Non vi sarebbe altra alternativa che quella di configurare la fase di opposizione come una continuazione orizzontale di quel procedimento che si è aperto con la proposizione del ricorso ingiuntivo ⁽¹⁶³⁾ ⁽¹⁶⁴⁾.

legalmente provato il credito anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste nel rito ordinario.

Diversa, all'evidenza, è la questione di carattere preliminare che attiene alla possibilità di ammettere che, nonostante la mancanza di un contraddittorio, l'attività di cognizione che il giudice del monitorio è chiamato a svolgere abbia caratteristiche tali da determinare l'accertamento del diritto del ricorrente. Anche relativamente a questo profilo si rileva che, come emerge dal raffronto con la disciplina contumaciale, *mutatis mutandis*, il contraddittorio non è elemento tecnicamente necessario per giungere all'accertamento giurisdizionale del diritto azionato, ma invece riveste il ruolo essenziale di elemento necessario affinché il procedimento non si discosti dal paradigma del "giusto processo", e così assume rilievo di elemento essenziale affinché il provvedimento giurisdizionale che ha deciso sul merito possa acquisire l'autorità di cosa giudicata.

¹⁶³ Nicoletti, *op. ult. cit.*, p. 1004 ritiene che la configurazione dell'opposizione come impugnazione pur dando luogo ad una continuazione o prosecuzione procedimentale del processo ingiuntivo in senso stretto, provocherebbe un distaccamento verticale del contraddittorio, e verrebbe ad urtare contro l'art. 24 Cost.

Sulla funzione del giudizio di opposizione quale elemento di riequilibrio della parità delle armi tra le parti, e sull'esigenza di temperare principi costituzionali contrapposti – quali il diritto alla difesa e la ragionevole durata del processo – adottando una lettura "aperta" del rapporto tra momentanea rinuncia alla difesa e compatibilità costituzionale, si rinvia a quanto già precisato *sub* Par. 2) Cap. I.

¹⁶⁴ L'opinione è condivisa da Sciacchitano, *Ingiunzione*, in *Enciclopedia del diritto*, *cit.*, p. 521., afferma che spezzare l'unicità della cognizione "appare artificioso

L'opposizione, in aderenza a quanto prevedono gli artt. 648 e 653 c.p.c., non pone nel nulla il decreto ingiuntivo che quindi permane ed è destinato a sopravvivere se l'ingiunto non contesta specificamente la prova "formale"; solo la contestazione dell'opposto comporta infatti per il creditore la necessità della sostituzione della prova "formale" ⁽¹⁶⁵⁾.

Quanto al rapporto tra il decreto ingiuntivo e la decisione sull'opposizione medesima (e che rappresenta forse il passaggio più critico) la tesi in esame è costretta a "fare i conti" con la previsione dettata dall'art. 653 c.p.c. Non vi sono problemi per il caso in cui l'opposizione sia accolta in tutto o in parte, mentre la soluzione offerta non pare armonizzabile con il primo comma

oltreché pericoloso in quanto configurando l'opposizione come un'impugnazione potrebbe far sorgere il dubbio se sia appellabile la sentenza dell'opposizione". Pertanto l'Autore ritiene coerentemente che "l'opposizione sia più strettamente legata alla prima fase del giudizio di quanto possa esserlo un'impugnazione: in essa si completa quella cognizione della causa che nella prima fase non poteva essere totale per ragioni di struttura del procedimento". Così anche Sbaraglio, «Revirement» della Corte di cassazione in tema di inderogabilità della competenza del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, cit., p. 2985, secondo cui l'atto di opposizione è da ritenersi "in realtà atto interinale di un procedimento già virtualmente instaurato con il ricorso introduttivo ed attualmente pendente ai sensi del citato art. 643 c.p.c. [e] assolve, pertanto, alla funzione di una comparsa di risposta". Nella stessa direzione anche Franchi, La litispendenza, cit., p. 175, che esclude la possibilità di ricostruire la fase di opposizione come giudizio di impugnazione del decreto sulla base di un presupposto ritenuto erroneo da larga parte della dottrina, e cioè la formulazione dell'ultimo comma dell'art. 643 c.p.c. "che fa decorrere la pendenza della lite dalla notifica del decreto rende assai arduo spiegare come processo autonomo la serie di atti che, cominciando dall'opposizione, si inserisce nella lite già pendente, e non può inserirsi se questa pendenza non è già in atto".

¹⁶⁵ Nicoletti, op. ult. cit., p. 1008.

dell'art. 653 c.p.c.: qualora infatti l'opposizione venga rigettata la norma sancisce la definitiva sopravvivenza del decreto ingiuntivo; risultato che invece non pare ragionevolmente riconducibile allo schema in esame, difettando nella specie un meccanismo che consenta la sopravvivenza del decreto pur all'esito della sentenza di condanna.

La costruzione offerta paga a ben vedere lo stesso limite che egli stesso denuncia nella tesi "concorrente", quella che ricostruisce il giudizio di opposizione in termini impugnatori, e che è costretta ad annacquare il primo comma dell'art. 653 c.p.c. – considerandolo "impreciso" – perché attribuisce al decreto, in caso di rigetto dell'impugnazione, l'efficacia esecutiva, anziché dichiararne l'assorbimento, o la sostituzione, ad opera della sentenza resa all'esito del giudizio di opposizione (¹⁶⁶).

In conseguenza di ciò l'Autore, per uscire dall'*impasse*, è costretto a giustificare la previsione contenuta nel 1° comma dell'art. 653 c.p.c. ammettendo che ciò non rappresenti altro che un dato orientamento di politica giudiziaria, come accade anche per il decreto penale, "*il quale invece automaticamente cade in caso di proposizione di (ammissibile e coltivata) opposizione (artt. 509, 510 c.p.p.)*" (¹⁶⁷).

L'impostazione delineata da Nicoletti è stata più recentemente accolta da Vignera, che ne ha sviluppato alcuni aspetti (¹⁶⁸), ripercorrendo – in primo

¹⁶⁶ Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit. p. 137, per il quale la sentenza di rigetto dell'opposizione si sostituisce al decreto impugnato esattamente come la sentenza di rigetto dell'appello.

¹⁶⁷ Nicoletti, *op. ult. cit.*, pp. 1002 e 1004.

¹⁶⁸ Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 720 e ss.

luogo – la natura della decisione di merito conclusiva del giudizio di opposizione (nelle tre ipotesi di rigetto, accoglimento e accoglimento parziale) al fine di individuare la natura dell'azione esercitata con il ricorso per decreto ingiuntivo, nel presupposto che la natura di un'azione giudiziale risulti del tutto speculare a quella della sentenza conclusiva della vicenda processuale da essa provocata.

Dall'esame, prevalentemente incentrato attorno alla natura della sentenza che rigetta l'opposizione ai sensi dell'art. 653 co. 1° c.p.c., emerge come la stessa non possa considerarsi meramente dichiarativa, in quanto la norma ricollega espressamente ad essa la possibilità di iscrivere ipoteca giudiziarie, nonché al suo passaggio in giudicato ovvero alla sua provvisoria esecutività la possibilità di procedere ad esecuzione forzata. Si tratta, all'evidenza, di effetti tipici della sentenza di condanna. Al tempo stesso però la ricostruzione proposta conferisce alla sentenza profili peculiari che la rendono una sentenza di condanna *sui generis*, in quanto gli stessi “*non ineriscono alla sentenza che ne costituisce il fattore genetico, ma ad un provvedimento strutturalmente diverso: il decreto ingiuntivo*”¹⁶⁹).

Pertanto, partendo dall'affermazione per cui procedimento monitorio e giudizio di opposizione costituiscono due *sub*-procedimenti di un unico processo alla cui base v'è un'unica azione ordinaria di condanna, Vignera ricostruisce il coordinamento tra le due fasi secondo lo schema del provvedimento anticipatorio e della decisione anticipata, nell'alveo di un processo di condanna “speciale”.

¹⁶⁹ Vignera, *op. ult. cit.*, p. p. 747.

Né, secondo l'Autore, potrebbe opporsi a tale ricostruzione l'annosa questione legata alla sopravvivenza del decreto ingiuntivo pendente l'opposizione, ai sensi dell'art. 648 c.p.c., che implicherebbe – secondo altra parte della dottrina – la necessità di scorgere nell'opposizione un mezzo di impugnazione del decreto; né la definitiva esecutività del decreto in caso di estinzione del giudizio di opposizione, ai sensi del 1° comma dell'art. 653 c.p.c., che parrebbe richiamare la disciplina, dettata per l'estinzione del giudizio di impugnazione, dall'art. 338 c.p.c. a norma del quale l'estinzione del procedimento d'appello fa passare in giudicato la sentenza impugnata.

E infatti la sopravvivenza del decreto alla proposta impugnazione, o la sua definitiva esecutività in caso di estinzione della fase di opposizione, troverebbe il suo “*pendant*” nella recente formulazione dell'art. 186 *ter*, comma 2° c.p.c., che con l'istituto in esame condivide la *ratio* acceleratoria e deflattiva comune a tutte le ipotesi di provvedimenti anticipatori di condanna.

Tale circostanza finirebbe poi per accreditare ulteriormente quanto già sosteneva Nicoletti relativamente alla soluzione adottata dal legislatore con l'art. 653 comma 1° c.p.c., ossia che la sopravvivenza del decreto ingiuntivo “*non rappresenta altro che un dato orientamento della politica giudiziaria*”, ma soprattutto che la modalità con cui la sentenza che rigetta l'opposizione è chiamata ad incidere sul decreto rappresenta semplicemente “*una delle possibili modalità di regolamentazione dei rapporti tra provvedimento anticipatorio e sentenza di merito*” (¹⁷⁰).

¹⁷⁰ Vignera, *op. ult. cit.*, pp. 754-755

Pertanto, nella prospettiva cui anche Vignera aderisce, il procedimento monitorio e il giudizio di opposizione costituiscono due sub-procedimenti di un unico processo, alla cui base sta un'unica azione di condanna, e *“nell’ambito del quale i provvedimenti conclusivi dei due sub-procedimenti (decreto ingiuntivo e sentenza sull’opposizione) sono legati da un nesso ricollegabile a quello intercorrente tra provvedimento anticipatorio e decisione anticipata”*. In particolare si tratterebbe di un processo di condanna speciale, in quanto speciale è la modalità introduttiva della domanda (il ricorso), della proposizione della comparsa di risposta (l’atto di citazione in opposizione a decreto), ma soprattutto speciale è la sentenza che definisce il processo, e che avrà contenuto ed effetti diversi a seconda che essa accolga in tutto o in parte l’opposizione, ovvero – e questo come già si è detto rappresenta l’aspetto più peculiare – rigetti l’opposizione causando la produzione dell’esecutività del decreto (¹⁷¹).

La prospettiva così delineata, come precisa lo stesso Autore, consente di consolidare alcuni aspetti importanti, tra i quali, ad esempio, una perfetta corrispondenza non solo sostanziale, ma anche formale, tra attore e convenuto (rispettivamente il creditore ricorrente e il debitore ingiunto), con le consuete ripercussioni in ordine al principio dell’onere della prova. E ancora la costruzione permetterebbe di far retroagire gli effetti della pendenza della lite (ex art. 643, ult. co.) già al momento del deposito del ricorso.

Al tempo stesso una volta che il decreto sia stato emanato sarà possibile negare rilievo ai requisiti di ammissibilità previsti dall’art. 633 c.p.c. e

¹⁷¹ Vignera, *op. ult. cit.*, pp. 768 e 769.

pertanto la loro mancanza diverrà irrilevante in sede di opposizione, laddove il giudice ravveda la fondatezza della pretesa creditoria. Al più la carenza di tali presupposti finirà per avere risonanza al limitato fine della statuizione sulle spese di giudizio, ai sensi dell'art. 92, co. 1° c.p.c. Ne deriva che l'opposizione fondata sulla sola insussistenza delle condizioni di cui all'art. 633 va rigettata nel merito (e non invece dichiarata inammissibile, secondo la prospettiva che individua nel giudizio d'opposizione un'impugnazione) in quanto non risulterebbero contestati i fatti dedotti dall'attore.

Da ultimo, ma non meno importante, l'eventuale incompetenza del giudice che ha emanato il decreto ingiuntivo finirebbe per impedire, in sede di opposizione, la pronuncia sul merito, ma al tempo stesso – trattando appunto di prosecuzione e non di impugnazione della fase in senso stretto monitoria – quel decreto non potrà essere revocato, potendosi al più agire sulla sospensione della provvisoria esecutività. Pertanto quel processo dovrà essere riassunto avanti al giudice competente, ferma, nel frattempo, la validità del decreto ingiuntivo emanato dal giudice incompetente.

La tesi elaborata da Nicoletti, e più recentemente rinverdata da Vignera, che annulla ogni profilo impugnatorio e ricostruisce decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione come sub-procedimenti di un unico processo, sul modello del rapporto tra provvedimento anticipatorio e decisione anticipata, sebbene coerente (e interessante quanto ad alcuni, ma non tutti, degli effetti che gli stessi autori vi ricollegano) non pare invero compatibile con il dato normativo, né soddisfacente sul piano sistematico.

In primo luogo non sembra di poter del tutto condividere l'affermazione di Nicoletti, che ritiene di superare gli argomenti di natura formale

tradizionalmente opposti a questa ricostruzione dalla dottrina che ricostruisce l'opposizione in termini impugnatori (¹⁷²), per quanto in effetti gli stessi non rivestano carattere decisivo ai fini del problema in esame, sebbene rappresentino comunque delle indicazioni utili.

E così non convince quella funzione, apparentemente tranquillante, di mero atto d'impulso, o comunque di comparsa di risposta, assegnata all'atto di citazione in opposizione al decreto ingiuntivo. La notifica dell'atto di citazione è in realtà la forma tipica con cui si introduce un giudizio di cognizione, o una nuova fase (di impugnazione) dello stesso. Il dato normativo pertanto non fa certamente pensare ad una prosecuzione dello stesso giudizio, quanto piuttosto all'inizio di uno nuovo (¹⁷³). Se poi è vero che, in astratto, il far leva sulla funzione processuale tipica – quale atto processuale – della citazione resta un argomento eminentemente formale (¹⁷⁴), non può accogliersi la prospettiva che trova conferma dell'equivalenza tra atto di citazione in opposizione e comparsa di risposta nell'erronea interpretazione dell'art. 643 c.p.c. per cui l'atto di opposizione al decreto ingiuntivo consentirebbe alla litispendenza di “risalire” automaticamente sino alla proposizione del ricorso, consolidando la pendenza del procedimento monitorio all'interno del quale, l'opposizione finirebbe per risolversi in una comparsa di risposta.

¹⁷² Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 134

¹⁷³ Garbagnati, *op. e loc. ult. cit.*; Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 783; Montanari, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza inderogabile del relativo giudice: un ripensamento davvero corretto?*, cit., pp. 233-234; Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., p. 65.

¹⁷⁴ Nicoletti, *op. ult. cit.*, p. 995.

In primo luogo non pare potersi raccordare al preciso e incompatibile dato normativo di cui all'art. 2943 c.c. - che prescrive la notifica dell'atto introduttivo - un'interpretazione dell'art. 643 c.p.c. per cui *la lite introdotta con la domanda di ingiunzione deve considerarsi pendente a seguito della notifica del ricorso e del decreto, ma gli effetti della pendenza retroagiscono al momento del deposito del ricorso* ⁽¹⁷⁵⁾.

Si aggiunga che, come è stato notato, l'art. 645 espressamente individua il giudice cui va proposta l'opposizione: non si intuisce la ragione di una previsione *ad hoc* nell'ipotesi in cui la fase di opposizione fosse ricostruita quale prosecuzione del giudizio pendente. Altrettanto vale per l'espressa previsione relativa alla notifica dell'atto di citazione nel domicilio eletto.

La posizione del debitore ingiunto che notifica l'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo non pare facilmente assimilabile a quella del convenuto che si costituisce con la comparsa di risposta. Il primo, infatti, non si costituisce in giudizio con la semplice notifica del proprio atto, ma solo con il successivo deposito in cancelleria dell'atto di citazione, pena l'improcedibilità dell'opposizione stessa. L'ingiunto dunque, come ha rilevato Ronco, si troverebbe in una *“situazione di ingiustificata*

¹⁷⁵ Così invece Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo*, cit., p. 964 e ss.; Vignera, *La relazione strutturale*, cit., p. 770 e Ronco, *Struttura e disciplina*, cit., p. 331. Sugli effetti della notifica del decreto ingiuntivo e del ricorso (pendente il termine per il giudizio di opposizione), ai fini della qualificazione della litispendenza semplice, si veda Tarzia, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti al giudice incompetente*, in *Giur. It.*, 1963, I, 2, p. 123-124.

disparità di trattamento normativo”, rispetto ad un ordinario convenuto, e a causa di una scelta libera del creditore ricorrente (¹⁷⁶).

Non convince poi la spiegazione che Nicoletti fornisce relativamente alla possibilità di configurare la fase di opposizione quale ulteriore prosecuzione del procedimento ingiuntivo, ancorché ciò implichi che il procedimento sommario si trasformi in un processo a cognizione ordinaria destinato a porre capo ad una sentenza di condanna (¹⁷⁷). Secondo l’Autore, infatti, anche la tesi che ricostruisce l’opposizione come impugnazione costituisce pur sempre una continuazione del giudizio, e patisce di conseguenza lo stesso limite, il cui valore critico apparirebbe dunque “patentemente tautologico”. La chiosa invero non coglie nel segno, e anzi ci pare un poco illogica nella parte in cui non rileva come, nella prospettiva che delinea l’opposizione in termini impugnatori, il coefficiente innovatore cui imputare la trasformazione del processo è dato proprio dalla stessa notifica dell’opposizione-impugnazione del decreto ingiuntivo, mentre invece analogo effetto non può all’evidenza ricondursi all’opposizione-comparsa di risposta.

Quanto poi al fatto che una ricostruzione in termini orizzontali dei due noti *sub*-procedimenti rappresenti comunque una scelta obbligata in virtù del singolare regime probatorio che consente – nella fase ingiuntiva in senso stretto – una cognizione quantitativa e qualitativa diversa da quella ordinaria, e ponga dunque l’esigenza costituzionale che il diritto alla difesa, e quindi alla prova “sostanziale”, venga garantito attraverso la prosecuzione

¹⁷⁶ Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., p. 70 e ss.

¹⁷⁷ Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo*, cit., p. 993.

del procedimento, evitando illegittimi distacchi verticali del medesimo (come precisa lo stesso Nicoletti), sia consentito opporre i risultati raggiunti in proposito dalla dottrina più autorevole, e già sintetizzati sub Par. 1) Cap. 1.

E infatti il giudice chiamato a concedere il decreto deve valutare la fondatezza in fatto e diritto della pretesa fatta valere dal ricorrente, sia pur sulla scorta di regole probatorie in parte diverse da quelle valesi in un processo ordinario di cognizione. Nonostante la mancanza di un contraddittorio, l'attività di cognizione che questi è chiamato a svolgere ha comunque caratteristiche tali da determinare l'accertamento del diritto del ricorrente. Il contraddittorio non è elemento tecnicamente necessario per giungere all'accertamento giurisdizionale del diritto azionato, ma invece riveste il ruolo essenziale di elemento necessario affinché il procedimento non si discosti dal paradigma del "giusto processo", e pertanto assume rilievo di elemento essenziale affinché il provvedimento giurisdizionale che ha deciso sul merito possa acquisire l'autorità di cosa giudicata. Ecco allora che la possibilità di instaurare il contraddittorio *ex post*, a seguito della notifica del decreto ingiuntivo, permette (quantomeno i astratto) di individuare quella forma di tutela necessaria affinché sia possibile informare lo schema del procedimento monitorio al paradigma del giusto processo.

In ogni caso, anche qualora non si ritenesse di aderire a tale prospettiva, giova ricordare come l'esigenza costituzionale di garantire al debitore ingiunto la possibilità di instaurare un giudizio a cognizione piena, vada ragionevolmente temperata con l'esigenza di garantire una ragionevole durata al processo, e appaia comunque soddisfatta qualora il contraddittorio

sia garantito alla parte che lo pretende anche in un momento successivo al provvedimento (¹⁷⁸), e ciò è quanto accade nel caso dell'opposizione-impugnazione, il cui giudizio si svolge pur sempre sotto l'arco processuale del giudizio di primo grado (¹⁷⁹).

La vera questione, che verrà presa in esame nei paragrafi che seguono, è piuttosto quella di garantire che il recupero del contraddittorio, nella fase di opposizione, sia idoneo a garantire il pieno riequilibrio del principio di parità delle armi tra le parti in causa, e quindi possa valere *“a far ricollocare in una posizione in nulla deteriorata e appieno rimodellata il destinatario della condanna pronunciata inaudita altera parte”* (¹⁸⁰). Pertanto non pare che il rispetto delle esigenze costituzionali invocate da Nicoletti possano trovare una tranquillante sistemazione attraverso la mera configurazione in termini orizzontali, piuttosto che verticali, della fase di opposizione. Emerge invece la necessità che in sede di opposizione il debitore ingiunto sia posto in condizione di recuperare prontamente lo

¹⁷⁸ Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, cit., 1020, nonché, per ulteriori riferimenti, si veda supra, Par.1) Cap. I.

¹⁷⁹ Anche la dottrina che ricostruisce la fase di opposizione in chiave impugnatoria non mette in dubbio che all'esito dell'opposizione il giudice metta capo ad una sentenza di primo grado; Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., p. 35; Allorio, *Diritto alla difesa e diritto al gravame*, cit., p. 662; Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., p. 350 che ricostruisce l'opposizione come vera e propria impugnazione di primo grado.

¹⁸⁰ Consolo, *Del vaglio alla stregua dell'art. 111 Cost. “potenziato” dei non troppo “equi” art. 649 e 655 c.p.c. ed in genere del procedimento monitorio*, cit., p. 815

svantaggio (fisiologicamente subito), ponendosi in un rapporto di piena parità delle armi (¹⁸¹).

Quanto poi alle puntualizzazioni degli Autori in esame, circa la possibilità di conciliare la ricostruzione della fase di opposizione come prosecuzione del giudizio con il disposto dell'art. 653 c.p.c., specie del 1° comma, dovrà ammettersi che il richiamo all'istituto del decreto penale di condanna quale tassello per giustificare la sopravvivenza del decreto ingiuntivo alla proposta opposizione, e financo alla sentenza che sulla stessa decide (nel caso di rigetto dell'opposizione), pare del tutto inconferente, ancorché utilizzato come semplice esempio per sostenere che tale sopravvivenza rappresenti, in definitiva, un dato orientamento di politica giudiziaria.

Né maggior successo ci pare possano raccogliere le “integrazioni” apportate da Vignera, che per disinnescare la consueta obiezione di fondo del Garbagnati (*“chiunque neghi all’opposizione la natura di impugnazione del decreto d’ingiunzione ha l’onere di precisare ...le ragioni per cui l’esito del giudizio che si svolge in seguito all’opposizione ed i provvedimenti giurisdizionali in esso emanati vengono direttamente ad incidere sull’efficacia del decreto ingiuntivo”*) studia la natura dell'azione giudiziale attraverso l'esame della sentenza di condanna, emanata all'esito del giudizio di opposizione, specie nell'ipotesi di rigetto, ai sensi del 1° comma dell'art. 653 c.p.c., e da ciò deriva l'esistenza di un processo di condanna “speciale”. Il metodo d'indagine, condivisibile nella premessa, laddove precisa (quello che in fisica dinamica potrebbe essere il terzo principio di Newton) che la natura di un'azione giudiziale risulta del tutto speculare a quello della

¹⁸¹ Si rinvia in proposito a quanto esposto nei paragrafi che seguono.

sentenza conclusiva della vicenda processuale da essa provocata, si risolve invero in una petizione di principio, in quanto individua - in premessa - quell'azione nell'azione di condanna proposta con il ricorso per decreto dal creditore: e tale dovrebbe essere invero il risultato dell'indagine.

In altri termini l'analisi si limita a prendere atto che la sentenza emanata ai sensi dell'art. 653 co. 1° ha determinate caratteristiche, e fa dipendere quelle caratteristiche dall'azione che il creditore propone con ricorso, senza indagare se la sentenza resa all'esito del giudizio di opposizione sia conseguenza necessaria e diretta dell'opposizione stessa (come noi crediamo), e non invece del ricorso per ingiunzione. Il ricorso per ingiunzione – utilizzando lo schema logico proposta dall'Autore – provoca, qualora fondato, l'emanazione del decreto da parte del giudice; la sentenza resa all'esito del giudizio di opposizione trova invece la sua azione nell'atto di opposizione notificato dall'ingiunto, senza il quale il decreto ingiuntivo diverrebbe definitivamente stabile. A nulla giova ammettere che l'opposizione avrebbe un ruolo di mero impulso se con ciò non si sottende che con la stessa il debitore esercita un'azione destinata a “reggere la fase di opposizione” e giungere ad una sentenza. Diversamente opinando non si comprende come la stessa azione di condanna possa portare in prima battuta ad un decreto ingiuntivo e in seconda, condizionata all'opposizione dell'ingiunto, ad una sentenza di condanna (avente, secondo il Vignera, caratteristiche peculiari; vedi l'art. 653 comma 1° c.p.c.) se non ammettendo che l'originario ricorso contenga in sé due domande proposte in via

condizionata. Ma tale prospettiva, già sviluppata da Andrioli e Segni, risulta in premessa negata dagli Autori, che anzi ne evidenziano i limiti (¹⁸²).

Così la stessa analisi condotta da Vignera finisce, almeno ci pare, per minare le fondamenta della sua ricostruzione.

Inefficace risulta poi il tentativo di accostare al procedimento monitorio alcuni profili dell'ordinanza di ingiunzione disciplinata dall'art. 186-*ter* c.p.c., individuando una piattaforma comune ai due procedimenti a carattere anticipatorio. In particolare la provvisoria esecutività prevista dal 2° comma dell'art. 186 *ter* per l'ordinanza di ingiunzione e la sua definitiva sopravvivenza in ipotesi di estinzione del giudizio di merito, dimostrerebbero come la sopravvivenza del decreto ingiuntivo nelle due ipotesi speculari, e cioè pendente il giudizio di opposizione e in ipotesi di estinzione dello stesso, non obblighi l'interprete a ricostruire tale giudizio in chiave impugnatoria.

Il parallelo tra il decreto ingiuntivo e l'ordinanza ex art. 186 *ter* non pare invero perseguibile, né tantomeno idoneo alle conclusioni sopra richiamate. E infatti i due istituti pur rispondendo, in definitiva, alla stessa logica, trovano fondamento su pilastri del tutto diversi, che non permettono di individuare rilievi applicabili al giudizio di opposizione al decreto. Risultano in tal senso trancianti due considerazioni: 1) L'ordinanza ex art. 186 *ter* c.p.c. è uno strumento che presuppone la pendenza della causa ordinaria di merito, e quindi si svolge all'interno di un processo già avviato in contraddittorio tra le parti; 2) Tale ordinanza è soggetta, come prevede il terzo comma, alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui all'art. 177 e

¹⁸² Si rinvia in proposito a quanto già detto in precedenza.

178 primo comma, e pertanto durante il processo può essere modificata o revocata in qualsiasi momento dal giudice che l'ha pronunciata.

Pertanto la disciplina dello strumento previsto dall'art. 186 ter c.p.c. non è per nulla interessata dalle (stimolanti ma anche scomode) dinamiche relative agli artt. 653 e 643 (dai quali la dottrina tenta di evincere il rapporto tra il provvedimento emanato *inaudita altera parte* e il giudizio di opposizione, e la sentenza resa all'esito di questo) e la stessa non è in grado di fornire alcun addentellato utile a corroborare l'insoddisfacente conclusione per cui la sopravvivenza o la caducazione del decreto ingiuntivo costituisce semplicemente una delle possibili modalità di regolamentazione dei rapporti tra provvedimento anticipato e sentenza di merito (¹⁸³).

A chiusura di queste osservazioni sulla (in)compatibilità della soluzione offerta se ne aggiungono altre di minor consistenza ma di ugual valore. Ad esempio si rileva che la terminologia del legislatore, che parla di accoglimento, totale o parziale, e di rigetto dell'opposizione si pone in aperto contrasto con la possibilità di delineare un giudizio di opposizione come fase meramente prosecutoria avente ad oggetto la sola esistenza del diritto di credito sotteso al decreto ingiuntivo.

Assegnando alla citazione in opposizione il ruolo di mero impulso del procedimento non si sfuggirebbe dall'obiezione per cui gli atti di impulso processuale possono generalmente essere compiuti da una qualsiasi delle parti, diversamente da quanto invece accade per gli atti d'impugnazione che spettano esclusivamente alla parte in base al contenuto del provvedimento, e

¹⁸³ Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 754.

in definitiva nel caso di soccombenza (¹⁸⁴). Oltretutto l'omissione di un atto di impulso non può avere come effetto la definitività del provvedimento (ciò si verifica infatti solo in conseguenza dell'omesso atto d'impugnazione) bensì l'estinzione del processo.

E così qualora alla fase monitoria in senso stretto non segua quella di opposizione, se si ragionasse secondo lo schema proposto si dovrebbe concludere per la mancata costituzione del convenuto, e la conseguente estinzione del giudizio ex art. 307 c.p.c. In realtà non si può dubitare del fatto che la mancata opposizione del decreto non conduca di certo ad una chiusura anomala o patologica del procedimento, quanto piuttosto – in termini inversi – alla definitiva stabilizzazione di un provvedimento che non è stato impugnato (¹⁸⁵).

Vi sono poi due obiezioni di carattere sistematico che inducono ad escludere definitivamente la ricostruzione qui prospettata.

La prima attiene all'irrilevanza – in sede di opposizione - dei requisiti di ammissibilità previsti dall'art. 633 c.p.c., una volta che il decreto sia stato emanato, e ciò in quanto non si tratterebbe di un giudizio a carattere impugnatorio. Ne consegue, come ammette lo stesso Vignera, che nell'ipotesi cui il decreto ingiuntivo sia stato emanato senza i prescritti requisiti, ciò rileva al più ai fini della condanna alle spese, e non invece, come ci pare dovrebbe essere, anche per la caducazione degli atti di

¹⁸⁴ Tarzia, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, cit., p. 119, spec. 125.

¹⁸⁵ Garbagnati, *op. e loc. ult. cit.*; negli stessi termini Montanari, *op. e loc. ult. cit.*

esecuzione eventualmente compiuti sulla base del decreto che fosse stato dichiarato provvisoriamente esecutivo (¹⁸⁶).

Infine va evidenziato un profilo critico legato alla mancata possibilità, per il giudice incompetente investito della fase di opposizione, di revocare il decreto. Si è infatti detto che l'eventuale incompetenza del giudice che ha emanato il decreto ingiuntivo finisce per impedire, in sede di opposizione, la pronuncia sul merito, ma al tempo stesso – trattandosi appunto di prosecuzione e non di impugnazione della fase in senso stretto monitoria – quel decreto non potrà essere revocato, potendosi al più agire sulla sospensione della provvisoria esecutività.

Tale soluzione ci pare tuttavia insoddisfacente, perché espone il debitore ingiunto al rischio di dover subire per molto tempo gli effetti di un decreto emanato da un giudice incompetente (*mutatis mudandis* lo stesso vale in ipotesi di diritto compromesso in arbitri) con il rischio – assolutamente concreto nella disciplina attuale – di subire gli atti esecutivi *medio tempore* posti in essere dal creditore, stante l'impossibilità di ottenerne la revoca (¹⁸⁷).

In definitiva risulta tutt'altro che vinta la sfida lanciata da Garbagnati, che invitava chiunque negasse all'opposizione un coefficiente impugnatorio a

¹⁸⁶ Su tale conseguenza che deriva dal duplice oggetto del giudizio di opposizione (sulla legittimità del decreto e sul diritto di credito) si veda Consolo, *Spiegazione di diritto processuale civile. Tomo I. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 291-292.

¹⁸⁷ Sulle difficoltà, che invero ci paiono superabili, legate alla possibilità che il giudice incompetente disponga la sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo si veda Garbagnati, *op. e loc. ult. cit.*

ricomporre coerentemente il rapporto tra decreto e sentenza emanata all'esito dell'opposizione alla luce della norma di cui all'art. 653 c.p.c.

4) L'opposizione quale giudizio ibrido per certi versi di primo grado per altri d'impugnazione. La critica

La difficoltà di ricostruire il rapporto tra decreto ingiuntivo e opposizione in termini soddisfacenti ha spinto una parte della dottrina più recente ad allontanarsi dagli schemi che negano all'opposizione ogni profilo impugnatorio, elaborando soluzioni intermedie che riconducono – a volte implicitamente – alla fase di opposizione il ruolo di provocare il riesame del provvedimento concesso *inaudita altera parte*, altre volte quello di rimuovere il decreto ingiuntivo all'esito di un ordinario giudizio di cognizione.

Nel senso da ultimo enunciato muovono le osservazioni di Luiso, il quale precisa che con l'atto di opposizione l'ingiunto “trasforma” il procedimento sommario in ordinario, ma che in ogni caso tale fase non corrisponde ad un'impugnazione del decreto ingiuntivo, in quanto oggetto del processo non è il decreto, bensì la situazione sostanziale già fatta valere con esso (¹⁸⁸). Al tempo stesso, però, l'opposizione darebbe luogo ad un processo impugnatorio, in quanto – similmente a quanto accade nel caso di impugnazione di un provvedimento amministrativo, tributario o di una delibera di società o di condominio - la mancata iniziativa entro un

¹⁸⁸ Luiso, *Diritto processuale civile*, III ed., IV, Milano 2000, p. 114

determinato periodo di tempo, ovvero la mancata conclusione fisiologica del relativo processo, comporta il consolidarsi degli effetti dell'atto.

In posizione analoga, se ben s'intende, si colloca anche Proto Pisani, per il quale l'opposizione "*non è né tutta comparsa di risposta né tutta impugnazione*" nel senso che è l'una e l'altra al tempo stesso: è impugnazione perché consente al debitore ingiunto di provocare un controllo sulla validità del decreto; è comparsa di risposta – e quindi atto che si inserisce tra le scansioni di un processo già avviato – perché costituisce atto d'impulso processuale del convenuto sostanziale con cui il processo avviato dal creditore con il deposito del ricorso ex art. 638 c.p.c. prosegue secondo le forme di un processo di cognizione piena di primo grado (¹⁸⁹).

La prospettiva che propone una natura ibrida dell'opposizione, per cui essa sarebbe al contempo atto di impugnazione e atto introduttivo di un giudizio di primo grado, è accolta di recente anche da Ronco, che ritiene che il legislatore metta a disposizione dell'ingiunto la possibilità di attivare un giudizio di primo grado avente ad oggetto la pretesa azionata dal ricorrente con l'atto introduttivo della fase *inaudita altera parte*, per impedire che il

¹⁸⁹ Proto Pisani, *Opposizione a decreto ingiuntivo, continenza e connessione: una grave occasione mancata dalle sezioni unite*, in *Foro it.*, 1992, I, 3289. è opportuno dar conto, tuttavia, che lo stesso Autore ricostruisce in altra sede il rapporto tra decreto ingiuntivo e procedimento di opposizione in termini parzialmente difformi, laddove chiarisce che il giudizio di opposizione ha una funzione doppia: ha ad oggetto l'accertamento della esistenza del credito fatto valere con il ricorso ex art. 638 c.p.c. ma è anche giudizio di impugnazione in senso tecnico del decreto, in quanto "*è una impugnazione sostitutiva come è tradizionalmente ritenuto l'appello*", id, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 613

decreto si consolidi e assuma il carattere dell'incontestabilità ⁽¹⁹⁰⁾. L'Autore propone quindi di ricostruire la fase di opposizione come un'impugnazione di primo grado, che mostrerebbe maggiormente il suo profilo di atto introduttivo di un giudizio di primo grado nell'ipotesi in cui essa venga effettivamente proposta, e si svolga poi regolarmente sino a porre capo ad una decisione sostitutiva del decreto ⁽¹⁹¹⁾, mentre invece *“mostra più i connotati dell'impugnazione qualora la si consideri o nel suo non essere stata proposta o nel suo essersi arginata”*. In altri termini *“si potrebbe quasi dire che l'opposizione: quando c'è e quando funziona , va considerata come un giudizio di primo grado; quando non c'è o quando non funziona, va considerata come un'impugnazione”*.

Corollario poi della ricostruzione proposta è che la previsione contenuta nel 1° comma dell'art. 645 c.p.c. (laddove prevede che l'opposizione si propone avanti l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto) non è norma attributiva di competenza, bensì di mero raccordo tra le due fasi in cui il procedimento monitorio può articolarsi ⁽¹⁹²⁾.

Ma la tesi proposta, che configura l'opposizione alla maniera di un'impugnazione di primo grado, dalla natura cangiante a seconda che

¹⁹⁰ Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., p. 321 e ss.

¹⁹¹ Secondo l'Autore (*op. ult. cit.*, p. 476) la sentenza resa all'esito del giudizio di opposizione sostituisce il decreto anche nell'ipotesi di rigetto ai sensi del 1° comma dell'art. 653 c.p.c., nonostante il tenore inverso del testo normativo, cui va ricondotta una mera portata pratica, nel senso che il decreto mantiene comunque valenza di *chartula executiva*, e quindi è consentito al creditore, all'esito della fase di opposizione, l'alternativa di avviare l'esecuzione forzata sulla base della sentenza o sulla base del decreto.

¹⁹² Ronco, *op. e loc. ult. cit.*, p.397

l'istituto "funzioni" o meno, non sembra in grado di conferire alcun reale contributo in ordine alla qualificazione del giudizio di opposizione, lasciando inalterate le questioni già evidenziate nei paragrafi precedenti, e anzi aggiungendone di ulteriori (¹⁹³).

Tuttavia, benché le ricostruzioni che propongono di adottare una tesi mista, capace di sviluppare sulla piattaforma della fase di opposizione (intesa come prosecuzione orizzontale del rapporto processuale) alcuni profili impugnatori, non sembrano in grado di incidere significativamente sul dibattito in esame, alle stesse deve essere riconosciuto il pregio di aver saputo cogliere un aspetto fondamentale trascurato dalla precedente dottrina, e cioè l'esigenza di approntare una fase di opposizione che consenta anche (sia pure in astratto) di provocare una revisione del decreto ingiuntivo emanato.

5) L'opposizione a decreto ingiuntivo come impugnazione

¹⁹³ Si pensi, ad esempio, alle conseguenze inconciliabili che derivano dall'ammettere che la fase di opposizione abbia profili impugnatori ma al tempo stesso rappresenti una prosecuzione del procedimento che impone di interpretare il 1° comma dell'art. 645 c.p.c. quale modalità di raccordo tra due fasi, e non invece come regola sulla competenza. Così opinando si ammette che nell'ipotesi in cui il decreto ingiuntivo sia stato emanato da un giudice incompetente, questi, dovrà procedere all'annullamento per incompetenza del decreto e successivamente disporre la *translatio ex art. 50 c.p.c.* (così espressamente Ronco, *op. ult. cit.*, p. 399); ma ciò significa riconoscere al giudice dell'opposizione la competenza ad accertare la illegittimità del decreto, e a disporne la revoca o l'annullamento. Ma tale potere – interpretando la disposizione dell'art. 645 c.p.c. nel senso di norma di raccordo tra fase ingiuntiva e opposizione – è precluso al giudice.

Quanto finora detto consente dunque di escludere che la fase di opposizione a decreto ingiuntivo possa configurare un autonomo giudizio di accertamento negativo dell'esistenza del diritto, o di condanna, o ancora una fase interna del procedimento che prosegue nell'arco del medesimo processo per iniziativa del debitore ingiunto che notifica l'opposizione a decreto.

Si è cercato di dar conto del fatto che accanto ad elementi prettamente formali (¹⁹⁴), ve ne sono altri di carattere sistematico che nelle prospettive prese in esame non consentono di spiegare in maniera persuasiva come possa l'opposizione avviare un giudizio autonomo, o rappresentare un atto di impulso "*interinale*" che chiude la strada alla definitività del decreto e impone la prosecuzione del giudizio. In ogni caso le vie tracciate non consentono di spiegare come possa il decreto ingiuntivo sopravvivere durante la pendenza del giudizio di opposizione, e ancor più all'esito della stessa sentenza che rigetta l'opposizione, e quindi come, in definitiva, la fase di opposizione sia destinata ad incidere sul decreto stesso.

L'esame del rapporto tra decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione non può accontentarsi della poco soddisfacente (e forse un poco rassegnata) conclusione cui giunge quella dottrina che ricompone la struttura e gli effetti della fase di opposizione nell'alveo di un determinato orientamento di politica giudiziaria, beneficiando (si fa per dire) del patentino di processo di condanna speciale, che è in sé un rilievo all'evidenza incontestabile ma

¹⁹⁴ Specie quelli che derivano dalla disciplina sull'introduzione della fase di opposizione al decreto.

insufficiente a scandagliare i confini di un tessuto normativo alquanto contratto: tale esame deve poter individuare il meccanismo (e le sue pieghe) attraverso cui raggiungere il risultato previsto dal legislatore.

In questa prospettiva assume significato la comparazione tra il giudizio di opposizione e le impugnazioni previste dal codice di rito, per valutare se la sentenza resa all'esito del primo contenga – e in che misura – un riesame sulla validità del decreto emanato, o abbia ad oggetto solo l'accertamento sulla fondatezza del diritto di credito.

La premessa fondamentale, e assolutamente pacifica, è che il giudizio in esame si svolge secondo le norme del procedimento ordinario (art. 645 c.p.c.) e pone capo ad una sentenza di primo grado soggetta all'appello. Sentenza che il giudice emette all'esito di un giudizio che ha, quale funzione primaria, il recupero del principio del contraddittorio tra le parti, e che pertanto consentirà una cognizione piena e completa dei fatti di causa.

Tanto basta per intuire che l'accostare il giudizio di opposizione ai mezzi di impugnazione previsti dal nostro Codice permette fin da subito di individuare l'elemento caratterizzante il giudizio di opposizione, e destinato comunque a condizionare la proposta equiparazione: la fase di impugnazione è preceduta da un intero grado a cognizione piena, e così una nuova pronuncia di controllo e riesame critico di ciò che già fu deciso nel precedente grado permette alle parti di ottenere una sentenza “più giusta”, in quanto tale riesame fa sì che *“la possibilità che vi continuino ad albergare vizi o difetti – o addirittura vengano ad installarsene di nuovi – dovrebbe*

via via diminuire o rastremarsi” (¹⁹⁵). Diverso è il caso dell’opposizione a decreto ingiuntivo, che non dà (tendenzialmente) luogo ad un “motivato disparare”, ma ad un approfondimento ad opera dello stesso giudice della primitiva cognizione sulla fondatezza della pretesa già fatta oggetto di “cognizione affatto superficiale” (¹⁹⁶).

5.a) Segue: l’apparente somiglianza con l’opposizione contumaciale

Ecco perché il giudizio di opposizione è stato in passato autorevolmente accostato all’opposizione contumaciale che, vigente il vecchio codice di procedura civile, rappresentava un mezzo di impugnazione vero e proprio. concorrente con l’appello o con il ricorso per Cassazione (laddove la sentenza contumaciale fosse stata emanata in grado d’appello), concessa a favore del convenuto non citato in persona propria e a cui non fu rinnovata la citazione (¹⁹⁷). L’opposizione del contumace infatti si proponeva con atto di citazione, contenente l’esposizione dei motivi, avanti al giudice che aveva pronunciato la sentenza contumaciale, e dava luogo ad un procedimento che

¹⁹⁵ Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 351

¹⁹⁶ Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18 st. lav. ed ingiunzione per i rapporti patrimoniali: conseguenze sul giudizio di opposizione, specie sotto il profilo della litispendenza*, cit., p. 995, nota 39, che richiama l’espressione usata da Chiovenda in *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 201.

¹⁹⁷ Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, p. 239

si svolgeva nello stesso grado in cui si era svolto quello contumaciale ⁽¹⁹⁸⁾. La stessa impediva poi, secondo quanto prevedeva l'art. 475, l'esecuzione della sentenza, salvo che il giudice ne disponesse l'esecuzione provvisoria. Pertanto, ed ecco un formidabile punto di raccordo con la disciplina prevista per l'opposizione a decreto ingiuntivo, con l'opposizione contumaciale la sentenza non perdeva già i suoi effetti, e così rimaneva in piedi l'ipoteca giudiziale, il giudice poteva autorizzare l'esecuzione provvisoria, e nel caso di estinzione per perenzione o rinuncia la sentenza contumaciale notificata passava in giudicato. L'art. 480 del codice del 1865 prevedeva poi espressamente che qualora l'opponente non fosse comparso all'udienza stabilita, il giudice, su istanza della parte regolarmente comparsa, rigettava l'opposizione.

Pertanto sebbene tale strumento fosse, senza dubbio alcuno, un'impugnazione concessa al convenuto in un'ipotesi patologica, parte della dottrina ha efficacemente evidenziato come i due rimedi partecipassero di un comune, e del tutto peculiare *leit motive*: quello di un rimedio a carattere impugnatorio che costituisce in pari tempo uno strumento idoneo a rendere effettivo, attraverso un nuovo procedimento, il contraddittorio tra le parti, mancato nella precedente fase ⁽¹⁹⁹⁾.

Tuttavia, pur tenendo fermo (quantomeno in astratto) il parallelo, pare opportuno rilevare come in realtà l'opposizione contumaciale non fosse poi così in grado di garantire quel pieno recupero del contraddittorio che invece appartiene al giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo., Mi riferisco al

¹⁹⁸ Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, II, p. 547

¹⁹⁹ Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., p. 137

fatto che l'opposizione contumaciale *“non importa restituzione in intero del contumace contro le decadenze dai termini, né contro gli effetti della ficta confessio, ma solo contro il riconoscimento delle scritture”*; tale conclusione, secondo Chiovenda, emerge chiaramente dall'art. 386 del vecchio codice di rito in quanto *“quei diritti che non si hanno comparando anche prima della sentenza, a fortiori non possono aversi facendo opposizione alla sentenza”* ⁽²⁰⁰⁾.

5.b) Segue: e con l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento

Più recentemente l'opposizione a decreto ingiuntivo è stata accostata al procedimento di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, strumento diretto a contestare la validità del titolo. In particolare fino al 1970 il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolgeva senza provocare la partecipazione del fallendo, che così – similmente a quanto accade al debitore ingiunto – veniva a conoscenza del fatto solo nel momento in cui gli veniva notificato il provvedimento, la sentenza

²⁰⁰ Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 476. L'art. 386 c.p.c., inserito nell'ambito delle disposizioni speciali ai giudizi contumaciali, prevedeva che se il contumace compariva scaduto il termine per contro dedurre la prova testimoniale o far seguire la prova contraria, non avrebbe più potuto valersi delle stesse. In ogni caso qualora fosse comparso anche in via d'opposizione o d'appello, poteva, con il primo scritto difensivo, dichiarare di non riconoscere la scrittura contro di lui prodotta ovvero attribuita ad un terzo.

dichiarativa di fallimento ⁽²⁰¹⁾. Nel '70 un celebre intervento della Consulta (Corte Cost. 16 luglio 1970, n. 141) ha parzialmente modificato la disciplina, prevedendo la preventiva audizione del debitore. La partecipazione del debitore, orientata a consentirgli concretamente di esercitare il proprio diritto di difesa nel procedimento in camera di consiglio, non prevedeva tuttavia forme particolari, e tale diritto doveva ritenersi soddisfatto qualora il fallendo avesse avuto concretamente la possibilità di difendersi ⁽²⁰²⁾. In tale prospettiva l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento rappresentava, al pari dell'opposizione a decreto ingiuntivo, un'impugnazione di primo grado a carattere devolutivo, che in ragione della struttura camerale del procedimento a monte, improntato a ragioni di celerità, lasciava emergere il bisogno di una "verifica" puntuale dei presupposti del fallimento in un ordinario processo di cognizione in contraddittorio tra le parti ⁽²⁰³⁾. La somiglianza, in effetti, appariva innegabile, benché l'opposizione avverso la sentenza di fallimento, si differenziasse da quella a decreto ingiuntivo in quanto tesa a provocare la revoca della sentenza, alla maniera della *querela nullitatis*, e non invece la sostituzione del provvedimento ⁽²⁰⁴⁾.

Con le riforme del 2006 e 2007 il legislatore è intervenuto sulla disciplina, implementando il modello camerale utilizzato nella fase prefallimentare con

²⁰¹ Tedeschi, in *Il Fallimento*, a cura di Ruisi, Jorio, Maffei Alberti e Tedeschi, Torino 1972, p. 1278 e ss.

²⁰² Ferrara jr, *Il Fallimento*, IV ed., Milano, 1989, p. 231, spec. sub. nota 2.

²⁰³ E.F. Ricci, *Lezioni sul Fallimento*, Milano, 1992, p. 187

²⁰⁴ Andrioli, voce *Fallimento*, Enc. dir., XVI, Milano, 1967, 282 ss

richiami alle garanzie del contraddittorio e della parità di difesa ⁽²⁰⁵⁾, tanto che oggi pare possibile definire il procedimento prefallimentare quale rito caratterizzato dalla cognizione piena e non più da una cognizione sommaria cui poteva eventualmente seguire la cognizione piena, per il caso in cui fosse avviato il giudizio di opposizione a fallimento ⁽²⁰⁶⁾. Sembra però doversi rilevare che tale cognizione, sebbene fortemente ricarburata, non possa del tutto essere assimilata a quella cui il giudice perviene all'esito di un giudizio ordinario, in quanto si tratta pur sempre di un procedimento in camera di consiglio che, pur contenzioso, rimane informato ad esigenze di assoluta celerità e semplificazione ⁽²⁰⁷⁾. L'opposizione, che a cavallo tra le due riforme citate ha rivestito per un breve periodo la forma dell'appello ⁽²⁰⁸⁾, assume ora la forma del reclamo (art. 18 L. Fall.), e va proposto con ricorso depositato presso la cancelleria della corte d'appello.

²⁰⁵ De Santis, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio e Fabiani, Torino, 2006, p. 311; Vitiello, in *Le nuove procedure fallimentari*, a cura di Ambrosini, Torino, 2008, p. 21

²⁰⁶ Muovono in questa direzione diverse novità contenute nell'art. 15 L. Fall, tra cui, l'obbligo di notificare al debitore il ricorso per fallimento ed il pedissequo decreto; l'indicazione espressa che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento; la previsione di una doppia scansione di termini a difesa.

²⁰⁷ Basti pensare che la disciplina in esame non prevede neppure la necessità per il debitore di costituirsi nel procedimento a mezzo di un difensore. Spunti in senso contrario in Trib. Roma, 18 giugno 2008, in *Fall.*, 2009, 1202, con nota adesiva di Sangiovanni.

²⁰⁸ Consolo, *Le tutele: di merito, sommarie e cautelari*, cit., p. 208, rileva come in effetti si trattasse di un appello utilizzato in maniera un po' peculiare, in quanto teso a realizzare avanti al giudice di secondo grado una cognizione più completa.

Si tratta dunque ora di un rimedio che investe il giudice di grado superiore del riesame di un provvedimento comunque emanato all'esito di un procedimento svolto in contraddittorio tra le parti: non sembrano esservi pertanto (o comunque non più) elementi di affinità con l'opposizione a decreto ingiuntivo.

5.c) *Segue: la fase di opposizione non configura neppure mera querela nullitatis*

L'obiezione mossa da Andrioli a chi riteneva di ravvisare una sostanziale sovrapposizione tra opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento e a decreto ingiuntivo, offre l'occasione per esaminare brevemente - ed escludere - la possibilità di configurare quest'ultima quale impugnazione a carattere meramente eliminatorio, alla maniera di una *querela nullitatis* prevista un tempo nel diritto comune ⁽²⁰⁹⁾. Come già si è detto in precedenza, la prospettiva di un rimedio che si limiti a provocare l'annullamento del decreto ingiuntivo è poco soddisfacente, in quanto ben potrebbe accadere che pur in presenza di un decreto viziato (ad esempio per carenza di uno dei presupposti c.d. speciali previsti dall'art. 633 c.p.c.) il ricorrente sia titolare di un diritto di credito. E così qualora il decreto venisse annullato, al creditore non rimarrebbe altra via che dare impulso ad

²⁰⁹ Sulla querela di nullità in generale si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a Calamandrei, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, cit., p. 112.

un nuovo giudizio di condanna, senza possibilità di “proseguire” il procedimento già avviato con il rito monitorio (e così perdendo anche gli effetti sostanziali e processuali riconducibili a quella domanda) ⁽²¹⁰⁾.

La soluzione offerta non è in ogni caso armonizzabile con il dato normativo: il comma 2* dell’art. 653 prevede la possibilità che l’opposizione sia accolta solo in parte, e in tal caso il titolo esecutivo sia costituito dalla sentenza. È evidente che qualora il giudizio di opposizione avesse carattere meramente eliminatorio non potrebbe ammettersi che la relativa sentenza di accoglimento parziale possa costituire titolo esecutivo, trovandosi piuttosto di fronte all’alternativa (vincolata) di un rigetto dell’opposizione (che lascia in vita il decreto) o invece del suo accoglimento con l’eliminazione del decreto impugnato ⁽²¹¹⁾.

Si aggiunga che chi ricostruisce l’opposizione come azione di nullità del decreto ingiuntivo sviluppa il procedimento in termini di controllo della sua legittimità, e cioè delle condizioni *ex art. 653 c.p.c.* limitando la cognizione del giudice all’atto-decreto, e assorbendo qualunque questione relativa al rapporto giuridico sottostante ⁽²¹²⁾, e tale soluzione – come è stato efficacemente osservato – contrasta con i principi generali del nostro

²¹⁰ Si rinvia a quanto già detto nel paragrafo3) di questo capitolo

²¹¹ Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit. ,p. 784.

²¹² Lipari, *Mancanza di presupposti processuali nel processo ingiuntivo e pronunzia nel merito*, cit., p. 149; Socci, *Condizioni di ammissibilità del decreto ingiuntivo e conseguenze della loro inesistenza nel giudizio di opposizione*, in *Giur. Merito* 1984, I, p. 846.

ordinamento per cui la giurisdizione contenziosa ha ad oggetto rapporti giuridici sostanziali ⁽²¹³⁾.

Le stesse ragioni ora esposte consentono in definitiva di escludere categoricamente anche la tesi che ricostruisce la fase di opposizione come un'impugnazione c.d. *processuale* ⁽²¹⁴⁾. L'ipotesi muove dall'errato presupposto per cui il decreto ingiuntivo non abbia carattere decisorio ⁽²¹⁵⁾, e si limiti a fornire al ricorrente un titolo esecutivo. L'opposizione dovrebbe così rimuoverne gli effetti processuali, operando alla maniera di un'opposizione all'esecuzione, ma, senza compiere alcun accertamento sull'esistenza del diritto posto a fondamento della pretesa creditoria azionata ⁽²¹⁶⁾.

5.d) *Segue: la tesi di Garbagnati che ricostruisce l'opposizione alla maniera di un gravame sostitutivo svaluta il dato normativo, e non garantisce piena tutela all'ingiunto.*

Rimangono ora da esaminare quelle ricostruzioni che individuano nella fase di opposizione un procedimento di impugnazione, che si svolge nelle forme del giudizio di primo grado, introdotto nel quadro di un unico processo di

²¹³ Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 763.

²¹⁴ Tomei, *Procedimento di ingiunzione*, cit., pp. 560-580

²¹⁵ Si rinvia *sub* Par. 2) Cap. I

²¹⁶ Per un esame critico della posizione in rassegna si rinvia a Vignera, *op. e loc. ult. cit.*, p. 764.

cognizione che inizia con il deposito del ricorso per ingiunzione, e pone capo ad una sentenza che sostituisca il decreto impugnato. Un procedimento articolato secondo lo schema delle impugnazioni a carattere sostitutivo, che, come noto, vede in Garbagnati il maggiore interprete (²¹⁷), teso a preservare la necessità di ripudiare uno schema di impermeabile autonomia tra la fase ingiuntiva in senso stretto e il giudizio di opposizione.

La soluzione proposta dall'Autore e avallata da larga parte della giurisprudenza (²¹⁸), prevede che all'esito del giudizio di opposizione il giudice emani una sentenza che andrà a sostituirsi al decreto impugnato *“esattamente come la sentenza di rigetto dell'appello proposto dal debitore si sostituisce alla sentenza di condanna del giudice di primo grado, quale accertamento del diritto di credito insoddisfatto”*. Un rimedio quindi che trova il suo paradigma nel giudizio d'appello, ma che da esso si discosta nella parte in cui non provoca un riesame della controversia tesa a ridefinire integralmente la causa pendente, ripronunciandosi sullo stesso oggetto della sentenza di primo grado, ma piuttosto l'approfondimento, ad opera dello stesso giudice, della primitiva cognizione della fase *inaudita altera parte*.

Vi assomiglia invece nella parte in cui non pone il provvedimento di *prime cure* (e quindi il decreto) ad oggetto del giudizio, tralasciando quindi ogni censura relativa alla validità e giustizia del decreto opposto, e sostituendovi direttamente la sentenza resa all'esito della causa, che andrà a sostituirsi in ogni caso al provvedimento opposto, e ponendosi come nuova decisione

²¹⁷ Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., p. 153

²¹⁸ Vedi sub Par. 4.b) Cap. I

idonea a passare in giudicato (²¹⁹). Tale sostituzione comporta quindi l'immediata eliminazione del decreto impugnato, anche quando lo stesso sia conforme alla sentenza che lo sostituisce (²²⁰), operando così come mezzo di gravame (²²¹).

²¹⁹ Sul significato di impugnazione sostitutiva si rinvia a Cerino Canova, *Le impugnazioni civili, struttura e funzione*, cit., p. 109; Calamandrei, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, p. 174. Più recentemente Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 358.

²²⁰ Garbagnati, *op. ult. cit.*, p. 136; Attardi, *La revocazione*, cit., p. 83; Cerino Canova, *Le impugnazioni civili, struttura e funzione*, cit., p. 637 nota 235; Id, *Sulla esecutività di una sentenza riformata in appello*, in *Giur. it.*, 1977, IV, c. 177 e ss; Zanzucchi-Vocino, *Diritto processuale civile*⁵, cit., p. 366. La prospettiva è in parte accolta anche da Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*⁵, Roma, 1956, p. 136, che evidenzia affinità di natura tra opposizione e appello.

²²¹ Sulla distinzione tra mezzi di impugnazione e mezzi di gravame Calamandrei, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1951, p. 113; Id., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, cit., p. 174; Cerino Canova (Cerino Canova e Consolo) voce *Impugnazioni*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, cit., p. 3 ne riassume la posizione evidenziando le sei differenze che caratterizzano la distinzione tra mezzi d'impugnativa e di gravame.

I primi “hanno origine sostanziale, presuppongono un vizio della sentenza, tendono allo scopo di modificare uno statuto giuridico esistente, si rivolgono contro una sentenza pienamente efficace, vertono su diritti d'impugnativa, introducono un nuovo processo. All'opposto i mezzi di gravame hanno origine processuale, prescindono da un vizio della sentenza, mirano allo scopo di impedire uno stato giuridico ancora imperfetto, si indirizzano contro una sentenza attualmente inefficace, assumono ad oggetto il rapporto controverso nel processo, aprono una nuova fase del medesimo processo”.

Giova ricordare come tanto l'azione di impugnativa quanto il gravame conducano ad un nuovo giudizio sul merito della controversia. Diversa è però la materia che n'è oggetto. Nel primo caso il giudice accerta l'esistenza del diritto di impugnativa, si limita cioè a verificare la presenza di quei vizi per cui l'azione a critica vincolata è prevista. Se questa sussiste egli annulla la sentenza (fase rescindente) provvedendo in un secondo momento (fase rescissoria), logicamente e cronologicamente distinto dal primo, alla decisione della causa nel merito.

Nel gravame, invece, la sentenza di *prime cure* non è oggetto di giudizio, e la sentenza di appello non si esprime direttamente sulla sua validità e giustizia, ma sulle domande proposte dalle parti nei giudizi di primo grado. Il giudice d'appello quindi non provvede a rescindere la decisione di primo grado, ma a pronunciare una sentenza che è destinata a sostituirsi in ogni caso (sia quando statuisca in maniera difforme, sia quando sia invece del tutto conforme) a quella di primo grado, ponendosi come nuova decisione idonea a passare in giudicato.

Dunque un'impugnazione tesa ad un riesame dello stesso oggetto – e cioè del diritto di credito – su cui ha provveduto il decreto ingiuntivo opposto, e non invece uno strumento di revisione della legittimità del decreto e della correttezza della decisione in esso contenuta (²²²).

²²² Il riesame sulla titolarità del credito ovviamente potrà avvenire non solo sulla base del materiale di causa depositato dal ricorrente, ma anche delle allegazioni e delle prove che le parti riusciranno a fornire. E infatti da un lato il giudizio di opposizione consente la realizzazione del contraddittorio, e quindi di dar voce per la prima volta al debitore ingiunto, dall'altro libera il creditore dalle peculiari previsioni dell'art. 633 c.p.c., recuperando l'ordinaria disciplina sulle prove.

La ricostruzione appare *prime facie* lineare, e ha il pregio (in realtà apparente, vedi *infra*) di armonizzare lo strumento impugnatorio con le esigenze peculiari del procedimento monitorio, specie nella parte in cui evita di confinare l'impugnazione secondo lo schema del riesame del provvedimento di *prime cure*, aprendo invece un nuovo giudizio in contraddittorio tra le parti, avente ad oggetto l'accertamento del diritto di credito insoddisfatto. Tenuto conto che il decreto risulta emanato all'esito di una fase processuale caratterizzata da una cognizione dei fatti allegati dal solo ricorrente, l'opposizione assume quale prioritaria funzione quella di consentire all'ingiunto il pieno recupero del contraddittorio, e quindi in primo luogo la possibilità di completare l'allegazione dei fatti di causa.

Al tempo stesso l'equiparazione tra appello e giudizio di opposizione è in grado di dare un solido fondamento alla tesi della irrilevanza dei vizi del decreto, richiamando il principio della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame; e trova ulteriore somiglianza nell'ipotesi – del tutto peculiare – in cui fosse incompetente il giudice che ha emanato il decreto. E infatti ciò realizzerebbe una situazione del tutto simmetrica con quanto accade nel giudizio d'appello, laddove l'incompetenza del giudice di primo grado non comporta l'incompetenza del giudice d'appello, nel senso che questi pur non potendo pronunciare nel merito, potrà pur sempre dichiarare l'incompetenza del giudice di primo grado e rescindere la decisione ⁽²²³⁾.

²²³ L'osservazione è di Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18 st. lav. ed ingiunzione per i rapporti patrimoniali: conseguenze sul giudizio di opposizione, specie sotto il profilo della litispendenza*, cit., 992. In giurisprudenza il principio per cui se il giudice d'appello ritiene incompetente il giudice di primo grado le parti dovranno riassumere la causa di primo grado ai

Pertanto la soluzione offerta risulta all'evidenza non del tutto compatibile con il tessuto normativo, specie degli articoli 653 e 654 c.p.c. finendo così per evidenziare alcune rilevanti sfrangiature. Come è stato osservato dalla dottrina critica (²²⁴), la tesi in esame è perfettamente compatibile con la disciplina prevista dal comma 2° dell'art. 653 c.p.c., per cui se il giudice accoglie solo in parte l'opposizione, la sentenza di condanna sostituisce il decreto ingiuntivo, e il titolo esecutivo è costituito esclusivamente da questa, ma sono fatti salvi - nei limiti della somma o della quantità ridotta – gli atti d'esecuzione già compiuti in base al decreto ora sostituito (²²⁵).

Piena compatibilità sussiste pure nell'ipotesi in cui il giudice di seconde cure ritenga fondata l'opposizione e accerti l'inesistenza del diritto fatto valere dal ricorrente. In tal caso – per il combinato disposto degli artt. 336 e 653 c.p.c. – la sentenza che accoglie l'opposizione a decreto ingiuntivo travolge gli atti esecutivi compiuti, “*allo stesso modo in cui incide la*

sensi dell'art. 50 c.p.c., è ribadito da Cass. 4 luglio 2003, n. 10566, in *Giur. it.* 2004, 1599 con nota di Ronco; Cass. 10 settembre 1997, n. 9867, in *Foro it.*, 1998, I, 1993; Cass. 8 agosto 1984, n. 4642.

²²⁴ Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., 67; Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 991. Più recentemente Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 785; Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 759; Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 517.

²²⁵ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 138. Si vedano anche Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 759; Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 784.

sentenza d'appello che riformi quella di primo grado già portata ad esecuzione" ⁽²²⁶⁾.

E compatibile infine con lo schema proposto risulta essere anche la prima parte del primo comma dell'art. 653 c.p.c., che a proposito della sentenza che rigetta l'opposizione usa le espressioni *sentenza passata in giudicato o provvisoriamente esecutiva* ⁽²²⁷⁾. La terminologia usata dal legislatore indurrebbe a ritenere che – in linea con il carattere sostitutivo del giudizio di

²²⁶ Cerino Canova, *Sull'esecutività di una sentenza riformata in appello*, cit., p. 423, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

In senso solo apparentemente difforme Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18 st. lav.*, cit., p. 994, spec. sub nota 40, che evidenzia come sia arduo individuare nella sentenza che accoglie l'opposizione quella *eadem ratio* che dall'art. 336 c.p.c. emerge, e che ne condiziona la disciplina mantenendo in vita gli atti esecutivi posti in essere nelle more del giudizio d'appello fino al passaggio in giudicato della sentenza che accoglie l'impugnazione. L'Autore conclude affermando la necessità di rimuovere immediatamente il decreto ingiuntivo e gli atti da esso generati (con ciò disapplicando l'art. 336 c.p.c.) qualora il giudice accolga l'opposizione. La *dissenting opinion* non ha in realtà ad oggetto la possibilità di applicare alla fase di opposizione a decreto il meccanismo di riforma degli atti previsto dall'art. 336 c.p.c., bensì la necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza che accoglie l'opposizione, difettando nel caso di specie la piena cognizione del giudice di primo grado, e dovendosi pertanto concludere per la scarsa opportunità che gli effetti di un provvedimento emanato *inaudita altera parte* rimangano in vita pur accolta l'opposizione. La preziosa puntualizzazione è stata di fatto assorbita dalla modifica, intervenuta nel 1990, del comma 2° dell'art. 336, che prevede ora l'immediata efficacia riflessa sugli atti e provvedimenti dipendenti dalla sentenza di primo grado riformata. In proposito si veda Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 380.

²²⁷ Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 785.

opposizione – in caso di rigetto totale dell'opposizione il giudice pronunci una sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva avente il medesimo contenuto del decreto che va a sostituire.

E così ragionando il rigetto dell'opposizione comporterebbe la sostituzione del decreto ingiuntivo con la sentenza di condanna che costituisce titolo esecutivo e consentirebbe l'avvio, o la prosecuzione – per l'ipotesi in cui il decreto fosse provvisoriamente esecutivo – del processo di esecuzione forzata.

Ma il risultato collide con la seconda parte del primo comma dell'art. 653 c.p.c. per il quale se l'opposizione è rigettata con sentenza passata in giudicato o provvisoriamente esecutiva (oppure è dichiarata con ordinanza l'estinzione del processo), il decreto che non ne sia già munito acquista efficacia esecutiva. Il dato normativo esclude espressamente la possibilità che il decreto ingiuntivo rimanga in tal caso assorbito dalla sentenza che rigetta l'opposizione, prevedendo invece che in virtù di quella sentenza il decreto acquisti efficacia esecutiva.

La questione pone l'interprete di fronte alla seguente alternativa: o la previsione normativa è il risultato di una fattura poco accurata e contiene un'imprecisione letterale che deve essere ricomposta alla luce della nota teoria, ovvero la costruzione proposta, sebbene non sia certo priva di stimolanti e funzionali riverberi, è destinata a patire un limite che la pregiudica fortemente.

Lo stesso Garbagnati, cui l'*impasse* era noto, rilevava come il primo comma dell'art. 653 facesse riferimento al decreto confermato; ma aggiungeva che tale puntualizzazione non derivava dal fatto che l'opposizione non

costituisse per il legislatore un mezzo di impugnazione del decreto, bensì per un motivo di indole pratica, “*del tutto simile a quello per cui l’art. 243 del R.D. 14 dicembre 1865, n. 2641 considerava titolo esecutivo anche la sentenza di primo grado confermata in appello: e cioè, perché il dispositivo di rigetto della sentenza dell’opposizione si determina con riferimento al contenuto del decreto d’ingiunzione, fatto proprio dalla sentenza stessa*”⁽²²⁸⁾. Pertanto “*l’imprecisa dizione letterale dell’art. 653, 1° comma*” va letta nel senso che la sentenza che rigetta nel merito il giudizio di opposizione si risolve in realtà in una sentenza di condanna del debitore ingiunto, che si sostituisce al provvedimento di condanna contenuto nel decreto ingiuntivo, e che ha efficacia di titolo esecutivo nei confronti dell’intimato. Ciò verrebbe confermato anche dal comma successivo della norma in esame, per il quale la sentenza di rigetto parziale (invero la norma usa l’espressione accoglimento parziale) dell’opposizione è una sentenza di condanna, e conseguentemente tale dovrà essere – a maggior ragione – la sentenza di totale rigetto⁽²²⁹⁾.

Il ragionamento proposto non pare invero colpire nel segno, e finisce per lasciare sul tappeto l’evidenza di una norma non riconducibile alla prospettiva in esame. Non persuade l’addentellato da ultimo offerto, per cui sentenza di rigetto parziale e totale – governate dal medesimo *leit motive* – comporterebbero entrambe la sostituzione del decreto opposto. La norma dell’art. 653 c.p.c. usa infatti termini diversi e prevede al 1° comma l’ipotesi del rigetto (totale) dell’opposizione, al 2° quella dell’accoglimento

²²⁸ Garbagnati, *Il procedimento d’ingiunzione, cit.*, p. 138.

²²⁹ Garbagnati, *op. ult. cit.*, p. 223.

(parziale) del rimedio. È pur vero che sul piano dell'equivalenza "quantitativa" le espressioni rigetto parziale e accoglimento parziale esprimono il medesimo concetto, ma diversa è l'esigenza avvertita dal legislatore nell'ipotesi in cui l'opposizione venga interamente rigettata, e dunque il decreto non subisca alcuna modifica, rispetto alla diversa ipotesi in cui l'opposizione venga in parte accolta, e sia pertanto necessario incidere sul decreto, "riducendone" o comunque modificandone il contenuto. Nell'ultimo caso risulterebbe complicato, e del tutto inutile, articolare un meccanismo che consenta all'originario decreto ingiuntivo di restare in vita e produrre effetti, purché nei limiti della sentenza che lo ha riformato. Pare così spezzato il sillogismo per cui in ipotesi di rigetto totale e parziale dell'opposizione debba trovare applicazione la medesima disciplina.

Quanto poi all'obiezione per cui l'imprecisa formulazione del 1° comma dell'art. 653 c.p.c. vada letta nel senso che il dispositivo di rigetto della sentenza sull'opposizione si determina con riferimento al contenuto del decreto d'ingiunzione, fatto proprio dalla sentenza che sostituendolo costituisce titolo esecutivo, la dottrina critica ha correttamente obiettato che quella norma sia in realtà frutto di una consapevole scelta del legislatore, che non consente di articolare il giudizio di opposizione quale impugnazione a carattere "sostitutivo" ⁽²³⁰⁾. L'espressa previsione normativa trova infatti tranciante conferma nel successivo art. 654 c.p.c., dalla cui lettura emerge come la dichiarazione di esecutorietà successiva al

²³⁰ Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 992; Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 760; Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 785.

rigetto dell'opposizione riguardi in effetti il decreto ingiuntivo (che dunque non è rimasto assorbito), e non invece la sentenza (²³¹).

In effetti la tesi che lega la fase di opposizione a decreto ingiuntivo ad un'impugnazione a carattere sostitutivo trova nella disciplina del primo comma dell'art. 653 un addentellato che non pare potersi armonizzare con la ricostruzione proposta, se non al costo – forse eccessivo – di voler negare a quella norma, e all'articolo seguente, ogni valenza sistematica.

Non per questo tuttavia pare di dover abbandonare la tesi in esame, che invece opportunamente riletta fornisce uno schema lineare del giudizio di opposizione. Ma prima è utile dar conto della ricostruzione che delinea il giudizio di opposizione quale gravame rescindente.

5.e) *Segue*: Un'alternativa poco soddisfacente. L'opposizione come impugnazione a struttura rescindente.

La sostanziale impossibilità di riannodare alla tesi di Garbagnati il 1° comma dell'art. 653 individua la ragione che spinge una parte della dottrina, che pur condivide il profilo impugnatorio della fase di opposizione, a ricostruire la stessa secondo lo schema alternativo dell'impugnazione c.d. rescindente, con cui il giudice verifica la presenza di quei vizi per cui l'azione impugnatoria è concessa, e qualora essi sussistano annulla la sentenza (fase rescindente) provvedendo in un secondo momento (fase rescissoria), logicamente e cronologicamente distinto dal primo, alla

²³¹ Vignera, *op. e loc. ult. cit.*

decisione della causa nel merito (²³²). Tuttavia nel caso dell'opposizione la revoca del decreto ingiuntivo e l'eventuale condanna saranno entrambe pronunciate dal giudice dell'opposizione con la sentenza che definisce il giudizio, non potendo questi revocare il decreto in un momento anteriore e autonomo, per esempio con una sentenza non definitiva (²³³).

La premessa necessaria è costituita dalla possibilità di utilizzare uno strumento di impugnazione, per solito destinato a svolgere un riesame a critica c.d. vincolata, per far valere una serie illimitata di censure, relative non solo alla mancanza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione, ma anche alla mancanza dei presupposti speciali *ex art. 633 c.p.c.* richiesti – a pena d'inammissibilità - per la concessione del decreto ingiuntivo e financo alla *“divergenza tra la situazione sostanziale risultante dal decreto e quella effettiva esistente al momento del riesame”* (²³⁴). Diversamente, secondo lo stesso Autore, la peculiare esigenza della fase di opposizione, che come già ampiamente rilevato consiste nella necessità di consentire il pieno recupero del principio del contraddittorio, rimarrebbe frustrata in partenza. Che si tratti di impugnazione a critica libera emergerebbe anche dall'art. 645 c.p.c. che richiama per lo svolgimento del giudizio le regole proprie del procedimento ordinario avanti al giudice adito. Pertanto qualora il giudice dell'opposizione dovesse riconoscere fondate le doglianze del debitore, provvederà prima ad eliminare il decreto, e

²³² Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 787

²³³ Sulla questione si veda Granata, nota redazionale a Cass. 22 ottobre 1956, n. 3817, in *Giust. Civ.*, 1957, I, 233.

²³⁴ Lorenzetto Peserico, *op. e loc. ult. cit.*

successivamente a valutare la fondatezza della pretesa fatta valere dal creditore.

La soluzione proposta parrebbe offrire maggior compatibilità con il dettato normativo di quanto non sia in grado di fare il precedente schema, che ricostruisce l'opposizione alla maniera di un gravame sostitutivo. Qualora infatti il vizio denunciato non sussista il giudice, conformemente a quanto prevede il primo comma dell'art. 653 c.p.c., dovrà rigettare l'opposizione, senza incidere sul decreto ingiuntivo che diverrà a quel punto stabile. Quando invece l'opposizione risulti fondata solo in parte (perché ad esempio il credito è inferiore rispetto a quello per cui era stato emanato il decreto) troverà applicazione il comma 2* del medesimo articolo, e il giudice dell'opposizione, annullato il decreto, emanerà una sentenza di condanna per l'importo accertato.

La compatibilità, invero, richiede comunque un certo sforzo interpretativo. E infatti, come rileva lo stesso Autore, il 1° comma dell'art. 653 prevede che l'opposizione sia rigettata con sentenza passata in giudicato o provvisoriamente esecutiva, e quindi con sentenza di condanna. Tale non può essere, all'evidenza, quella con cui il giudice si limiti a rigettare l'opposizione, in quanto infondata; pertanto l'unica via parrebbe essere quella di interpretare la disposizione in esame nel senso di consentire al giudice dell'opposizione di dotare di provvisoria esecutività il decreto ingiuntivo stesso che non ne fosse già munito. Diversamente accadrebbe che - respinta l'opposizione - il creditore in possesso del decreto ingiuntivo sprovvisto della provvisoria esecutività dovrebbe attendere il passaggio in giudicato della sentenza resa sull'opposizione, trovandosi così in una

situazione ingiustificatamente più penalizzata rispetto all'ipotesi in cui l'opposizione fosse in parte accolta, e così "sostituita" (in tal caso in senso ampio) dalla sentenza di condanna che *ex lege* è provvisoriamente esecutiva ⁽²³⁵⁾).

Benché la proposta fornisca in effetti una ragionevole chiave di lettura della norma in commento, la soluzione non risulta del tutto persuasiva. Un'interpretazione della disposizione che smorzi il dato normativo, riducendone il significato fino ad individuare uno strumento che consenta al giudice dell'opposizione di "*dotare di esecutorietà (provvisoria) il decreto ingiuntivo stesso, che non ne fosse già munito*" finirebbe forse per annacquare il significato del 1° comma del successivo art. 654 che pur concede al giudice la possibilità di conferire l'esecutorietà al decreto ingiuntivo, qualora la stessa non sia stata disposta con la sentenza che ha rigettato l'opposizione o con l'ordinanza che ha dichiarato l'estinzione del giudizio.

Anche l'assoluta compatibilità tra accoglimento parziale e 2° comma dell'art. 653 c.p.c. potrebbe essere messa un poco in crisi nell'ipotesi in cui il giudice dell'opposizione rilevasse la carenza di un presupposto speciale (ad es. manca la prova scritta) ma al contempo ritenesse esistente il credito per cui era stato emanato il decreto ingiuntivo. Se è vero, infatti, che nella prospettiva in esame l'ingiunto potrà far valere l'illegittimità del decreto, ed è altresì vero che il giudice provvederà alla revoca di questo, deve pure ammettersi che la successiva sentenza che accerta l'esistenza del credito, in virtù della clausola che conserva gli effetti degli atti esecutivi già compiuti

²³⁵ Lorenzetto Peserico, *op. e loc. ult. cit.*

(653, comma 2°), finisce – fatalmente – per privare quella revoca di ogni riverbero, così annientando il profilo più interessante dell’opposizione a struttura rescindente, che è appunto l’esame sulla validità del decreto ingiuntivo concesso. Osservava in proposito Canelutti come “*riconosciuto esistente il credito malgrado la nullità del decreto, il titolo esecutivo non può essere costituito se non dalla condanna pronunciata nel processo di opposizione e questa non può avere efficacia retroattiva*” ⁽²³⁶⁾.

E ancora. La struttura proposta non potrebbe spiegare la possibilità, ragionevolmente riconosciuta al creditore opposto, di ottenere all’esito del giudizio che ha rigettato l’opposizione una sentenza di condanna del debitore ingiunto al risarcimento del maggior danno da svalutazione ai sensi dell’art. 1224, comma 2° c.c. ⁽²³⁷⁾; risulterebbe definitivamente preclusa poi – ma qui il terreno si fa più accidentato – la possibilità per il creditore opposto di vedere accolte le proprie domande riconvenzionali in caso di rigetto dell’opposizione ⁽²³⁸⁾. In entrambi i casi, infatti, l’inconsistenza delle censure articolate dal debitore comporterebbe il semplice rigetto dell’opposizione, così impedendo al tempo stesso l’eventuale esame di

²³⁶ Canelutti, *Rigetto di opposizione contro decreto ingiuntivo nullo*, cit., p. 351.

²³⁷ In giurisprudenza *ex multis* si rinvia a Cass. 17 maggio 2001, n. 6757; 22 febbraio 1993, n. 2106. In dottrina Garbagnati, *In tema di rigetto parziale di un ricorso per decreto d’ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 793; Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., p. 478.

²³⁸ Sull’ammissibilità della domanda riconvenzionale in sede di opposizione da parte del creditore opposto si veda Conte, *Ruolo sostanziale delle parti nell’opposizione a decreto ingiuntivo ed oneri processuali (chiamata in causa del terzo, domanda riconvenzionale e termine per la formulazione di eccezioni)*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1820.

domande proposte dal creditore con la propria comparsa di risposta nel giudizio di opposizione.

Ma in aggiunta a tali rilievi non convince la scelta di utilizzare come modello un rimedio pensato tendenzialmente per consentire un riesame “chiuso”, articolato su motivi tassativi. Benché non possa escludersi che l’impugnazione in senso stretto sia in astratto compatibile con la possibilità di far valere una serie illimitata di vizi del provvedimento di *prime cure* (²³⁹), pare corretto rilevare come tale opzione finirebbe per rendere superflua la scansione del modello in esame nelle due fasi rescindente e rescissoria, dando luogo ad un’impugnazione che tende essenzialmente ad una pronuncia sostitutiva (²⁴⁰). E infatti lo schema dell’impugnazione rescindente si caratterizza per la possibilità di consentire maggior stabilità ai provvedimenti impugnati, nel senso di provocarne l’annullamento solo nelle ipotesi tassativamente previste. Così accade nel ricorso per Cassazione, nell’impugnazione per nullità del lodo, e secondo la giurisprudenza e larga parte della dottrina, nel giudizio di revocazione (²⁴¹). Sono situazioni in cui il rimedio impugnatorio comporta la “sostituzione” (qui in senso atecnico)

²³⁹ In questo senso sembra concludere Attardi, *La revocazione*, cit., p. 55, per il quale il controllo dell’impugnazione rescindente può avvenire sulla base dello stesso materiale di causa utilizzato dal giudice di prime cure “*oppure sulla base di elementi diversi a seconda che sia negato o sia consentito il jus novorum*”. Contra Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 760, il quale rileva come le impugnazioni rescidenti tipiche siano tutte a critica vincolata.

²⁴⁰ Cerino Canova, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., p. 442.

²⁴¹ Per un esame più approfondito di rinvia a Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 358

della sentenza, o del lodo, solo per determinati motivi che il legislatore considera rilevanti. In ciò sta dunque l'intima consistenza del rimedio rescindente: nel garantire al provvedimento impugnato una solida stabilità, destinata a cedere il passo solo di fronte alla patologica esistenza di vizi rilevanti.

Pertanto la struttura dell'impugnazione rescindente pare inadatta alle peculiari esigenze del giudizio di opposizione, che non configura (solo, né principalmente) una mera revisione del decreto, volta ad individuare l'esistenza di vizi, ma è tesa in primo luogo a consentire lo svolgimento di un giudizio, in contraddittorio tra le parti, sull'esistenza del diritto fatto valere dal ricorrente, per consentire così allo stesso giudice di approfondire ed integrare la cognizione sulla fondatezza della pretesa già fatta oggetto di *“cognizione affatto superficiale”* ⁽²⁴²⁾.

Che tale rimedio mal si presti al ruolo cui è destinato lo conferma anche un *“adattamento”* che la costruzione richiede, laddove impone di svalutare il vizio censurato fino a ricomprendersi ogni *“divergenza tra la situazione sostanziale risultante dal decreto e quella effettivamente esistente al momento del riesame”* ⁽²⁴³⁾. Applicando tale principio al rimedio rescindente ne deriva che dovrà considerarsi viziato il decreto ingiuntivo anche nell'ipotesi in cui in un momento cronologicamente successivo venga ad esistenza un fatto nuovo, ad esempio intervenga il pagamento da parte del debitore. Il giudice potrà allora accertare l'inesistenza del credito solo

²⁴² Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18, cit.*, p. 995, che richiama un'efficace espressione di Chiovenda.

²⁴³ Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza, cit.*, p. 787-788.

dopo aver annullato il decreto ingiuntivo che, a ben vedere, non può certo dirsi viziato, ma semmai semplicemente non più attuale.

6) La preferenza per una tesi “mista” dell’opposizione come giudizio di impugnazione sul rapporto sostanziale azionato dal creditore ma anche sul decreto ingiuntivo, che – se emanato in carenza dei presupposti processuali c.d. speciali - viene revocato.

Escluso quindi che la ricostruzione in chiave rescindente del giudizio di opposizione sia in grado di dare una risposta soddisfacente alla nostra ricerca, giova fare un passo indietro.

L’analisi finora condotta ha consentito di evidenziare come accanto ad elementi formali ve ne siano altri di carattere sistematico che non permettono di spiegare come possa la fase di opposizione avviare un giudizio autonomo, o rappresentare un atto di impulso “*interinale*” che precluda la via alla definitività del decreto e sia capace di provocare la prosecuzione del giudizio. In ogni caso quelle costruzioni non consentono di spiegare come possa il decreto ingiuntivo sopravvivere durante la pendenza del giudizio di opposizione, e ancor più all’esito della stessa sentenza che rigetta l’opposizione, e quindi come, in definitiva, la fase di opposizione sia destinata ad incidere sul decreto.

Al tempo stesso la ricostruzione in chiave di impugnazione sostitutiva, pur rappresentando un innegabile passo avanti nell’individuazione di un disegno sistematico del procedimento monitorio, patisce la “smagliatura” del 1°

comma dell'art. 653, che non permette un'interpretazione "ortopedica" tale da far ritenere che la sentenza (di rigetto nel merito) del giudizio di opposizione si risolva in una sentenza di condanna del debitore ingiunto, idonea a sostituirsi al provvedimento di condanna contenuto nel decreto ingiuntivo (²⁴⁴).

Rilevava con attento pragmatismo Carnelutti come la norma che sancisce la sopravvivenza del decreto ingiuntivo all'esito del giudizio che rigetta l'opposizione configuri, in realtà, una delle norme meno felici del Codice di rito (²⁴⁵). E del resto su tale conclusione sono costretti fatalmente a convergere tutti coloro che hanno studiato il rapporto tra la sentenza emanata all'esito del giudizio di opposizione e il decreto ingiuntivo. Come già evidenziato, le ricostruzioni precedentemente prese in esame, che individuano nella fase di opposizione un autonomo giudizio negativo dell'esistenza del credito, ovvero un segmento eventuale dell'unico processo, risultano inconciliabili con il 1° comma dell'art. 653, e oltretutto denunciano gravi incompatibilità anche con il secondo comma del medesimo articolo, e più in generale offrono un quadro sistematico inadeguato, per i profili già noti. *Mutatis mutandis* discorso sostanzialmente analogo vale anche per la tesi esposta nel paragrafo precedente, che ricostruisce il giudizio di opposizione alla maniera di un'impugnazione rescindente, dovendo tale prospettiva conciliarsi con la provvisoria

²⁴⁴ Come già si è detto siffatta interpretazione è ostacolata anche dal testo del successivo art. 654, che espressamente chiarisce come a seguito della sentenza di rigetto sull'opposizione il decreto divenga esecutivo, e ai fini dell'eventuale esecuzione non sia necessaria una sua (del decreto) nuova notifica.

²⁴⁵ Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 136

esecutività della sentenza che rigetta l'opposizione. Il minimo comune denominatore di ciascuna prospettiva che si faccia carico di individuare la struttura del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è dato dalla fatto che qualunque tesi finisce inevitabilmente per urtare contro il 1° comma dell'art. 653.

Che si tratti di norma che detta una disciplina apparentemente illogica del resto emerge dalla semplice lettura di quel comma, laddove il legislatore prevede che una sentenza di rigetto dell'opposizione sia idonea alla provvisoria esecutività (e quindi sia di condanna), e al tempo stesso incida sull'efficacia esecutiva del decreto ingiuntivo, che pertanto rimane in vita.

Tuttavia, benché si tratti di una norma infelice, emergono con buona evidenza, a patto che ci si metta nella prospettiva dell'opposizione come giudizio di impugnazione, le ragioni che hanno spinto i *conditores* dell'istituto ad approntare una “*costruzione legislativa illogica e barocca*” (²⁴⁶). E infatti riconosciuta all'opposizione struttura di impugnazione sostitutiva, consegue logicamente che la sentenza pronunciata all'esito dell'opposizione si sostituisce al decreto, sia in ipotesi di conferma, sia di riforma. Da ciò, secondo la convincente puntualizzazione di Carnelutti, al legislatore “*è sembrato derivare l'inconveniente della caduta del processo esecutivo eventualmente condotto in virtù del decreto d'ingiunzione munito di esecuzione provvisoria; e questo immaginario pericolo ha ispirato ai redattori del codice una delle sue norme meno felici*”. Inconveniente che nell'ipotesi di accoglimento parziale il legislatore ha esattamente risolto, prevedendo la sostituzione del provvedimento impugnato con quello che

²⁴⁶ Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 137

“riduce” l’originaria condanna, e prevedendo al tempo stesso la conversione del procedimento esecutivo, ossia esplicitando un principio che risolve un problema generalmente “*nascosto agli occhi dei pratici*”, per cui la sostituzione della sentenza con quella emanata all’esito dell’impugnazione non fa venir meno gli atti esecutivi *medio tempore* compiuti, ovviamente nei limiti dell’importo precisato nella sentenza di gravame. Peraltro quello del mutamento del titolo esecutivo, in conseguenza della sostituzione della sentenza impugnata con quella d’appello, è problema poco evidenziato proprio perché in definitiva si risolve in un falso problema, nel senso che la sentenza di gravame – in quanto sostitutiva di quella impugnata – spiega i suoi effetti retroattivamente, come se fosse stata pronunciata in vece di questa (²⁴⁷).

Benchè quindi in ipotesi di gravame la questione non susciti alcuna difficoltà, è comprensibile che il legislatore abbia preferito fugare ogni dubbio e svolgere una (seppur apparentemente inutile) precisazione nell’ipotesi – formalmente diversa – in cui l’impugnazione sostitutiva rivesta la forma dell’opposizione a decreto ingiuntivo, anziché quella dell’appello.

In questa prospettiva trova giustificazione anche il tentativo “maldestro” di approntare una soluzione “sicura” per il caso in cui l’opposizione venga interamente rigettata. Ragionando infatti secondo lo schema proposto, teso ad assicurare l’efficacia degli atti esecutivi *medio tempore* compiuti, il legislatore avrebbe potuto regolare la questione in due modi: avrebbe potuto prediligere l’inquadramento sistematico dell’istituto, e così prevedere che la

²⁴⁷ Così, pressoché testualmente, Canelutti, *op. ult. cit.*, p. 125

sentenza che rigetta l'opposizione sostituisca il decreto, ma gli atti esecutivi *medio tempore* posti in essere sulla base del decreto mantengano per intero i loro effetti; oppure, con un'opzione più "semplice" (sebbene illogica e barocca sotto il profilo dogmatico) avrebbe potuto, e così ha fatto, decidere di lasciare in vita il decreto, annullando ogni riverbero in ordine all'efficacia degli atti già compiuti.

La scelta attuata delinea in effetti un'impugnazione che ha, *secundum eventum litis*, efficacia o no di sostituire il provvedimento reso all'esito del giudizio sull'impugnazione-opposizione al provvedimento impugnato (²⁴⁸), benché in entrambi i casi il *modus operandi* del giudice dell'opposizione non muti.

Pertanto qualora venga rigettata l'opposizione, la relativa sentenza non sostituirà il decreto ingiuntivo, che invece acquisterà efficacia esecutiva proprio per l'effetto della stessa, diventando (l'unico) titolo esecutivo per avviare o proseguire l'esecuzione forzata (²⁴⁹). Con l'ulteriore precisazione

²⁴⁸ Carnelutti, *op. ult. cit.*, p. 136. Nella stessa direzione anche Mandrioli, *Sull'efficacia della sentenza di primo grado non esecutiva che accoglie parzialmente l'opposizione a decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo*, cit., p. 703 secondo cui non vi sarebbe nulla di strano nel ricostruire *secundum eventum litis* i rapporti tra decreto e sentenza.

²⁴⁹ Così in giurisprudenza App. Venezia, 25 marzo 1999, in *Giur. It.*, 1999, p. 1616 con nota adesiva di Consolo; App. Milano 22 dicembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, p. 480; Cass. 3 giugno 1978, n. 2795, in *Foro it.*, 1979, I, 2718. In dottrina, oltre agli autori citati nella nota che precede, Consolo, *In tema di inibitoria in appello di sentenza che rigetta l'opposizione inibitoria*, in *Giur. it.*, 1996, p. 479; Proto Pisani, *Sentenze di un anno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 309, per il quale il decreto ingiuntivo continua ad esistere quanto meno come provvedimento cui ricollegare l'efficacia esecutiva, e pertanto la sentenza rileverà solo come provvedimento

che la sentenza resa sull'opposizione conterrà invece l'eventuale condanna, e costituirà titolo esecutivo, per le spese di lite, nonché ad esempio per risarcimento del danno ex art. 1224 co. 2° c.c., e – per chi lo ammette – per la condanna derivante da domande riconvenzionali formulate dal creditore opposto (²⁵⁰).

In tutti gli altri casi invece, e quindi qualora l'opposizione sia accolta in tutto o in parte, la sentenza resa all'esito del giudizio di opposizione “sostituirà” il decreto ingiuntivo.

La conclusione cui si è giunti consente peraltro di mettere in evidenza quello che è il vero limite della tesi che ritiene di applicare lo schema sostitutivo anche nell'ipotesi in cui l'opposizione venga rigettata, e così il decreto ingiuntivo confermato. Precisa Garbagnati come “*trasformandosi il processo d'ingiunzione in un processo di cognizione di primo grado con*

contenente l'accertamento con attitudine al giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c. *Contra* invece Cass. 25 maggio 1998, n. 5212, in *Giust. Civ., Mass.* 1998. In dottrina svalutano il 1° comma dell'art. 653 c.p.c. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 529; Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., p. 477; Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 743; Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 454; Negri, *Effetti dell'estinzione in fase di rinvio del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1720 per cui lo schema che sostituisce al decreto impugnato la sentenza che rigetta l'opposizione appare più suadente soprattutto perché maggiormente in linea con il principio in virtù del quale la sentenza finale si sovrappone sempre al provvedimento sommario, il quale ha ormai esaurito la sua funzione.

²⁵⁰ Conte, *Ruolo sostanziale delle parti nell'opposizione a decreto ingiuntivo ed oneri processuali (chiamata in causa del terzo, domanda riconvenzionale e termine per la formulazione di eccezioni)*, cit., p. 1820.

cognizione ordinaria, diretto a sostituire un nuovo provvedimento giurisdizionale dichiarativo a quello emanato senza il contraddittorio della parte ingiunta, diviene irrilevante l'eventuale mancanza dei presupposti per l'esercizio dell'azione di condanna nella forma speciale del ricorso per ingiunzione" ⁽²⁵¹⁾. E così, pur accertata la violazione dell'art. 633 c.p.c., il giudice dell'opposizione non potrebbe limitarsi a dichiarare la nullità del decreto ove sussistano i presupposti per la pronuncia, nell'ambito di un processo ordinario, di una sentenza di condanna ⁽²⁵²⁾.

Tale conclusione costituisce in effetti lo sviluppo logico e coerente della premessa per cui l'opposizione rappresenta un gravame sostitutivo, e come tale un'impugnazione che non è destinata a provocare un controllo sulla validità del provvedimento di *prime cure*, bensì un nuovo giudizio, che pone capo ad una sentenza che va a sostituirsi a quel provvedimento, togliendolo

²⁵¹ Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 211.

²⁵² Partendo da prospettive diverse rispetto a quelle di Garbagnati ritiene l'irrilevanza dei requisiti di ammissibilità ex art. 633 c.p.c. anche Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., p. 124; Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 771, per il quale all'esito dell'opposizione il giudice sarà comunque tenuto a confermare l'ingiunzione nel caso in cui la "sottostante" pretesa creditoria risulti fondata.

In direzione contraria, ritengono invece che la riscontrata carenza dei presupposti di cui all'art. 633 c.p.c. comporti la revoca del decreto Lipari, *Mancanza di presupposti processuali*, cit., p. 150; Redenti, *Diritto processuale civile*, cit., p. 14. Altri autori precisano che con la revoca del decreto in giudice dell'opposizione dovrà statuire sull'esistenza del diritto di credito azionato: E.F. Ricci, *Difetto di un presupposto del procedimento monitorio e giudizio d'opposizione*, cit., p. 328; Granata, *op. e loc. ult. cit.*; Carnelutti, *Rigetto di opposizione contro decreto ingiuntivo nullo*, cit., p. 351; Consolo, *Le tutele*, cit., p. 285; Proto Pisani, *Il procedimento d'ingiunzione. Sentenze di un anno*, cit., p. 309;

di mezzo in ogni caso, e così determinando l'irrelevanza dei vizi di quel decreto (²⁵³). Al tempo stesso rappresenta una scelta obbligata anche per chi preferisce costruire la fase di opposizione in termini di prosecuzione c.d. *orizzontale* del procedimento monitorio, la cui sentenza è destinata ad assorbire il decreto ingiuntivo; tesi che in ogni caso non può essere accolta per motivi già visti.

Ma il sillogismo, come si è visto, non può operare nel modo indicato qualora si accolga la ricostruzione che pare preferibile, e per cui il rigetto dell'opposizione non comporta la sostituzione del decreto. In tal caso infatti è destinato a cedere il saldo fondamento cui la dottrina riconduce l'irrelevanza dei vizi del decreto, poiché messa fuori campo la sostituzione di questo, ne deriverebbe la paradossale conseguenza per cui all'esito dell'opposizione ciò che rimane in vita è il decreto viziato.

Pertanto, individuato nell'opposizione un mezzo a carattere impugnatorio, e tenuto conto che tale rimedio non opera sempre secondo lo schema dell'impugnazione sostitutiva, cade l'unico argomento sistematico che impediva di dare rilievo ai vizi del decreto, e si consolida la necessità di concepire il giudizio di opposizione come giudizio avente ad oggetto sia la validità del decreto che l'esistenza del credito (²⁵⁴).

²⁵³ . Nel caso in cui il giudizio di opposizione accerti l'esistenza del diritto di credito l'eventuale vizio per carenza di un presupposto speciale del decreto ingiuntivo sarebbe destinato, al più (nella piena discrezionalità del giudice), ad incidere sulla ripartizione delle spese di causa

²⁵⁴ Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18 st. lav., cit.*, p. 992 e ss.; Id., *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive, cit.*, p. 285; Proto Pisani, *Il procedimento d'ingiunzione, cit.*, p. 309.

E del resto tale rilievo è condiviso anche da larga parte della giurisprudenza – che pur su presupposti spesso non omogenei – è solita affermare che oggetto del giudizio ordinario di cognizione è sia la verifica delle condizioni di ammissibilità e validità del decreto ingiuntivo, sia la fondatezza della domanda del creditore in base a tutti gli argomenti offerti dal medesimo e contrastati dall'ingiunto (²⁵⁵).

Tuttavia quella stessa giurisprudenza ogni volta che ammette che il giudizio di opposizione ha ad oggetto anche la verifica delle condizioni per l'emissione del decreto ingiuntivo, si affretta subito a precisare che in ogni caso al giudice dell'opposizione spetta accertare il fondamento della pretesa fatta valere con il ricorso, rimanendo irrilevanti ai fini di tale accertamento eventuali vizi della procedura monitoria che non importino l'insussistenza del diritto fatto valere con la procedura.

Si tratta allora di comprendere cosa debba intendersi per irrilevanti. Non vi è dubbio che l'eventuale carenza dei presupposti *c.d.* speciali previsti dall'art. 633 c.p.c. non incida in alcun modo sul potere-dovere del giudice di pronunciarsi in ogni caso sull'esistenza del diritto fatto valere dal creditore con il ricorso per decreto ingiuntivo. Richiamando in proposito quanto già osservato sull'incompatibilità (e dannosa inutilità) di un'opposizione strutturata alla maniera di un giudizio meramente eliminatorio, giova ricordare come il dato normativo fornito dall'art. 653 non fornisca alcun addentellato idoneo a sostenere siffatta tesi.

²⁵⁵ Così, tra molte, più di recente Cass. 10 marzo 2009, n. 5754, in *Giur. it. Mass.*, 2009; Cass. 16 maggio 2007, n. 11302; Cass. 6 agosto 2004, n. 15186; Cass. 9 maggio 2002, n. 6663; App. Roma 29 gennaio 2009; Trib. Roma 15 gennaio 2009; Trib. Monza 10 dicembre 2008.

Non mi sembra invece che l'irrilevanza possa avere riverberi ulteriori, e consentire invece al giudice dell'opposizione di ignorare il vizio rilevato.

Se da un lato si ammette, come fa la giurisprudenza, che l'opposizione abbia ad oggetto anche la verifica delle condizioni per l'emissione del decreto, non è dato comprendere come, rilevato il vizio, lo stesso sia destinato immediatamente a cadere, e comunque a non riverberare alcun effetto. L'obiezione, invero, ha il fascino più dell'argomento logico che di quello giuridico, benché comunque neppure quest'ultimo manchi. E infatti l'interpretazione del 1° comma dell'art. 653 più fedele al testo smonta la stabile copertura che nella prospettiva sopra descritta garantiva alla sentenza resa all'esito del giudizio d'opposizione un'assoluta impermeabilità alla rilevanza dei vizi del decreto, e apre una duplice prospettiva.

Qualora (erroneamente) si ritenesse che l'opposizione abbia ad oggetto solo (ed esclusivamente) il diritto fatto valere con il ricorso, e non invece la valida esistenza dei presupposti speciali di cui all'art. 633 c.p.c., toccherebbe spiegare come sia possibile che, all'esito dell'opposizione che accerta l'esistenza del credito, rimanga in vita, ed anzi venga munito di efficacia esecutiva, per l'ipotesi in cui già non l'avesse, un decreto viziato perché illegittimamente concesso (²⁵⁶).

Le medesime conseguenze varrebbero anche nell'ipotesi in cui si riconoscesse al giudizio di opposizione duplice oggetto (la verifica dell'esistenza dei presupposti c.d. speciali e l'esistenza del diritto di credito), ma si finisse per escludere qualsiasi rilevanza alla verifica del vizio anzidetto.

²⁵⁶ Granata, *op. e loc. ult. cit.*

Pertanto tali ipotesi finirebbero per condurre ad un risultato che si pone in contrasto con l'ultima parte del 1° comma dell'art. 648 c.p.c., introdotto dall'art. 9 del D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 e – per quel che qui rileva – ancora in larga parte “trascurato” dall'esame di dottrina e giurisprudenza. La norma prevede che il giudice, pendente il giudizio di opposizione, conceda l'esecuzione provvisoria parziale del decreto ingiuntivo opposto limitatamente alle somme non contestate, salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali. Non pare che si possa ragionevolmente escludere che con la locuzione “vizi procedurali” il legislatore abbia richiamato una categoria di vizi sufficientemente ampia da ricomprendervi anche il difetto dei c.d. presupposti processuali speciali (così efficacemente definiti da Chiovenda) che l'art. 633 c.p.c. individua come condizioni di ammissibilità. Pertanto, se così è, la previsione in commento ci fornisce due importanti conferme. La prima è che l'opposizione a decreto ha ad oggetto anche la verifica dei presupposti speciali ex art. 633, e il rimedio è ammissibile financo nell'ipotesi in cui l'opponente faccia valere solo vizi procedurali, senza sollevare alcuna contestazione in ordine alla fondatezza della domanda. La seconda è che il decreto ingiuntivo illegittimamente emanato non può essere provvisoriamente esecutivo, e tale osservazione – oltre a smorzare definitivamente la tesi dell'irrilevanza dei vizi ex art. 633 –, trova, come subito diremo, piena corrispondenza nella lettura del 2° comma dell'art. 653 che ci pare delinea l'unica via ragionevolmente praticabile..

Per sfuggire alle due alternative sull'irrilevanza dei presupposti c.d. speciali sopra esposte è necessario allora provvedere alla “sostituzione” del decreto viziato, e tale possibilità – preclusa dal 1° comma dell'art. 653 – è

consentita solo dalla disciplina prevista dal 2° comma del medesimo articolo. In altri termini qualora il decreto ingiuntivo sia stato emanato in assenza dei presupposti speciali previsti dall'art. 633 c.p.c. e in sede di opposizione il giudice accerti l'esistenza del credito, troverà applicazione la disciplina sull'accoglimento parziale dell'opposizione, e il decreto "viziato" sarà sostituito dalla sentenza.

Il 2° comma dell'art. 653 parrebbe allora ricondurre tale situazione nell'originario e contestato alveo dell'irrilevanza della carenza dei presupposti speciali ex art. 633 c.p.c. E invece, un'interpretazione attenta del dato normativo esclude tale eventualità. Il comma in oggetto prevede che qualora l'opposizione sia accolta solo in parte il titolo esecutivo sia costituito esclusivamente dalla sentenza, ma gli atti di esecuzione già compiuti in base al decreto conservino i loro effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta.

Quest'ultima parte del disposto normativo risulta essere fondamentale per comprendere come operi il giudizio di opposizione. L'aver espressamente previsto infatti che gli atti d'esecuzione già compiuti in base al decreto conservino i loro effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta conferisce, come opportunamente ha rilevato la dottrina, un prezioso addentellato legislativo da cui derivare che, almeno in ipotesi di accoglimento parziale, l'opposizione è un'impugnazione in senso lato sostitutiva (²⁵⁷).

²⁵⁷ Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., p. 137; Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 136;

Ma tale rilievo non vale nella diversa ipotesi, che pure come si è detto configura un accoglimento parziale del decreto, in cui il giudice rilevi la carenza di un presupposto speciale e al tempo stesso l'esistenza del credito, o di parte di esso. La norma chiarisce infatti che sono fatti salvi gli effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta, e così limita la "retroattività" degli effetti della sentenza alla sola ipotesi in cui l'opposizione venga accolta solo in parte, perché minore è l'ammontare del credito che il giudice accerta spettare al ricorrente, e quindi – in altri termini – perché accoglie una censura di matrice quantitativa (²⁵⁸).

Pertanto solo nel caso in cui la censura comporti la riduzione della condanna, la sentenza resa sull'opposizione sarà sostitutiva del decreto, e quindi spiegherà i suoi effetti retroattivamente.

Nella diversa ipotesi invece in cui la censura abbia ad oggetto la nullità del decreto, l'inciso "*ma gli atti di esecuzione già compiuti in base al decreto conservano i loro effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta*" non potrà (coerentemente) trovare applicazione, e dunque non sarà possibile ottenere all'esito dell'opposizione una sentenza che consenta di far salvi gli atti di esecuzione già posti in essere; pertanto il giudice emanerà una sentenza "sostitutiva" – benché in senso improprio, come subito diremo –

²⁵⁸ Per uno spunto, in tal senso, Proto Pisani, *Diritto processuale civile*, cit., p. 560, il quale afferma che in ipotesi di accoglimento parziale dell'opposizione "*la sentenza dichiara l'illegittimità del decreto e l'esistenza del diritto, oppure la legittimità del decreto e l'esistenza del diritto fatto valere con il ricorso ex art. 638, ma per un quantum diverso da quello indicato originariamente*".

del decreto viziato, che condannerà con efficacia *ex nunc* il debitore al pagamento del credito accertato (²⁵⁹).

Ma allora tale sentenza non potrà dirsi essere “sostitutiva”, nel senso ampiamente richiamato, bensì dovrà necessariamente trattarsi di una sentenza che da un lato provoca la revoca del decreto ingiuntivo e dall’altro condanna l’opponente al pagamento del credito accertato; in altri termini tale sentenza sarà l’atto finale di un procedimento che opera secondo lo schema dell’impugnazione a carattere rescindente.

Ecco dunque un’ulteriore conferma di quanto statuisce l’ultima parte del 1° comma dell’art. 648 c.p.c., che non consente la provvisoria esecutività del decreto opposto per vizi procedurali, nella prospettiva appunto di dover provvedere alla revoca di quel decreto, indipendentemente dall’esistenza del diritto.

Pertanto qualora il decreto ingiuntivo dovesse risultare viziato per difetto dei c.d. presupposti processuali speciali, il giudice dell’opposizione provvederà a revocarlo, emanando una sentenza di condanna per il diritto accertato.

²⁵⁹ Tale conclusione trova l’avvallo di autorevole dottrina, che evidenzia la necessità di revocare il decreto ingiuntivo nullo, così da impedire che la sentenza di condanna pronunciata nella fase di opposizione possa in tal caso avere efficacia retroattiva. Si veda Carnelutti, *Rigetto di opposizione contro decreto ingiuntivo nullo*, cit., p. 351; E.F. Ricci, *Difetto di un presupposto del processo monitorio e giudizio d’opposizione*, cit., p. 339; Granata, *op. e loc. ult. cit.*; Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18 st. lav.*, cit., p. 992 e ss.; Id., *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 285; Proto Pisani, *Il procedimento d’ingiunzione*, cit., p. 309;

Qualora invece difettasse solo in parte il diritto tutelato dal decreto, l'impugnazione rescindente rimarrebbe assorbita (²⁶⁰), e il giudice dell'opposizione provvederà ad emanare una sentenza sostitutiva del decreto, che consentirà al creditore di far salvi gli atti esecutivi già compiuti in base al decreto, ovviamente nei limiti della sentenza.

In definitiva nell'ipotesi di accoglimento parziale dell'opposizione deve ritenersi che il giudizio assuma struttura diversa, a seconda che l'opposizione si accolga per la carenza dei presupposti speciali del decreto ovvero per parziale inesistenza del diritto di credito.

Nel primo caso l'opposizione opererà alla maniera di un'impugnazione rescindente, consentendo al giudice di statuire contestualmente sull'esistenza del credito; nel secondo caso l'opposizione opererà alla maniera di un gravame sostitutivo, consentendo la conservazione degli atti esecutivi già compiuti nei limiti della somma eventualmente ridotta (²⁶¹).

²⁶⁰ Cerino Canova, *Le impugnazioni civili*, cit., 443, rileva come l'incidenza della pronuncia sulla rescissione possa spiegarsi anche in modo diverso da come usualmente intesa, nel senso di autorizzare il giudice a pronunciarsi sullo stesso oggetto solo se sia di rigetto, dovendosi all'opposto ritenere che la statuizione eliminativa si presenti come impedimento. La prospettiva sopra proposta richiede invero un'ulteriore rettifica, nel senso che il decreto viziato per carenza di un presupposto speciale attiva la fase rescindente, autorizzando il giudice a pronunciarsi sull'esistenza del credito nella fase rescissoria (fase rescindente e fase rescissoria si svolgono peraltro senza soluzione di continuità); mentre invece l'assenza di vizi consentirà al giudice dell'opposizione di emanare una sentenza di accoglimento parziale sostitutiva del decreto ingiuntivo.

²⁶¹ La tesi "mista" di un'impugnazione che si profila talora rescindente (nei casi in cui difettino i presupposti c.d. speciali ex art. 633 c.p.c.) e altre volte sostitutiva (nell'ipotesi in cui le censure riguardino esclusivamente la fondatezza del credito

Segue: Due preziose ricadute. L'inefficacia degli atti esecutivi medio tempore compiuti sulla base del decreto ingiuntivo revocato e la diversa rilevanza dei presupposti per concedere l'inibitoria

Mi pare che la prospettiva illustrata consenta di individuare nella tesi “mista” un rimedio avverso il decreto ingiuntivo informato ad esigenze di equilibrio, capace di valorizzare un inadeguato e perfettibile dato normativo, garantendo – per quel che le disposizioni consentono - le contrapposte esigenze costituzionali, che da un lato invitano a rendere funzionale un procedimento fortemente deflattivo, e dall'altro impongono che il convenuto, costretto a subire il rito monitorio, non debba farsi carico di una posizione processuale peggiore rispetto a quella che avrebbe “subito” in un ordinario giudizio di condanna. Benchè, come è stato autorevolmente rilevato, il pieno riequilibrio delle rispettive posizioni processuali delle parti non possa prescindere dalla revoca retroattiva della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, e non basti la mera inibitoria in quanto strumento idoneo a ripristinare la necessaria *tabula rasa* (lascia infatti sul campo, sebbene silenti, dannosi pignoramenti e iscrizioni di ipoteche giudiziali)

tutelato dal decreto ingiuntivo), richiama per certi versi alla mente il dibattito sviluppatosi intorno alla questione se la struttura per impugnazione per revocazione sia rescindente, o sia sostitutiva, ovvero talora la prima e talvolta la seconda. Per quest'ultima soluzione, che suggerisce una maggior compatibilità sotto il profilo logico-sistematico, si veda Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni della sentenza*, cit., p. 568.

(²⁶²), deve ammettersi come la ricostruzione proposta costituisca un passo fondamentale per respingere la prospettiva secondo cui “*se il preteso creditore ha agito con malizia ed il giudice ha commesso un errore – questa è la morale – peggio per l’ingiunto: chi ritiene che tale sia il sistema della legge, deve convenire che ben difficilmente si può trovare un altro punto così bisognoso di urgente riforma*” (²⁶³).

In questo senso la struttura di un giudizio di opposizione capace di rimuovere, sia pur *ex post*, gli effetti di un decreto ingiuntivo illegittimamente concesso, consente di individuare – fin da subito – due preziosi risultati.

In primo luogo decreta, per l’ipotesi in cui all’esito dell’opposizione il giudice accerti l’esistenza del credito, la caducazione degli atti esecutivi posti in essere sulla base del decreto ingiuntivo illegittimamente concesso (²⁶⁴). Il risultato, che secondo una recente dottrina andrebbe rigettato perchè “*a questo punto non vale la pena*” (²⁶⁵), rappresenta invece un elemento di giustizia pratica, e ancor più logica, da cui sarebbe irragionevole prescindere, come dimostra *mutatis mutandis* anche la giurisprudenza che in sede di opposizione all’esecuzione ex art. 615 c.p.c. dichiara l’inesistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata, determinando la caducazione

²⁶² Consolo, Commento a Trib. Latina, 14 febbraio 2000, in *Corr. Giur.*, 2001, 811, p. 815 e spec. 817

²⁶³ Ricci, *Difetto di un presupposto del procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 340; Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18 st. lav. ed ingiunzione per i rapporti patrimoniali: conseguenze sul giudizio di opposizione, specie sotto il profilo della litispendenza*, cit., p. 991.

²⁶⁴ Consolo, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 285.

²⁶⁵ Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., p. 490.

degli atti esecutivi *medio tempore* posti in essere, anche quando al tempo stesso – su istanza del creditore procedente – accerta l'esistenza del diritto ed emana sentenza di condanna del debitore opponente ⁽²⁶⁶⁾.

In secondo luogo la soluzione proposta è destinata ad incidere, sia pur modestamente, anche sull'art. 649 c.p.c., che prevede la possibilità per cui – su istanza di parte – il giudice dell'opposizione disponga la sospensione della provvisoria esecutività del decreto. La norma prevede che la sospensione della provvisoria esecutività richieda l'esistenza di gravi motivi, generalmente ricondotti, secondo la valutazione discrezionale del giudice, al pericolo di danno grave e irreparabile che dall'esecuzione potrebbe derivare al patrimonio del debitore non sufficientemente garantito dal risarcimento del danno in caso di accoglimento dell'opposizione, ovvero all'ipotesi in cui l'opposizione sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione ⁽²⁶⁷⁾. La prospettiva della revoca del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, concesso in assenza dei presupposti di cui all'art. 633 c.p.c., consente allora al giudice investito dell'istanza inibitoria di ritenere raggiunta la soglia dei gravi motivi richiesti già solo quando siano viziati i presupposti speciali *ex art. 633 c.p.c.*, e indipendentemente dall'approfondimento di ulteriori questioni legate all'esistenza del diritto

²⁶⁶ Cass. 20 aprile 2007, n. 9494; Cass. 29 marzo 2006, n. 7225; App. Milano 10 febbraio 2004, in *Giur. it.*, 2004, 1443, con nota di Morelli; Cass 14 febbraio 1996, n. 1107.

²⁶⁷ Per una rassegna degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno accolto diverse combinazioni di *fumus* e *periculum*, si rinvia a Sforza-Conte, in *Codice di Procedura Civile Commentato*, a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2007, *commento sub art. 649*, p. 4553.

fatto valere dal creditore (²⁶⁸), come del resto specularmente prevede lo stesso art. 648 nella parte in cui impedisce al giudice dell'opposizione di dichiarare la provvisoria esecutività del decreto opposto limitatamente alle somme non contestate qualora l'opposizione sia proposta per vizi procedurali. Anzi, proprio in virtù del fatto che l'opposizione condurrà in ogni caso alla revoca del decreto, l'esame sulla fondatezza nel merito della domanda fatta valere dal ricorrente deve ritenersi, ai fini della concessione dell'istanza inibitoria, assorbita, o meglio preclusa, qualora difettino i presupposti di cui all'art. 633 (²⁶⁹).

²⁶⁸ In senso contrario Trib. Ferrara 9 agosto 2004, in *Dir. Fall.* 2005, II, p. 527

²⁶⁹ Così Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18 st. lav., cit.*, p. 996, che esclude in tal caso la possibilità per il creditore in possesso di un decreto ingiuntivo illegittimo, di ricorrere alla disciplina di cui all'art. 648 c.p.c. per compensare le carenze dei presupposti dell'art. 642 c.p.c.

Discussa è altresì l'ipotesi secondo cui il creditore, che in sede di opposizione producesse idonea documentazione, possa ottenere un'ordinanza *ex art. 186 ter* c.p.c. a tutela di quel credito. Larga parte della giurisprudenza osserva infatti che la compatibilità nell'ambito del giudizio di opposizione di siffatta ordinanza è messa in crisi dal fatto che, in caso di estinzione del giudizio, si avrebbe per il medesimo credito la formazione di due titoli esecutivi. Tra molte Trib. Bologna 14 ottobre 1994, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1291; Trib. Milano 16 maggio 1995, in *Foro it.*, 1995, I, 2588; Trib. Ivrea 4 novembre 2004, *D&G*, 2004, fasc. 44, p. 83. In dottrina si è osservato come il problema della duplicazione dei titoli possa essere superato nell'ambito del giudizio di opposizione all'esecuzione, *ex art. 615 c.p.c.* (Ronco, *L'esecutorietà parziale dell'ingiunzione opposta a cavallo tra gli artt. 648 e 186 ter c.p.c.*, *Giu. It.*, 1997, I, 2, p. 19; Conte, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003, p. 332)

CAPITOLO IV

Su alcune conseguenze che derivano dalla ricostruzione della fase di opposizione in termini di impugnazione a struttura “mista”

1) La competenza funzionale del giudice dell’opposizione e la preveniente domanda di accertamento negativo dell’esistenza del credito

La struttura delineata nel capitolo precedente, che ricostruisce la fase di opposizione a decreto ingiuntivo in termini di impugnazione, riverbera alcune conseguenze sulla disciplina da applicare a tale fase.

Uno degli aspetti più rilevanti, e che da sempre richiama l’attenzione della dottrina e della giurisprudenza, attiene alla competenza del giudice chiamato a pronunciarsi sull’opposizione, ma più in particolare alle conseguenze che derivano dalla possibilità che questi sia spogliato della controversia in virtù di una domanda preveniente di accertamento negativo dell’esistenza del credito tutelato dal decreto ingiuntivo. Accolta l’idea per cui l’opposizione a decreto ingiuntivo rappresenti un mezzo di impugnazione, la giurisprudenza correttamente configura la previsione contenuta nell’art. 645 c.p.c. per cui l’opposizione si propone davanti all’ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emanato il decreto, come un’ipotesi di competenza funzionale, e quindi inderogabile ⁽²⁷⁰⁾. Pertanto il giudice dell’opposizione -

²⁷⁰ Il carattere inderogabile della competenza del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo a conoscere dell’opposizione - da sempre accolto in giurisprudenza - è stato riaffermato dalle Sezioni unite (Cass., sez. un., 8 ottobre 1992, n. 10985, in *Foro it.*, 1992, I, 3286, con nota di Proto Pisani, *Opposizione a decreto ingiuntivo*,

se prevenuto, in base al criterio testualmente espresso dall'art. 643 c.p.c., dall'azione ordinaria di accertamento negativo del credito – non ha altre possibilità se non quella di dichiarare l'incompetenza del suo ufficio ad emanare il provvedimento monitorio e, quindi, dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo emesso nell'anteriore fase sommaria, esaurendo in tal modo la sua competenza funzionale ⁽²⁷¹⁾).

Tale conclusione finisce pertanto per vanificare la tutela accordata al creditore e così incoraggia il debitore ad instaurare maliziosamente, in altra

continenza e connessione: una grave occasione mancata dalle sezioni unite) con un intervento teso a chiudere la porta ad alcuni spiragli giurisprudenziali salutati con entusiasmo da una parte della dottrina (Cass. 8 aprile 1991, n. 3653, *Foro it.*, 1991, I, 2979, con osservazioni di Proto Pisani e nt. Sbaraglio, «Revirement» della Corte di cassazione in tema di inderogabilità della competenza del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, e in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1182, nt. Vullo; Cass. 26 maggio 1992, n. 6298, in *Foro it.*, 1992, I, p. 2384; Cass. 7 settembre 1991, n. 9427, in *Foro it.*, *Rep.* 1992, voce *Ingiunzione (procedimento)*, n. 40).

Il carattere inderogabile è stato più recentemente ribadito da un'altra pronuncia delle Sezioni unite chiamate a rivalutarne l'attualità alla luce della novella l. 353/90 (Cass., sez. un., 8 marzo 1996, n. 1835, *Foro it.*, 1996, I, p. 2086, nt. Sbaraglio, *Le competenze assolutamente inderogabili di fronte alla riforma del codice di procedura civile*).

Per un esame approfondito della questione, e del riverbero che la struttura impugnatoria del decreto ingiuntivo riflette sul tema della competenza funzionale, si rinvia alle puntuali osservazioni di Montanari, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza inderogabile del relativo giudice: un ripensamento davvero corretto?*, in nota a Cass. 8 aprile 1991, n. 3653, in *Giur. it.*, 1993, I, 226. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 114; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 81; Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., p. 171

²⁷¹ Cass. 11 ottobre 2002, n. 14563; Cass. 23 luglio 2001, n. 10011; Cass. 19 aprile 2001, n. 5837; Cass. 15 febbraio 2001, n. 2214.

sede giudiziaria, la causa ordinaria per l'accertamento negativo del credito, al solo scopo di provocare l'invalidazione del decreto e la cancellazione dell'ipoteca eventualmente iscritta, stimolando così il debitore che teme l'imminente iniziativa monitoria ad approfittare del divario temporale frapposto dall'art. 643, ultimo comma, c.p.c. per cui la pendenza della lite è determinata dalla notifica del decreto, risultando irrilevante a tal fine il momento in cui il creditore ha depositato il ricorso per ottenere il decreto ingiuntivo. Pertanto, qualora il debitore venisse a conoscenza dell'iniziativa avversaria (o anche solo la presumesse) nel periodo che intercorre dal deposito in cancelleria del ricorso ingiuntivo al momento della notifica del decreto, potrebbe – come accennato – investire un diverso giudice della domanda di accertamento negativo dell'esistenza del credito e così vanificare la tutela accordata dal decreto ingiuntivo al creditore.

La necessità di arginare l'intollerabile prassi di vanificare la tutela accordata al creditore nelle forme del rito sommario instaurando, prima della notifica del decreto, un ordinario processo di accertamento negativo del credito dedotto si pone solo qualora si configuri il giudizio di opposizione come impugnazione, e conseguentemente si affidi al 1° comma dell'art. 645 c.p.c. la veste di regola che prevede una competenza inderogabile ⁽²⁷²⁾.

²⁷² Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit. 144; Cavallini, *Il ritorno alla chiarezza tradizionale sulla non derogabile competenza del giudice dell'opposizione all'ingiunzione*, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1709 e ss.

In senso contrario, oltre alla dottrina citata nella nota che precede, sulla scia di una diversa ricostruzione della fase di opposizione a decreto ingiuntivo (già presa in esame nel capitolo che precede), Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 771 per il quale l'incompetenza del giudice dell'ingiunzione non comporta la revoca del decreto

In giurisprudenza – ferma la ricostruzione in termini impugnatori della fase di opposizione – si è cercato di dare risposta al problema, partendo dalla definizione del rapporto tra giudizio di mero accertamento e giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

La giurisprudenza più recente muove dalla premessa che tra domanda di condanna promossa con l’atto di citazione in opposizione al decreto ingiuntivo, e processo ordinario di cognizione avente ad oggetto l’inesistenza/nullità del titolo posto a fondamento della pretesa creditoria, sussista un rapporto di continenza (²⁷³). Un consolidato orientamento

ingiuntivo, in quanto la riassunzione della causa ex art. 50 c.p.c. determinerebbe la prosecuzione dello stesso processo ingiuntivo – da intendersi qui in senso lato – con la conservazione degli atti compiuti nel processo originariamente instaurato. In posizione analoga anche Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., p. 422.

²⁷³ Nel senso che tale rapporto vada inquadrato secondo gli schemi della continenza, Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18 st. lav.*, cit., p. 1006, nt. 76, e, da ultimo, Id., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 39 e ss. L’Autore, che per primo ha introdotto l’espressione “continenza qualitativa”, nota come l’estensione dell’art. 39, co. 2 c.p.c., operata dalla giurisprudenza, trovi principalmente ragione nella necessità di fuggire la disciplina meno appagante dell’art. 40 sulle cause connesse. Nel senso della continenza anche Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azione in prevenzione del debitore*, in *Giur. It.*, 1989, I, 2, p. 601, spec. pp. 603-607, che puntualizza come di litispendenza si possa parlare ogniqualvolta tra le due cause contemporaneamente pendenti possa riscontrarsi un’effettiva e completa equivalenza, e ciò non ricorre nell’ipotesi in esame. Nella stessa direzione Gionfrida, *La competenza nel nuovo processo civile*, Trapani, 1942, p. 325; Rognoni, *Litispendenza o continenza di cause ?*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, p. 242; ; Andrioli, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 211; Ronco, *Processo per decreto ingiuntivo e continenza di cause*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

giurisprudenziale ritiene nevralgico determinare la prevenzione tra domanda di condanna e quella di accertamento negativo, al dichiarato fine di ricomporre il rapporto secondo la previsione dell'art. 39 c.p.c. Il rapporto di continenza è infatti risolto dalla giurisprudenza in termini di competenza, così che il previo esercizio di un'azione viene ad escludere la competenza di ogni altro giudice, diverso da quello adito, a conoscere di una causa in relazione di continenza con quella già instaurata.

Nella prospettiva di tale indirizzo la continenza finisce inaccettabilmente per appiattirsi sulla diversa figura della litispendenza parziale, in cui la domanda proposta per seconda diventa un mero doppione della prima, e pertanto è

1985, p. 1078; più recentemente A.A. Romano, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, p. 339 e ss., spec.344-347; Ghirardi, *Prevenzione tra monitoraggio ed azione di accertamento: il nuovo approccio sceveratore della Suprema Corte*, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 68, spec. 71 e Penasa, *Coordinamento tra procedimento monitoraggio e connesso giudizio previamente instaurato: continenza, sospensione necessaria o altro ancora ?*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1106 e ss.

Configurano il rapporto di cui sopra in termini di connessione Lorenzetto Peserico, *La continenza di cause*, Padova, 1991, p. 167; Franchi, *La litispendenza*, cit., p. 330; Tarzia, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, cit., p. 122. In questa direzione sembrano muoversi anche le osservazioni di Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 84 e di Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 255.

Da ultimo, nel senso della litispendenza Sorace, voce *Litispendenza*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974. p. 861 e ss.

Sostanzialmente omogenea la posizione della giurisprudenza a favore della continenza. Tra molte, più recentemente, Cass. 21 febbraio 2007, n. 4089, in *Mass.* 2007; Cass. 13 luglio 2006, n. 15905, in *Foro. it.*, 2007, I, 471; Cass. 16 dicembre 2005, n. 27710, in *Mass.* 2006, 224; Cass. 30 novembre 2005, n. 26076, in *Corr. Giur.* 2006, 1105; Cass. 11 ottobre 2002, n. 14563, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I, 833.

destinata ad essere respinta in rito al fine di evitare un inutile e dannoso spreco di attività processuale. Solo in questa seconda ipotesi, ma non certamente nella prima, può fondatamente ritenersi che il rapporto tra le due domande possa essere ricondotto in termini di competenza o, più in generale, di improcedibilità del secondo giudizio (²⁷⁴). E così qualora - successivamente al deposito del ricorso per decreto ingiuntivo, ma prima della sua notifica - il debitore-ingiunto agisca “in prevenzione” notificando al creditore l’atto di citazione della causa di accertamento negativo, non c’è dubbio che la prevenienza giochi a suo favore. La conclusione, imbrigliata dall’inossidabile competenza funzionale del giudice di opposizione a decreto, impedisce la migrazione della controversia avanti al giudice chiamato a pronunciarsi sulla causa (preveniente, ex art. 39, co. 2 c.p.c.) di accertamento negativo, e però rileva - secondo l’ipotesi ricostruttiva più consolidata - per la determinazione della competenza del giudice che ha emanato il provvedimento ingiuntivo. Qualora la causa del procedimento di ingiunzione sia in rapporto di continenza con altra pendente davanti a diverso giudice, preventivamente adito in sede di cognizione ordinaria e competente per entrambi i giudizi, il giudice dell’opposizione non avrebbe

²⁷⁴ Il riferimento è all’applicazione del comma secondo dell’art. 39 c.p.c. Si vedano, per alcuni riferimenti giurisprudenziali, la nota che segue. In dottrina, secondo la ricostruzione che ci pare preferibile, Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, p. 64; Consolo, *Riforma non passata in giudicato*, cit., p. 1000; Id, *Spiegazioni*, cit., p. 39; Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni*, cit., pp. 609-611; recentemente Ghirardi, *Prevenzione tra monitorio ed azione di accertamento*, cit, p. 74, spec. note 28 e 29 per alcuni riferimenti dottrinali sulla qualificazione della litispendenza nel vecchio codice di rito.

altra scelta che dichiarare l'incompetenza di quello del decreto e, conseguentemente, la nullità dello stesso (²⁷⁵).

In alternativa, secondo quanto proposto da una diversa deriva giurisprudenziale oramai abbandonata, l'originaria validità del decreto impedirebbe l'accoglimento dell'opposizione per incompetenza originaria e, al tempo stesso, qualsiasi altra decisione di merito (in sede di opposizione) rimarrebbe preclusa dalla sopravvenuta litispendenza: dall'*impasse* si uscirebbe solamente sospendendo *ex art.* 295 c.p.c. il giudizio di opposizione, in attesa di quello sulla causa pendente davanti al giudice preventivamente adito (²⁷⁶).

²⁷⁵ La tendenza a superare l'ostacolo alla *translatio iudicii* (costituito dalla competenza funzionale del giudice di opposizione) affermando che la prevenienza della causa di accertamento negativo legata da un rapporto di continenza a quella di opposizione a decreto ingiuntivo determini l'originaria incompetenza del giudice di quest'ultima, e, conseguentemente, la nullità del decreto emesso, è pressoché costante in giurisprudenza, benché già da tempo avversata dalla dottrina che, con argomentazioni insuperabili (vedi *infra*), ha dimostrato l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 39 c.p.c. alla fase ingiuntiva in senso stretto. In giurisprudenza, tra molte, la celebre Cass. 23 maggio 1958, n. 1745, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 249; Cass. 15 ottobre 1968, n. 3303 in *Foro it.*, 1969, I, 1308; Cass. 22 novembre 1984, n. 6019, in *Foro it.*, 1985, I, 748. Più recentemente Cass. 7 dicembre 2000, n. 15525, in *Giur. it.*, Mass., 2000, 1442; Cass. 11 ottobre 2002, n. 14563, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I, 833; Cass. 21 gennaio 2003, n. 854, in *Giust. Civ.*, Mass., 2003, 143.

²⁷⁶ In questa direzione Cass. 7 ottobre 1974, n. 2637, in *Rep. Giur. it.*, 1974, voce *ingiunzione (procedimento per)*, n. 18; Cass. 12 marzo 1979, n. 1533, *ivi*, 1979, voce cit., n. 35; Cass. 6 giugno 1983, n. 3860, *ivi*, 1983, voce cit., n. 31; Cass. 13 dicembre 1989, n. 13950, in *Giust. Civ.*, 1996, 970. Cass., sez. un., 8 ottobre 1992, n. 10984, in *Foto it.*, 1992, I, 3287. Cass. 10 luglio 1996, n. 6300, in *Foro it.*, Mass., 1996; Cass. 13 dicembre 1999, n. 13950, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 687. In

La via della sospensione, oltretutto, finisce per appesantire ingiustificatamente l'attività processuale senza alcun valore aggiunto, in quanto, ottenuta nel giudizio preveniente una sentenza passata in giudicato, quello di opposizione dovrà chiudersi conformemente alla prima decisione. Pertanto, riqualificato il rapporto nei termini di cui al 1° comma dell'art. 39, non sussiste alcun ostacolo (vedi la nota che segue) per escludere che il decreto possa essere caducato attraverso una immediata "dichiarazione" di litispendenza.

La nullità del decreto ingiuntivo deriva dunque, nella prospettiva tracciata dalla giurisprudenza ancora attuale, dall'originaria incompetenza del giudice che ha emanato il decreto in quanto, prima della notifica – e quindi prima del momento cui è da ricondursi la pendenza della lite ai sensi dell'art. 643 c.p.c. – un altro giudice è stato investito di una domanda di accertamento negativo del diritto di credito ad essa connessa (²⁷⁷).

senso contrario, da ultimo, Cass., sez. un., 23 luglio 2001, n. 10011, in *Foro it.*, 2001, I, 3613 ha espressamente escluso la possibilità di sospendere il giudizio di opposizione ex art. 295 c.p.c. in quanto il decreto ingiuntivo nasce viziato, "*per incompetenza per continenza della domanda proposta al giudice del monitorio*".

La tesi in esame va ricondotta alle autorevoli osservazioni di Garbagnati, *Processo di ingiunzione e litispendenza*, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, p. 761 e Id, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., pp. 215-216. che, come è stato giustamente rilevato da Consolo e Merlin (*op. e loc. ult. cit.*) risente della mancata qualificazione in termini di litispendenza (o più giustamente continenza) piuttosto che di connessione, del rapporto tra azione di condanna proposta in via ingiuntiva e domanda di accertamento negativo.

²⁷⁷ Sull'inapplicabilità dell'art. 39 alla fase *stricto sensu* ingiuntiva e, conseguentemente, sull'irrelevanza di una preveniente causa di accertamento negativo al fine di determinare l'incompetenza del giudice del decreto ingiuntivo,

Per arginare il problema formulato in premessa, la giurisprudenza più recente introduce un coefficiente innovatore di sensibile rilevanza, poiché sgancia la verifica della competenza del giudice a pronunciarsi sul decreto ingiuntivo dalla pendenza della lite che il terzo comma dell'art. 643 c.p.c. deferisce alla notifica del decreto. E così se la competenza a conoscere della domanda di condanna esiste nel momento in cui viene presentato il ricorso, allora il decreto ingiuntivo dovrà considerarsi emanato in presenza delle sue condizioni di ammissibilità, perché quel giudice avrebbe potuto provvedere sulla stessa domanda, se proposta in via ordinaria.

si veda Consolo, *Riforma non passata in giudicato*, cit., p. 997 e spec. 1010-1011, che ben evidenzia come l'eventuale rapporto di litispendenza costituisca un impedimento solo alla pronuncia - nel giudizio di opposizione - di una sentenza di merito (sull'esistenza o meno del credito), funzionando come un presupposto processuale di tale giudizio e non invece della precedente fase propriamente ingiuntiva. Pertanto la dichiarazione di nullità del decreto è conseguenza dell'accoglimento in rito del giudizio di opposizione, che si sostituisce al decreto opposto, riformando l'accertamento del credito. Nella stessa direzione anche Ronco, *Processo per decreto ingiuntivo*, cit., p. 1082, per il quale un'eventuale situazione di continenza è irrilevante, e la via scelta dal creditore con lo strumento monitorio è “*assolutamente impermeabile alle eccezioni relative ai processi pendenti che potrebbero in qualche modo interferire con la soddisfazione della sua pretesa*”. Pertanto, secondo l'Autore, può forse parlarsi di incompetenza sopravvenuta del giudice dell'opposizione, che quindi viene in essere solo quando il procedimento monitorio ha superato la sua prima fase. Va dato conto, però, che lo stesso autore negli scritti successivi (*Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 330) cambia idea, aderendo alle osservazioni proposte da Nicoletti, *op. e loc. ult. cit.*. Sull'inapplicabilità dell'art. 39 alla fase ingiuntiva si vedano anche Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 84; Tarzia, *Opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., p. 122; Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni*, cit., p. 603.

La prevenienza della causa di accertamento negativo rispetto alla notifica del decreto ingiuntivo (*ex art. 643, co. 3 c.p.c.*) non influisce poi neppure sul successivo – ed eventuale - giudizio di opposizione, che si delinea a valle, in quanto la competenza funzionale a conoscere della domanda di condanna in sede di opposizione altro non è che una proiezione della competenza a provvedere sulla stessa domanda proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo ⁽²⁷⁸⁾. Pertanto se per effetto della continenza la causa di accertamento negativo - proposta prima che il decreto ingiuntivo sia stato notificato - si presta ad essere riunita presso quella di opposizione, la continenza deve operare in questo senso, sempre che la domanda d'ingiunzione investa un giudice che alla data in cui è stata presentata era competente a conoscerne. La nuova prospettiva offerta poggia sull'indiscusso propagarsi di alcuni effetti sostanziali e processuali riconducibili al mero deposito dell'istanza ingiuntiva, oltre che all'opportunità di risolvere la lite in tempi ragionevoli; tutti elementi però – come è stato evidenziato nel paragrafo precedente - compatibili con la puntuale interpretazione del co. 3 dell'art. 643 c.p.c., per cui è indubbio che ogni altro effetto c.d. sostanziale della domanda debba ricondursi alla circoscritta, ma non surrogabile, funzione che resta assegnata alla notificazione del ricorso.

²⁷⁸ Così, in motivazione, Cass. 18 marzo 2003, n. 3978, *cit.*. Per ulteriori è più penetranti rilievi si rinvia ai commenti di Ghirardi, *Prevenzione tra monitoraggio ed azione di accertamento*, *cit.*, p. 68 e Sbaraglio, *Procedimento di ingiunzione e continenza*, *cit.*, p. 3067

1.a) Segue: l'individuazione del momento cui ricondurre la pendenza del procedimento monitorio come questione chiave per risolvere il problema.

Vi sono due momenti cui è possibile ricondurre la pendenza della lite nel procedimento monitorio, secondo l'alternativa che individua, quali punti estremi di oscillazione di un immaginario pendolo, la data di notificazione del ricorso e del decreto ingiuntivo (in aderenza all'interpretazione letterale suffragata dal terzo comma dell'art. 643 del codice di rito), ovvero la data del deposito del ricorso.

L'orientamento tradizionale è solito individuare la pendenza della lite – quantomeno agli effetti della litispendenza e della continenza – in corrispondenza della notifica del ricorso e del decreto (²⁷⁹).

²⁷⁹ Tra molte Cass. 2 febbraio 2006, n. 2319, *Mass.*, 2006, 493; Cass. 15 febbraio 2001, n. 2214, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, 626; Cass., sez. un., 23 luglio 2001, 10011, in *Foro it.*, 2001, I, 3613, nt. Gallo; Cass. 6 febbraio 1999, n. 1059, *Rep.*, 1999, voce *Avvocato*, n. 183; Cass. 29 ottobre 1998, n. 10784, *Mass.*, 1998; Cass. 2 settembre 1998, n. 8717, *Rep.* 1998, voce cit., n. 90; Cass. 7 ottobre 1991, n. 10484, *Rep.*, 1991, voce *Competenza civile*, n. 133; Cass. 14 maggio 1990, n. 4143, in *Foro it.*, *Rep.*, 1990, voce *Ingiunzione (procedimento)*, n. 55; Trib. Milano 1 marzo 1990, in *Foro pad.*, 1990, I, 331; Cass. 7 aprile 1987, n. 3341, *Rep.* 1987, voce *Procedimento civile*, n. 41.

In senso contrario alcune recenti pronunce della Suprema Corte precisano che, ai fini della litispendenza, bisogna valutare se, quando il ricorso è stato presentato, la competenza a conoscere della domanda di condanna esisteva e non era stata superata dal fatto che ad altro giudice fosse già stata proposta la domanda sul rapporto: Cass. 18 marzo 2003, n. 3978, in *Cor. Giur.*, 2005, 63, nonché Cass. 5627/2005, 5628/2005, 9181/2006 e 5957/2006 tutte, a quanto ci risulta, inedite.

In ogni caso l'interpretazione letterale dell'art. 643 che riconduce la pendenza della lite nel procedimento monitorio al momento della notifica del decreto ingiuntivo, *ex art. 643 c.p.c.*, non ha giustamente impedito alla giurisprudenza citata di chiarire che alcuni effetti di carattere sostanziale e processuale si producono già nella fase *inaudita altera parte* fin dal momento del deposito del ricorso. E così – ad esempio – tale deposito rileva, *ex art. 5 c.p.c.*, per escludere qualsiasi riverbero sulla competenza e giurisdizione dei mutamenti di fatto o di diritto successivi alla proposizione della domanda ⁽²⁸⁰⁾. Anche la determinazione della competenza per valore, ai sensi dell'art. 10 co. 2° c.p.c., va riscontrata con riferimento alla data del deposito del ricorso introduttivo, quale momento della proposizione della domanda e, quindi, previo cumulo, con la somma capitale, dei soli interessi maturati fino alla suddetta data ⁽²⁸¹⁾. La data del deposito del ricorso costituisce poi il *dies a quo* per la decorrenza degli interessi anatocistici, come previsto dall'art. 1283 c.c. che indica espressamente “*dal giorno della domanda giudiziale*” ⁽²⁸²⁾.

La possibilità di riconoscere l'esistenza di alcuni effetti di natura sostanziale e processuale già fin dal deposito del ricorso – fermo restando che la pendenza della lite, rilevante anche ai fini di un'eventuale litispendenza o

²⁸⁰ Cass. 27 luglio 1999, n. 8118, *Mass. Foro it.*, 1999; Cass. 15 maggio 1998, n. 4904, in *Foro it.*, 1998, I, 2423; Cass. 29 settembre 1998, n. 9714, *Mass. Foro it.*, 1998; Trib. Milano, 8 marzo 1996, *Foro it.*, 1996, I, 3526.

²⁸¹ Cass. 13 giugno 1992, n. 7292, *Mass. Foro it.*, 1992; Cass. 23 dicembre 1997, n. 13006, in *Giust. Civ.*, Mass 1997, 2429.

²⁸² Cass. 24 maggio 1999, n. 503, *Mass. Foro it.*, 1999; Cass. 10 settembre 1990, n. 9311, in *Corr. Giur.* 1990, 1271, con nt. Murra.

continenza di cause, si verifica solo con la notifica del decreto ingiuntivo - è condivisa anche da buona parte della dottrina (²⁸³).

La giurisprudenza più recente invece ritiene che la lite introdotta con la domanda di ingiunzione debba considerarsi pendente a seguito della notifica del ricorso e del decreto, ma gli effetti della pendenza andrebbero (retroattivamente) ricondotti al momento del deposito del ricorso (²⁸⁴). La

²⁸³ Così Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 101; Balbi, *Ingiunzione (procedimento di)* cit., p. 8; Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18 st. lav. cit.*, p. 1000, qualifica la fase ingiuntiva quale fenomeno bensì giurisdizionale ma con caratteri strutturali di mero procedimento; Trisorio Liuzzi, *La pendenza dei processi da ricorso*, in *Dir. e Giur.*, 1979, p. 262 e spec. 281-283. Più recentemente Sbaraglio, *Procedimento di ingiunzione e continenza: un opportuno intervento correttivo della Suprema corte*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 3067 e Ghirardi, *Prevenzione tra monitorio ed azione di accertamento: il nuovo approccio sceveratore della Suprema Corte*, cit., p. 71-73

In posizione parzialmente diversa Frus, *Pendenza della lite, tutela cautelare e procedimento monitorio*, cit, p. 557 e spec. 568 e 578-580 che analizzando la possibilità, in capo al creditore, di chiedere una misura cautelare (sostanzialmente un sequestro) nella parentesi temporale compresa dal momento del deposito del ricorso a quello della notifica del decreto ingiuntivo, ritiene sussistere una forma di “*litispendenza parziale soggettiva*”, e pertanto configura in capo al creditore istante (e solo per esso) una pendenza qualificata ai sensi dell’art. 669-*quater*, co 1° c.p.c..

²⁸⁴ Cass. s.u. 1.10.2007, n. 20596, in *Cor. Giur.* 2008, p. 1121. La soluzione è stata elaborata in dottrina da Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo*, cit., p. 963-969 per il quale “l’accoglimento, invero, dell’interpretazione *prima facie* dell’art. 643, ult. comma (litispendenza principiante dalla notificazione del decreto ingiuntivo, e del ricorso) è precluso da questa semplice considerazione, che esso getterebbe, come abbiamo visto, anche agli effetti della risoluzione dei problemi pratici, la procedura ingiuntiva (quella cioè della fase ricorso – decreto ingiuntivo) nel mistero”. Premesso che “di litispendenza ha senso e utilità parlare solo in caso di accoglimento del ricorso, cioè nell’ipotesi di pronuncia del decreto ingiuntivo” il

soluzione prospettata troverebbe alcuni precisi addentellati normativi tali da giustificare una revisione sistematica della regola dettata dal 3° comma dell'art. 643 c.p.c., e da metterne in discussione la portata di natura eccezionale, uniformemente avvertita in giurisprudenza ⁽²⁸⁵⁾, e pare trovare

fatto che “la notificazione del provvedimento (*id est* del decreto in quanto ingiuntivo) condiziona il venire in essere della litispendenza non significa che la litispendenza venga in essere dal momento della notificazione. Per ciò, almeno se il procedimento ingiuntivo è un procedimento giurisdizionale, ossia un processo, ed il ricorso per ingiunzione, ex art. 99, una domanda, bisogna far capo ai principi della domanda: il che sta a dire che, una volta effettuata la notificazione ex art. 643, condizionale (giusta quella che è la particolare struttura del procedimento ingiuntivo, per la via, prima, della alternativa provvedimentale ex art. 640-641, poi della prescrizione ex art. 644) del determinarsi della litispendenza, tale litispendenza viene poi, secondo i principi generali a far capo, o, se si preferisce, a retroagire alla domanda, rappresentata nella fattispecie dal ricorso per ingiunzione”.

Nella stessa direzione anche Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit, p. 770 e Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit, 328 e spec. 331.

In posizione solo parzialmente sovrapponibile Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 218-220, chiarisce che “dal momento della notificazione del ricorso e del decreto la lite può dirsi pendente ai fini della produzione di tutti quegli effetti giuridici che la legge ricollega all'esercizio di un'ordinaria azione di condanna in forma di citazione e non già nel senso che il processo di ingiunzione abbia inizio con la notificazione del decreto”.

²⁸⁵ La celebre sentenza della Cass., sez. un., 11 maggio 1992, n. 5597, in *Foro it.*, 1992, I, 2089, nt Costantino, individua infatti la pendenza della lite nelle controversie di lavoro già fin dal momento del deposito del ricorso introduttivo, riservando così alla previsione espressa contenuta nell'art. 643 c.p.c. il ruolo di disposizione eccezionale (e che come tale contribuisce a sostenere che *se solo in tema di procedimento d'ingiunzione si fa derivare la pendenza dalla notificazione*,

ulteriore conferma dalla modifica all'ultimo comma dell'art. 39 c.p.c. intervenuta con la novella 18 giugno 2009, n. 69, che ha espressamente sancito che la prevenzione tra cause si determina con riferimento alla notifica della citazione o dal deposito del ricorso (²⁸⁶).

Nella stessa direzione troverebbero significato alcuni effetti sostanziali e processuali che, come già anticipato poco sopra, sono comunemente ricondotti al momento del deposito del ricorso, e non invece a quello della notifica del decreto. Così il deposito del ricorso rileva, *ex art. 5 c.p.c.* per escludere qualsiasi riverbero sulla competenza dei mutamenti di fatto o di diritto successivi; ai fini dell'art. 10 c.p.c. quale momento per determinare la competenza per valore; ai sensi dell'art 1283 c.c. quale *dies a quo* per la decorrenza degli interessi anatocistici, ed *ex art. 112 c.p.c.* fa sorgere in capo al giudice il dovere di pronunciarsi sulla domanda.

A questo profilo appartengono anche quei rilievi da cui emerge complessivamente una certa attività idonea a conferire propria autonomia alla fase ingiuntiva in senso stretto, come è confermato *ex post* anche dalle previsioni (artt. 647, 652, 653 c.p.c.) in tema di esecutorietà del decreto in ipotesi di estinzione o conciliazione della fase di opposizione. E in

ciò potrebbe indurre a ritenere che, in difetto di espressa previsione, la pendenza deriva dal mero deposito del ricorso).

²⁸⁶ In effetti, come notano i primi commentatori della riforma (Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1309) la nuova previsione è in grado di fornire maggiore appiglio alla tesi giurisprudenziale sopra illustrata, benché rimanga dubbio se l'estensione di tale retrodatazione al momento del deposito del ricorso riguardi solamente gli effetti processuali della domanda o anche quelli sostanziali. L'Autore citato pare aderire all'ultima opzione.

particolare dall'art. 638 c.p.c. in tema di indicazione del procuratore o elezione di domicilio al fine della notifica dell'eventuale opposizione; dall'art. 36 *disp. att.* c.p.c. sul dovere del cancelliere di formare il fascicolo e iscrivere "l'affare" al ruolo e sull'impossibilità per il ricorrente di ritirare i documenti allegati al proprio ricorso fino alla scadenza del termine di cui all'art. 641 c.p.c.

Se ne deduce – secondo questa prospettiva - che con il deposito del ricorso il creditore avvia un procedimento che si snoda attraverso una serie di attività che hanno rilievo in sé, e che invece, laddove l'art. 643 ult. comma c.p.c. fosse interpretato nel significato "classico" *"getterebbe la fase ricorso-decreto ingiuntivo...nel mistero"*.

Per altro verso la revisione dell'art. 643 c.p.c. mira ad estendere al procedimento per decreto ingiuntivo il principio elaborato dalla giurisprudenza per i giudizi che *ex art.* 409 c.p.c. iniziano con il deposito del ricorso, identificando il momento in cui si determina la pendenza della lite con il deposito stesso, in quanto la prevenzione sarebbe un effetto della costituzione del processo e non della realizzazione del contraddittorio. Per la costituzione del processo, poi, sarebbe sufficiente il contatto tra due dei tre soggetti del rapporto processuale, e quindi anche tra una parte ed il giudice, come avviene nei giudizi instaurati con ricorso.

Le argomentazioni ora ripercorse non sembrano tuttavia poter offrire una stabile copertura alla soluzione che consente di retroagire la pendenza della lite monitoria al momento del deposito del ricorso.

In primo luogo l'esistenza di alcuni effetti processuali e sostanziali, che comunemente sono ricondotti al momento del deposito del ricorso, e non a

quello della successiva notifica del decreto, non “indebolisce” l’interpretazione classica del 3° comma dell’art. 643 c.p.c.: e infatti non significa che tutti gli effetti debbano essere ricondotti a tale momento né, a maggior ragione, che a tale momento possano retroagire qualora segua la notifica del decreto ingiuntivo. E così, infatti, la notifica del decreto e del ricorso “*determina la pendenza della lite*” ma “*ciò non significa che il processo di ingiunzione non penda fino a questo momento*” ⁽²⁸⁷⁾. Al tempo stesso l’esplicito riconoscimento dell’esistenza di alcuni effetti nella fase monitoria in senso stretto non incide sulla bontà della consolidata classificazione adottata in giurisprudenza, che individua per ciascun istituto (processuale o sostanziale) quale effetto sia riconducibile all’inizio della procedura monitoria in senso stretto e quale invece al momento della notifica del decreto, evitando l’insoddisfacente equiparazione di effetti tra deposito del ricorso per decreto ingiuntivo e introduzione del processo nelle forme del rito ordinario ma anche del lavoro ⁽²⁸⁸⁾.

²⁸⁷ La frase è di Garbagnati, *Il procedimento d’ingiunzione*, cit., p. 101. Così anche Balbi, *Ingiunzione*, cit, pp. 3 e 8, per il quale la domanda di condanna è presentata con il deposito del ricorso per ingiunzione, come si deriva dall’interpretazione sistematica dell’art. 640, co. 3 c.p.c. che – disciplinando il rigetto del ricorso – puntualizza che lo stesso non pregiudica la *riproposizione della domanda*, evidenziando con ciò che la domanda è proposta con il deposito del ricorso. Nella stessa direzione anche Consolo, *Riforma non passata in giudicato*, cit., p. 997; Trisorio Liuzzi, *La pendenza dei processi*, cit., pp. 281-283; Sbaraglio, *op. ult. cit.*, p. 3067.

²⁸⁸ Considerazioni analoghe possono essere svolte anche in riferimento all’affermata autonomia di effetti della fase monitoria in senso stretto che sarebbe un ulteriore elemento a favore della pendenza della lite già fin dal momento del deposito del ricorso. È tranciante la stessa osservazione di Nicoletti, (*op. e loc. ult.*

L'analisi, piuttosto, va condotta su ogni singolo effetto, valutandone la compatibilità alla luce del preciso quadro normativo.

È interessante dar conto di due effetti della domanda - l'interruzione della prescrizione e la litispendenza - che, se interpretati conformemente all'impostazione qui criticata, porterebbero a conseguenze difficilmente conciliabili con il tenore delle relative norme.

Un'interpretazione dell'art. 643 c.p.c. secondo cui *la lite introdotta con la domanda di ingiunzione deve considerarsi pendente a seguito della notifica del ricorso e del decreto, ma gli effetti della pendenza retroagiscono al momento del deposito del ricorso* (²⁸⁹), non pare potersi raccordare al preciso e incompatibile dato normativo di cui all'art. 2943 c.c. che prescrive la notifica dell'atto introduttivo (²⁹⁰). Neppure le osservazioni di chi rileva

cit.), cui è ad attribuirsi la paternità della tesi accolta in motivazione, secondo cui in mancanza della notifica del decreto ingiuntivo non può darsi alcun autonomo rilievo alla pendenza della lite.

²⁸⁹ Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo*, cit., p. 964 e ss.; Vignera, *La relazione strutturale*, cit., p. 770 e Ronco, *Struttura e disciplina*, cit., p. 331.

²⁹⁰ Oriani, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, p. 315 e ss. per il quale, oltre al dato letterale incontrovertibile, pesa il fatto che la mancanza di una disposizione *ad hoc*, che faccia retroagire al tempo della presentazione del ricorso l'effetto interruttivo della prescrizione, sia stata una scelta del legislatore che non ha recepito il progetto Chiovenda secondo cui la "*semplice annotazione della domanda nel registro delle cause civili è nondimeno efficace ad impedire ogni decadenza di diritto e di termini*". Nella stessa direzione Trisorio Liuzzi, *La pendenza dei processi da ricorso*, in *Dir. e Giu.*, 1969,, p. 83; Balbi, *Ingiunzione*, cit., p. 14. Con riferimento al rito del lavoro Montesano-Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, pp. 142-143 e Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999, p. 88. In giurisprudenza

un vizio metodologico per cui il procedimento ingiuntivo soffrirebbe di un'analisi sistematica fortemente condizionata dagli schemi del processo ordinario di cognizione, e quindi ispirata al principio del contraddittorio, consentono un diverso approccio capace di spostare il baricentro svalutando il momento della notifica del decreto a favore di quello della proposizione della domanda con il deposito del ricorso ⁽²⁹¹⁾. Oltretutto si noti che l'effetto interruttivo opererebbe, secondo lo schema proposto, solo a condizione che il decreto ingiuntivo sia poi notificato (effettivamente) al debitore, che altrimenti rimarrebbe completamente all'oscuro della vicenda monitoria ⁽²⁹²⁾.

La via delineata pare invece più incisiva relativamente ad un diverso effetto sostanziale riconducibile alla proposizione della domanda giudiziale, e cioè l'impedimento della decadenza. L'esame del dettato normativo riservato alla decadenza esclude l'applicazione delle norme relative all'interruzione dei termini di prescrizione, e – salva previsione contraria – alla loro sospensione. L'impedimento si realizza se nell'arco di tempo previsto viene compiuto un atto di esercizio del potere. Non si ravvedono elementi testuali da cui derivare tendenzialmente una biunivoca corrispondenza tra esercizio del diritto e carattere recettizio della relativa dichiarazione di volontà, tale da subordinare l'impedimento della decadenza alla notifica dell'atto

l'interruzione della prescrizione è stata ricondotta alla notificazione del decreto ingiuntivo da Cass. 17 agosto 1973, n. 2356.

²⁹¹ Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo*, cit., 966.

²⁹² E così anche nell'ipotesi in cui il ricorso sia invece rigettato: la mera proposizione della domanda con il ricorso non produce alcun effetto interruttivo della sospensione, neppure istantaneo.

introduttivo, come invece dispone l'art. 2943 c.c. per l'interruzione della prescrizione. Qui, infatti, esclusa l'esistenza di una norma che subordini l'impedimento della decadenza alla notifica dell'atto, ci pare che la portata "retrospettiva" della notifica del decreto ingiuntivo consentirebbe di attribuire al deposito del ricorso un effetto "prenotativo" dell'impedimento (²⁹³). E così l'eventuale e successiva notifica del decreto ingiuntivo finirebbe per cristallizzare definitivamente l'avvenuto impedimento, non diversamente da quanto avviene nel rito ordinario di cognizione, laddove la salvezza e l'efficace realizzazione del potere soggetto a decadenza è ricondotta non già alla mera proposizione in termini della domanda giudiziale, bensì all'ottenimento di una sentenza di merito che ritenga fondata quella domanda (²⁹⁴). Se invece non dovesse poi seguire la notifica del decreto allora la decadenza si verificherebbe senz'altro, e così anche per l'ipotesi in cui quel potere poteva essere esercitato in via stragiudiziale

Quanto all'istituto della litispendenza ex art. 39 c.p.c. si osserva, per il profilo che qui importa mettere in luce, che l'esame di questo presupposto processuale, condotto alla luce della procedura monitoria, finisce per svelarne l'inapplicabilità e determina, a catena, l'irrilevanza di una

²⁹³ Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, profili generali*, II, Padova, 2006,, p. 133 e ss. cui si rinvia anche per ulteriori approfondimenti.

²⁹⁴ In direzione contraria Cass. 11.10.1994, n. 8293 che, in tema di risoluzione del contratto assicurativo ai sensi del co. terzo dell'art. 1901, ha ritenuto non sufficiente che nel termine decadenziale di 6 mesi fosse stato deposito il ricorso per decreto ingiuntivo, stante la necessità che entro tale termine l'ingiunzione fosse anche notificata. In dottrina Azzariti-Scarpello, *Della decadenza*, in *Prescrizione e decadenza, Commentario a cura di Scialoja e Branca*, 1985, Torino, p. 354, nt. 2, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

comparazione tra giudizio ordinario e procedimento monitorio, tesa ad individuare il momento cui ricondurre la pendenza della lite ⁽²⁹⁵⁾. Il raffronto compiuto dalla dottrina tra giudizio ordinario e procedimento d'ingiunzione non lascia spazio alla possibilità di applicare l'istituto della litispendenza, o della continenza, nella fase *stricto sensu* monitoria, in quanto, come è stato rilevato, gli stessi hanno struttura diversa, e la *ratio* dell'art. 39 c.p.c., normalmente individuata nell'esigenza di evitare un'inutile e dannoso duplicarsi dell'attività processuale, pare indurre, nel caso di specie, a diverse valutazioni, tenuto conto che il dispendio di pubblica attività da parte dell'organo giurisdizionale adito in via ingiuntiva è sostanzialmente trascurabile ⁽²⁹⁶⁾.

La seconda osservazione riguarda il tentativo di estendere al procedimento per decreto ingiuntivo il principio elaborato dalla giurisprudenza per i giudizi che *ex art.* 409 c.p.c. iniziano con il deposito del ricorso, e ora definitivamente consolidato – come sopra preannunciato - dalla modifica all'ultimo comma dell'art. 39 c.p.c., intervenuto con la novella 18 giugno

²⁹⁵ È lo stesso Nicoletti, *op. ult. cit.*, p. 964 a dar conto del fatto che “...di litispendenza ha senso ed utilità parlare solo in caso di accoglimento del ricorso, cioè nell'ipotesi di pronuncia del decreto ingiuntivo. In caso negativo, infatti, (cioè del rigetto del ricorso), stante la struttura del procedimento ingiuntivo, per come essa è normalmente interpretata dall'art. 640 ult. comma, cadendo tutto nel dimenticatoio, di litispendenza è inutile, e prima ancora impossibile parlare”.

²⁹⁶ Consolo, *Riforma non passata in giudicato*, cit., p. 997 e spec. pp. 1010-1011; Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 84; Tarzia, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, cit., p. 122; Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azione in prevenzione del debitore*, cit., p. 603.

2009, n. 69. In effetti la nuova norma pare fornire un saldo fondamento alla ricostruzione della giurisprudenza in esame, statuendo, in via generale, che la prevenzione è determinata dalla data di deposito del ricorso. Tuttavia la possibilità di applicare tale schema, all'evidenza pensato per i procedimenti ordinari che iniziano con il deposito del ricorso anziché con la notifica dell'atto di citazione (e quindi soprattutto il rito del lavoro), mi pare riproponga in definitiva le medesime obiezioni cui andava incontro la giurisprudenza che applicava al procedimento monitorio le soluzioni elaborate per il processo del lavoro. L'obiettivo era perseguito svalutando le peculiarità del procedimento monitorio rispetto al rito del lavoro, e appianano così la portata dell'ultimo comma dell'art. 643 c.p.c., dalla stessa giurisprudenza laburista qualificato quale norma eccezionale rispetto alla disciplina dettata per le controversie che iniziano con ricorso (²⁹⁷). Mi pare, tuttavia, che il procedimento monitorio sia articolato secondo scansioni del tutto peculiari, e ciò non consenta facilmente di estendere al deposito del ricorso per decreto ingiuntivo la disciplina ora espressamente prevista per le cause che vengono introdotte con ricorso. Nel processo del lavoro, che rappresenta il modello più diffuso di causa che inizia con ricorso, la pendenza della lite, ai sensi del novellato art. 39, co. 3° c.p.c., va ricondotta alla data di deposito dell'atto introduttivo. Ciò in conseguenza del fatto che la prevenzione è effetto della costituzione del processo, e non invece del contraddittorio. Nel rito monitorio, però, l'assenza del contraddittorio non caratterizza solamente la fase di instaurazione del procedimento, come avviene nel processo del lavoro, ma si configura quale caratteristica

²⁹⁷ Cass., sez. un., 11 maggio 1992, n. 5597, *cit.*, 2089.

peculiare della fase monitoria, e finisce per allontanarla dall'ordinaria struttura processuale di tutti gli altri procedimenti che pur iniziano con ricorso. Procedimento monitorio e rito laburistico (o processo ordinario che viene avviato con il ricorso) finiscono per assomigliarsi solo relativamente alla forma dei rispettivi atti introduttivi: ciò non basta quale piattaforma per delineare una disciplina comune.

Si aggiunga poi che, nella prospettiva contestata, la notifica del decreto non avrebbe solamente la capacità di ricondurre gli effetti della domanda al deposito del ricorso, così come avviene nel rito del lavoro, ma anche la funzione di "condizionarne" l'esistenza. A ben vedere nel rito del lavoro la notifica del ricorso è necessario atto di impulso che precede lo svolgimento del processo stesso, e dunque è un atto che rientra nella sequenza necessaria affinché il giudice del lavoro sia chiamato a pronunciarsi sulla domanda. Nel processo monitorio, invece, la notifica del decreto è atto successivo ed eventuale rispetto allo svolgimento della fase ingiuntiva in senso stretto, ed anche rispetto al decreto del giudice che accoglie il ricorso. Pertanto, in mancanza di un'espressa previsione legislativa, non sembra possibile operare un'interpretazione analogica delle soluzioni già raggiunte per il rito laburistico e annodare con effetto retroattivo alla notifica del decreto ingiuntivo la pendenza di un procedimento che si è già interamente svolto.

Infine – quale terza ed ultima osservazione – si rileva che la nuova lettura dell'art. 643 non pare convincente neppure sul piano dell'interpretazione semantica, tesa a conciliare il dato letterale dell'art. 643 c.p.c. con la prospettiva delineata, e facente perno sull'ampia nozione di "pendenza" del comma 3° nell'ambito della quale si potrebbero individuare significati e

fenomeni processuali diversi, che vanno dalla litispendenza “semplice” a quella “qualificata” (²⁹⁸). E infatti il richiamo ai concetti di litispendenza “semplice” e “qualificata” non pare cogliere nel segno, se sotteso ad ipotizzare che l’elaborazione chiovendiana possa contribuire a dare rilievo alla fase monitoria *ante* notifica del decreto, benché si lasci apprezzare per altri profili (²⁹⁹). La citata distinzione, infatti, opera nella fase successiva,

²⁹⁸ Così, in motivazione Cass. s.u. ord. 1 ottobre 2007, n. 20596, cit.

²⁹⁹ La distinzione tra litispendenza “semplice” e “qualificata” appartiene a Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, p. 375 che ha notato come la litispendenza non presupponga necessariamente un giudice attualmente obbligato a provvedere, ma solo la perdurante possibilità di invocare il provvedimento giudiziale a servizio delle aspirazioni nate dalla domanda giudiziale. L’applicabilità dell’art. 39, co. 1°, anche in ipotesi di pendenza “generica” della lite preveniente – sostanzialmente disattesa dalla giurisprudenza - è stata poi autorevolmente argomentata da Colesanti, *La litispendenza*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, p. 987 e ss., nonché in *La cancellazione della causa dal ruolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 191; più recentemente in *Mutamenti giurisprudenziali in materia processuale: la litispendenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 373.

Gli effetti della pendenza “generica” della lite preveniente sono stati sviluppati da Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, II, *Il procedimento*, Padova, 1985, p. 680 e ss. che riconosce l’operare dell’art. 39, co. 1°, e quindi della prevenzione, anche nell’ipotesi in cui la medesima domanda – fra le stesse parti – sia stata preventivamente proposta in via condizionale, in regime di cumulo con altra domanda rispetto ad essa principale, e, successivamente proposta in forma incondizionata davanti ad un diverso giudice.

L’inciso delle Sezioni unite 1 ottobre 2007, n. 20596, cit., in tema di litispendenza “semplice” e “qualificata” merita comunque di essere segnalato perché – pur non occupandosi *ex professo* del problema – pare aprire verso i risultati poco sopra messi in luce dalla dottrina, e invertire così lo stratificato orientamento della giurisprudenza oramai ventennale (si rinvia, anche per indicazioni anteriori, a

per accostare il processo “già pendente, con la notifica del decreto ingiuntivo, davanti al giudice che lo ha emesso” - e fintantoché non siano decorsi i termini per notificare l’opposizione -, all’emanazione di una sentenza di primo grado soggetta ad impugnazione, così da ricondurre tale arco processuale entro gli schemi della litispendenza (³⁰⁰).

Tarzia, *Pendenza del termine per impugnare e litispendenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 1088). E infatti esaminando il terzo comma dell’art. 643 c.p.c. – e premessa la differenza dal terzo comma dell’art. 39 c.p.c. che fa riferimento al più ristretto concetto della prevenzione -, la Corte riconosce alla nozione di “pendenza” significati e fenomeni processuali diversi, che vanno dalla litispendenza “semplice” a quella “qualificata”, che “si verifica quando la lite pende davanti a un giudice determinato, e che comprende anche la situazione di quiescenza, come quella in cui si trova la lite nel tempo intercorrente tra la pronuncia della decisione e la proposizione dell’impugnazione o tra la dichiarazione d’incompetenza e la riassunzione e tra la cassazione e l’inizio del giudizio di rinvio”.

³⁰⁰ Sugli effetti della notifica del decreto ingiuntivo e del ricorso (pendente il termine per il giudizio di opposizione), ai fini della qualificazione della litispendenza semplice, si veda Tarzia, *Opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., pp. 123-124. Non deve invece trarre in inganno la prospettiva ipotizzata da Frus, *Pendenza della lite*, cit., pp. 576-578 il quale, partendo dallo schema della litispendenza semplice e qualificata, ipotizza, nella fase in senso stretto monitoria, una litispendenza parziale soggettiva, capace di operare nei soli confronti del ricorrente in ipotesi di contestuale proposizione di una domanda cautelare, così da potervi applicare la norma di cui all’art. 669-*quater* c.p.c. Tale apprezzabile soluzione nulla ha a che vedere con la possibilità di riconoscere, prima della notifica del decreto, una pendenza della lite destinata ad avere effetto nei confronti del debitore. Ulteriore conferma di quanto si va sostenendo è ravvisabile nel tentativo operato in dottrina per ricondurre al deposito del ricorso un “*fenomeno affine alla litispendenza, sia pure dinnanzi allo stesso giudice*” capace di evitare la duplicazione dell’ingiunzione, Franchi, *La litispendenza*, cit., pp. 176-177; Consolo, *Riforma non passata in giudicato*, cit., p. 997.

In conclusione gli argomenti ripercorsi, per quanto ricarburati alla luce della novella del 2009, non sembrano poter consentire con assoluta evidenza un'interpretazione del 3° comma dell'art. 643 c.p.c. capace di ricondurre tutti gli effetti della pendenza della lite già al momento del deposito del ricorso ⁽³⁰¹⁾. In ogni caso, pur ammettendo l'applicabilità del 3° comma dell'art. 39 c.p.c. anche al procedimento monitorio, e prevedendo così che ai fini della prevenzione la pendenza della lite si determinerebbe giuridicamente al momento del deposito del ricorso, giova evidenziare come ciò non consentirebbe comunque di eliminare in radice il problema di fondo, e cioè l'intollerabile prassi di vanificare la tutela accordata al creditore nelle forme del rito sommario instaurando, prima della notifica del decreto, un ordinario processo di accertamento negativo del credito dedotto. E infatti la strategia tesa a ricomporre il conflitto "anticipando" la pendenza del procedimento monitorio, tende ad esasperare la tendenza delle parti a

³⁰¹ L'esigenza di ridisegnare l'oramai inadeguato 3° co. dell'art. 643 c.p.c., e di coordinarlo con il novellato 3° co, dell'art. 39 c.p.c., emerge anche dalla soluzione accolta – in una recente pronuncia della sez. lavoro – in merito all'inefficacia del d.i. opposto a seguito della mancata riassunzione del giudizio di rinvio, ex art. 393 c.p.c. (Cass. 15.05.2007, 11095, in *questa rivista*, 2007, 1714 con nota di Negri, *Effetti dell'estinzione in fase di rinvio del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, che condivide – sia pur per motivazioni differenti - la soluzione prospettata dalla Corte). Vi si individua un coerente *leit motiv* che vede la fase di opposizione a d.i. in rapporto di diretta continuità con il procedimento *inaudita altera parte*, così che le due fasi si sviluppano nell'arco di un unico rapporto processuale (Negri, *op. cit.*, p. 1719, anche per ulteriori riferimenti) che inizia con il deposito del ricorso. A quel momento – nella prospettiva comune alle due pronunce – vanno pertanto ricondotti gli effetti della pendenza dell'istanza monitoria.

radicare in prevenzione la pendenza della lite rispetto alla speculare iniziativa avversaria, e così c'è da immaginare che il debitore "malizioso" potrebbe comunque perseguire lo stesso risultato anticipando a poco prima del deposito del ricorso l'azione di accertamento negativo, messo in guardia dell'imminente "pericolo" proprio da quelle iniziative stragiudiziali (del creditore) che normalmente precedono la fase contenziosa (³⁰²).

1.b) *Segue: la tutela del creditore che agisce nelle forme del rito monitorio va ricercata nella disciplina dell'art. 39 c.p.c.*

Una soddisfacente soluzione del problema sollevato dall'utilizzo dell'azione di mero accertamento negativo in funzione preventiva (l'espressione è di Merlin) presuppone – invero - una revisione delle conseguenze che la giurisprudenza normalmente deriva dal rapporto di continenza in cui stanno il giudizio di opposizione del decreto e l'azione di accertamento negativo. La necessità di tener conto della competenza funzionale del giudice di opposizione, affermando che la prevenienza della causa di accertamento negativo legata da un rapporto di continenza a quella di opposizione a decreto ingiuntivo determini l'originaria incompetenza del giudice di quest'ultima, e, conseguentemente, la nullità del decreto, è invero viziata a monte. È viziata perché il rapporto di continenza tra le due cause è risolto,

³⁰² In questo senso Ghirardi, *Prevenzione tra monitorio e azione di accertamento*, cit., 75 e nota 40 che rinvia, a conferma della tendenza esposta, ad un precedente della Court of Appeal del 2001, con note di commento di De Cristofaro in *Int'l Lis*, 2003, I, 29 ss.

come già abbiamo detto, in termini di competenza, e pertanto assume fondamentale rilievo determinare il momento di “prevenzione”, così da individuare quale, delle due controversie, sia destinata a proseguire.

Ma questa soluzione non trova alcun addentellato normativo nell’ipotesi in cui, come è diffusamente riconosciuto, il rapporto tra le due cause vada definito in termini di continenza. Già si è detto di come l’istituto della continenza svolga una funzione preziosa, consentendo – diversamente dalla litispendenza – di risolvere il conflitto originato dalla contemporanea pendenza dei due giudizi mediante il meccanismo della rimessione, che opera individuando il giudice competente per entrambe le controversie, relegando a funzione marginale il criterio della prevenzione. Infatti, privilegiando l’interpretazione letterale del 2° comma dell’art. 39 c.p.c., la prevenienza avrà un ruolo attivo solamente nel caso in cui il primo giudice sia competente a decidere anche in ordine alla domanda proposta per seconda; diversamente, come prevede la seconda parte del comma citato, sarà il giudice adito per primo a dover dichiarare la continenza.

E così applicando la soluzione da ultimo esposta al caso di specie si avrebbe che qualora dopo il deposito del ricorso per decreto ingiuntivo, ma prima della notifica ex 3° comma dell’art 643 c.p.c. (cui va ricondotta secondo la tesi che ci pare preferibile la pendenza della lite), il debitore agisca con azione di accertamento negativo, sarà quest’ultimo giudice (benché adito per primo) a dichiarare la continenza e a rimettere al giudice della causa di opposizione funzionalmente competente la causa di accertamento negativo

(³⁰³). In questo modo verrebbe opportunamente garantita la prosecuzione del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, senza rinunciare al suo coordinamento con l'opposto giudizio instaurato dal debitore.

A margine della prospettiva segnalata si evidenzia che, diversamente, al creditore residua - quale unica via di tutela del proprio diritto in tempi relativamente brevi - la possibilità di disporre (nel giudizio di cognizione) del rimedio di cui all'art. 186 *ter* c.p.c, e di ottenere così un'ordinanza in senso lato "sostitutiva" del d.i. dichiarato nullo, beninteso senza la possibilità di far salvi gli effetti del precedente provvedimento monitorio, e così anche gli eventuali atti esecutivi *medio tempore* posti in essere, o l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

Nei casi, poi, in cui il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo non sia competente a conoscere anche della causa avente ad oggetto contrapposte ed incompatibili pretese derivanti dal contratto posto a fondamento del decreto ingiuntivo (ad es. qualora l'ingiunto chieda, avanti al diverso giudice competente, l'annullamento del contratto da cui quell'obbligazione deriva), il giudizio di opposizione a decreto dovrà essere sospeso, *ex art.* 295 c.p.c. in attesa della definizione della causa connessa, senza peraltro disporre la revoca o l'annullamento del decreto (³⁰⁴). La sospensione, peraltro, non impedirebbe al giudice di compiere gli atti urgenti, e così ci sembra - stante

³⁰³ In questa direzione Consolo, *Riforma non passata in giudicato*, cit., p. 1009; Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni*, cit., p. 610. Da ultimo Ghirardi, *Prevenzione tra monitorio e azione di accertamento*, cit., p. 75. In giurisprudenza chiare aperture in questa direzione sono riscontrabili nella motivazione di Cass. 18 marzo 2003, n. 3978 più volte citata.

³⁰⁴ Si veda, in proposito, Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni*, cit., p. 613.

l'indole cautelare del rimedio - di provvedere (qualora il decreto sia già provvisoriamente esecutivo e ne sussistano i presupposti) in ordine alla sospensione degli effetti, evitando che la quiescenza del procedimento possa produrre pregiudizi irreparabili.

2) Mancata riassunzione del giudizio di opposizione in sede di rinvio.

Effetti dell'estinzione del processo sul decreto ingiuntivo.

L'aver riconosciuto alla fase di opposizione al decreto ingiuntivo una struttura impugnatoria, articolata secondo lo schema "misto" sopra delineato, riverbera alcune interessanti conseguenze anche in ordine alla sorte del decreto ingiuntivo in ipotesi di mancata riassunzione del giudizio di opposizione in sede di rinvio.

La questione, affrontata dalla giurisprudenza in due note pronunce, seguite da una terza con cui la Suprema Corte ha opportunamente mutato il proprio orientamento ⁽³⁰⁵⁾, ruota intorno alla soluzione da adottare nell'ipotesi in cui a seguito della sentenza che accoglie l'opposizione a decreto ingiuntivo, venga proposto appello, a sua volta oggetto di ricorso per Cassazione

³⁰⁵ Cass., sez. III, 25 marzo 2003, n. 4378; Cass. Sez. III 11 maggio 2005, n. 9876, in *Giur. It.*, 2006, p. 1670 con nota critica di Asprella, *L'inspiegabile resurrezione del decreto ingiuntivo a seguito di mancata riassunzione del giudizio di opposizione in sede di rinvio*, p. 1671. L'orientamento è stato invertito da Cass. Sez. lav. 15 maggio 2007, n. 11095, in *Corr. Giur.*, 2007, p.1714, con nota adesiva di Negri, *Effetti dell'estinzione in fase di rinvio del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., p. 1717.

accolto con rinvio ex art. 383 c.p.c. Ci si chiede se qualora la causa non venga tempestivamente riassunta davanti al giudice di rinvio l'intero processo si estingua ai sensi dell'art. 393 c.p.c. (che disciplina l'estinzione del processo in caso di mancata riassunzione del giudizio di rinvio), ovvero trovi applicazione la norma prevista dal 1° comma dell'art. 653 c.p.c., per cui se viene dichiarata l'estinzione del processo il decreto che non ne sia già munito acquista efficacia esecutiva.

La giurisprudenza, in un primo momento, ha ritenuto di aderire alla soluzione da ultimo esposta, evidenziando come la disciplina dell'art. 653, nella parte in cui sottrae il decreto ingiuntivo agli effetti dell'estinzione, si muova secondo un'impostazione analoga a quella che ispira l'art. 310 c.p.c., che sottrae le sentenze non definitive di merito all'applicazione della regola per cui l'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti nel processo estinto. L'art. 653, nella prospettiva accolta da quella giurisprudenza, opera in modo tale per cui - agli effetti dell'estinzione del processo - la fase d'ingiunzione in senso stretto e quella di opposizione sono trattate come due segmenti distinti, sul secondo solo dei quali è destinata ad incidere la vicenda estintiva, mentre la prima ne è posta al riparo ⁽³⁰⁶⁾. Più recentemente la Suprema Corte ha mutato indirizzo, escludendo correttamente la possibilità di accostare la figura del decreto ingiuntivo a quella della condanna con riserva ⁽³⁰⁷⁾, non potendosi ammettere che in assenza di espresse

³⁰⁶ Così espressamente in motivazione Cass. 25 marzo 2003, n. 4378, *cit.*

³⁰⁷ Negri, *Effetti dell'estinzione in fase di rinvio nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, *cit.*, p. 1718 evidenzia come l'equiparazione tra sentenza di condanna con riserva e decreto ingiuntivo appaia all'evidenza errato, come emerge dalla mera analisi di quell'anomala riserva che, nel procedimento monitorio, non

disposizioni sia consentito stabilire la sopravvivenza all'estinzione di provvedimenti non aventi la forma e la natura di sentenza. La conferma che la disciplina generale prevista dall'art. 393 sull'estinzione del giudizio di rinvio prevalga su quella dell'art. 653 è data poi dal fatto che, ragionando in termini inversi, l'effetto vincolante della sentenza della Corte sul nuovo processo resterebbe precluso in conseguenza del definitivo consolidamento del decreto ingiuntivo.

L'obiezione non è tranciante, e lascia sul tappeto la vera questione evidenziata dalla precedente giurisprudenza, ossia la circostanza per cui la fase d'ingiunzione in senso stretto e quella di opposizione rappresentino due segmenti distinti, e così con l'espressione "intero processo" di cui all'art. 393 c.p.c. debba intendersi quello che ha avuto inizio con la notifica dell'opposizione a decreto, finendo per lasciare "illeso" il decreto emanato nella precedente fase "extraprocessuale". Come è stato autorevolmente osservato la soluzione del problema passa necessariamente attraverso l'individuazione del momento cui ricondurre l'inizio del rapporto processuale estinto, per poter così verificare se vi faccia parte anche la fase monitoria in senso stretto o meno (³⁰⁸).

assumerebbe i contorni della riserva a una o più eccezioni ma *tout court* alla cognizione piena.

³⁰⁸ Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 561, che efficacemente ricorda come la stessa questione si ponga per l'estinzione conseguente alla mancata riassunzione del giudizio di rinvio a seguito della cassazione della sentenza che ha accolto l'impugnazione per nullità del lodo rituale; questione che la giurisprudenza risolve escludendo che il lodo arbitrale possa rimanere in vita, e così di fatto negando la natura negoziale del lodo (costantemente ribadita, almeno fino alla novella del 2006 che ha introdotto l'art.

In altri termini qualora si ritenga che la fase di opposizione a decreto ingiuntivo configuri un'autonoma azione di accertamento, che avvia un giudizio nuovo, l'estinzione del procedimento comporterà la definitiva stabilizzazione del decreto ingiuntivo, perché emanato in una fase anteriore, e quindi a monte, dell'inizio del giudizio di opposizione avviato con la citazione in opposizione, e destinato ad essere travolto ai sensi dell'art. 393 c.p.c.

Diversamente, qualora si preferisse configurare il giudizio di opposizione alla maniera di un'impugnazione, o comunque di una vicenda che rappresenta la prosecuzione della fase monitoria in senso stretto, l'estinzione del giudizio di rinvio provocherebbe la caduta anche del decreto ingiuntivo, che in tale prospettiva risulta emanato nell'ambito del giudizio estinto.

Ora, richiamando le osservazioni già svolte nel capitolo che precede giova ricordare come la possibilità di configurare la fase di opposizione quale giudizio autonomo di accertamento negativo del credito (tesi riconducibile

824 *bis* c.p.c., dalla stessa Corte; tra molte, Cass. 11 settembre 2007, n. 19090, in *Foro it.*, 2008, I, p. 1966; Cass. 1 febbraio 2007, n. 2216, Cass. 10 novembre 2006, n. 24059), riconducendo il procedimento arbitrale e il giudizio di impugnazione per nullità nell'alveo di un unico arco processuale. si veda Cass. 6 agosto 2003, n. 11842, in *Riv. es. forz.*, 2004, p. 147, con nota contraria di Capponi, *Se il lodo rituale annullato con sentenza della Corte d'appello a sua volta cassata dalla Suprema Corte, costituisca titolo esecutivo in caso di estinzione del giudizio d'impugnazione in sede di rinvio (art. 393 c.p.c.)*, p. 156. Nella stessa direzione anche il noto precedente Cass. 26 novembre 1996, n. 10456, in *Riv. Arb.* 1997, p. 317 con nota sostanzialmente adesiva di Fazzalari, *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393 c.p.c.*.

all'analisi di Satta) vada in ogni caso esclusa, perché incompatibile con la disciplina delineata dal legislatore, e specie con gli artt. 39 e 643 c.p.c. dalla cui lettura, in combinato disposto, deriva l'impossibilità di configurare l'atto di citazione in opposizione come atto iniziale di un nuovo e autonomo giudizio di cognizione (³⁰⁹).

Escluso quindi che la fase di opposizione costituisca un giudizio autonomo, strutturato a monte della fase ingiuntiva in senso stretto, la questione parrebbe sostanzialmente risolta nel senso sopra annunciato.

Invero che il giudizio d'opposizione – come espressamente chiarito sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza (³¹⁰) - rappresenti la prosecuzione (verticale o orizzontale che sia) del procedimento monitorio permette da un lato di consolidare un risultato, ma al tempo stesso apre una diversa prospettiva di analisi. Il risultato raggiunto è rappresentato dal fatto che la disciplina dell'art. 393 c.p.c. estende il proprio raggio d'azione anche alla fase monitoria in senso stretto, e così al decreto ingiuntivo; la prospettiva aperta è quella dell'incidenza della struttura del giudizio di opposizione sugli effetti che derivano dall'applicazione dell'art. 393 c.p.c.

Il punto di partenza è allora costituito dall'esame dell'art. 393 nell'ipotesi "ordinaria" in cui alla base del giudizio, proseguito in appello e poi in Cassazione, fino alla fase di rinvio, non vi sia un decreto ingiuntivo

³⁰⁹ Peraltro la soluzione in esame non sarebbe in grado di spiegare come la sentenza (di accertamento) resa all'esito dell'opposizione sia in grado di incidere sul decreto stesso, nei termini previsti dall'art. 653 c.p.c., e quindi dando luogo ad una sentenza di condanna. Si rinvia per la disamina di tutte le questioni sottese alla ricostruzione in esame al Par. 2) del Capitolo che precede.

³¹⁰ Si vedano i Par. 3) e 5) del precedente capitolo.

successivamente opposto ma una ordinaria sentenza di condanna emanata in primo grado. L'art. 393 prevede che in ipotesi di estinzione conseguente alla mancata riassunzione della fase di rinvio, l'intero processo si estingua. La norma, come evidenzia la dottrina ⁽³¹¹⁾, ha valenza fortemente sistematica nel sancire la natura sostitutiva del giudizio d'appello, e rappresenta la lineare prosecuzione di quanto prevede l'art. 338 c.p.c., laddove sancisce che in caso di estinzione del giudizio d'appello passa in giudicato la sentenza impugnata, salvo che ne siano stati modificati gli effetti con provvedimenti pronunciati nel corso del procedimento estinto. E infatti l'art. 393 è stato dal legislatore concepito in siffatta maniera *“poiché in questa disposizione si è voluto incorporare l'idea (che emerge del resto anche dall'ultima parte dell'art. 338) della natura ed efficacia immediatamente sostitutiva della sentenza d'appello; si tratta di una pronuncia che rimuove e rimpiazza quella di primo grado, quanto ai suoi macrocapi impugnati, e tale sovrapposizione si realizza, sia l'esito dell'appello di riforma o anche di conferma, in modo subitaneo ed irreversibile”* ⁽³¹²⁾.

Pertanto si potrebbe dire che l'art. 393 si limita a ben vedere a descrivere, per l'ipotesi in cui si estingua il giudizio di rinvio, ciò che già è nella logica delle cose: non sopravvive la sentenza di primo grado, che infatti viene meno perché sostituita da quella d'appello, sia essa di riforma o di integrale

³¹¹ Si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a De Cristofaro, *Commento sub art. 393*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2007, p. 3160

³¹² Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni della sentenza*, cit., p. 544.

conferma (³¹³); non sopravvive neppure quella d'appello, perché cassata dalla Suprema Corte che ha poi disposto il rinvio.

E così, *mutatis mutandis*, qualora l'opposizione a decreto ingiuntivo venga accolta in tutto o in parte, e poi seguano l'appello e il ricorso per Cassazione, l'eventuale estinzione *ex art.* 393 conseguente alla mancata riassunzione del giudizio di rinvio comporterà – per quanto finora detto – l'estinzione dell'intero processo, di cui non resterà nulla, neppure il decreto ingiuntivo già sostituito dalla sentenza resa sul giudizio di opposizione.

Ma lo schema percorso trova applicazione, o più giustamente conduce al risultato esposto, qualora si configuri il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in chiave di impugnazione sostitutiva (³¹⁴), oppure quando questo sia ricostruito quale *sub*-procedimento dell'unico processo alla cui base v'è l'azione contenuta nel ricorso per decreto ingiuntivo, a condizione che si ritenga che il giudice dell'opposizione sia tenuto in ogni caso a “confermare” l'ingiunzione, sostituendo il decreto con la sentenza (³¹⁵).

³¹³ Si veda sull'impugnazione sostitutiva e su quella rescindente quanto già detto sub Par. 5), Cap. III.

³¹⁴ Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., p. 212; Negri, *Effetti dell'estinzione in fase di rinvio del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., p. 1720, che rileva come il tessuto normativo non somministri argomenti decisivi a favore della concezione sostitutiva o rescindente, per quanto la prima appaia più suadente perché maggiormente in linea con il principio in virtù del quale la sentenza finale si sovrappone sempre al provvedimento sommario, il quale ha oramai esaurito la sua funzione.

³¹⁵ Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., p. 768-771; Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., 476, per il quale l'ingiunzione di fronte alla sentenza di merito si presenta come recessiva e inidonea alla sopravvivenza.

L'esito potrà invece essere differente qualora si ritenga preclusa la possibilità di svalutare la previsione contenuta nel 1° comma dell'art. 653 (per cui la sentenza di rigetto dell'opposizione non si sostituisce al decreto opposto) e si ricostruisca il giudizio di opposizione alla maniera di un'impugnazione rescindente (³¹⁶), ovvero – come pare preferibile – quale rimedio che in ultima analisi si comporta talora come impugnazione rescindente e talvolta come impugnazione sostitutiva (³¹⁷).

In questi casi la sorte del decreto potrà variare *secundum eventum litis*.

Il risultato sarà il medesimo qualora l'opposizione sia accolta in tutto o in parte, e così il decreto ingiuntivo “travolto” da quella sentenza non potrà in alcun modo “tornare in campo” qualora, esperito l'appello e successivamente il ricorso per Cassazione, si estingua il processo a seguito di mancata riassunzione del giudizio di rinvio.

Diverso sarà invece il caso in cui l'opposizione venga rigettata. La sentenza che rigetta l'opposizione non avrà l'effetto di sostituire il decreto, bensì quello di consolidarlo, facendogli acquistare – ove già non l'avesse – efficacia esecutiva, in maniera del tutto analoga a quanto accade al lodo rituale la cui impugnazione per nullità sia stata rigettata (³¹⁸).

³¹⁶ Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, cit., p. 789.

³¹⁷ Si rimanda a quanto *sub par.* 6) Cap. III.

³¹⁸ Fazzalari, *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393 c.p.c.*, cit., p. 323 che correttamente osserva come al contrario, se l'impugnazione per nullità fosse accolta, il lodo verrebbe eliminato, e non resuscita quando quella sentenza venga cassata, dovendo il suo posto essere preso dalla sentenza in sede di rinvio.

Se poi la sentenza resa sull'opposizione fosse confermata in appello (e quindi sostanzialmente l'appello fosse rigettato), e successivamente cassata con rinvio, bisognerà ammettere che, in caso di estinzione del processo *ex* art. 393 c.p.c., quel decreto rimarrà in vita; ma non tanto perché soggetto ad una forma inspiegabile di resurrezione (³¹⁹), quanto perché in definitiva mai eliminato. Considerando infatti le scansioni processuali percorse, il decreto ingiuntivo non viene scalfito dalla sentenza di opposizione, né da quella di appello, e neppure ovviamente dalla Cassazione con rinvio. Del resto la soluzione prospettata non pare lesiva della posizione del debitore opposto, tenuto conto che lo stesso ha visto rigettare le proprie censure sia in sede d'opposizione al decreto ingiuntivo, sia in appello.

Più complesso è il caso in cui l'opposizione al decreto venga rigettata ma il successivo appello venga invece accolto. Qui, in effetti, ragionando nei termini sopra delineati, parrebbe doversi ritenere che la tutela ottenuta dall'opponente in sede d'appello venga vanificata in conseguenza dell'estinzione della fase di rinvio, che (qui davvero sì) provocherebbe la resurrezione del decreto ingiuntivo. Deve ritenersi invece che quel decreto, pur non sfiorato dalla sentenza che ha rigettato l'opposizione, sia travolto dalla sentenza d'appello che, sostituendosi a quella d'impugnazione si sostituisce al decreto ingiuntivo, e financo ne dispone la revoca nell'ipotesi in cui l'ingiunzione fosse stata emanata senza i presupposti speciali previsti dall'art. 633 c.p.c.

In conclusione dall'esame delle diverse ipotesi emerge che la possibilità che l'art. 393 lasci definitivamente sul tappeto il decreto ingiuntivo non pare

³¹⁹ Le parole sono mutate dal titolo della nota di Asprella, *op. e loc. ult. cit.*

lesivo del principio del contraddittorio e di parità delle armi, tenuto conto che ciò potrà verificarsi solo quando il giudizio di opposizione e quello successivo d'appello abbiano entrambi rigettato le censure fatte valere dall'opponente.

Bibliografia

- A.A. Romano, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli 2006
- Allorio, *Diritto alla difesa e diritto al gravame*, in *Riv. dir. proc.* 1975, p. 663.
- Allorio, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Problemi del diritto*, Milano, 1957, II
- Andolina e Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino 1990
- Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964
- Andrioli, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979
- Andrioli, voce *Fallimento*, Enc. dir., XVI, Milano, 1967
- Asprella, *L'inspiegabile resurrezione del decreto ingiuntivo a seguito di mancata riassunzione del giudizio di opposizione in sede di rinvio*, in *Giur. It.*, 2006, p. 1671
- Attardi, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999
- Attardi, *La revocazione*, Padova, 1959
- Attardi, *Le ordinanze di condanna nel giudizio ordinario di cognizione di primo grado secondo la legge di riforma*, in *Giur. it.* 1992, IV, p. 5
- Azzariti-Scarpello, *Della decadenza*, in *Prescrizione e decadenza, Commentario a cura di Scialoja e Branca*, 1985, Torino
- Balbi, *Il procedimento per ingiunzione (dopo la Vereinfachungsnovelle della ZPO federale del 3 dicembre 1976)*, in *Riv. dir. civ.*, 1978

- Balbi, *Ingiunzione (procedimento di)* [voce aggiornata 1997], in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. XVII
- Basilico, in Basilico-Cirulli, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, Milano 1998
- Basilico, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Milano, 2001
- Bove, *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 479 s., p. 479 e ss, p. 498
- Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1309
- Bronzini, *Automatismo elettronico nel nuovo decreto ingiuntivo tedesco*, in *Riv. trim. di e proc. civ.*, 1987, 733
- Calamandrei, *Il processo monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926
- Calamandrei, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1951, p. 113
- Calamandrei, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930
- Capponi, *Il giusto processo e l'irrevocabilità ex art. 649c.p.c. degli atti esecutivi compiuti in forza di decreto ingiuntivo dichiarato provvisoriamente esecutivo ex art. 642 c.p.c.*, in *Riv. dell'esecuzione forzata*, 2001, p. 504.
- Capponi, *Se il lodo rituale annullato con sentenza della Corte d'appello a sua volta cassata dalla Suprema Corte, costituisca titolo esecutivo in caso di estinzione del giudizio d'impugnazione in sede di rinvio (art. 393 c.p.c.)*, in *Riv. es. forz.*, 2004, p. 156

- Carnelutti, *Appunti sull'opposizione all'ingiunzione*, Riv. dir. proc., 1955, II, p. 206.
- Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, Roma, 1956
- Carnelutti, *Note intorno alla natura del processo monitorio*, in Riv. dir. proc., 1924, I, p. 271
- Carnelutti, *Rigetto di opposizione contro decreto ingiuntivo nullo*, in Riv. dir. proc. 1960, I, p. 135
- Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997
- Cavallini, *Il ritorno alla chiarezza tradizionale sulla non derogabile competenza del giudice dell'opposizione all'ingiunzione*, in Giur. it., 1993, I, p. 1709 e ss.
- Cea, *L'art. 649 c.p.c. e la Corte costituzionale: storia di un dialogo fra sordi*, in Foro it. 2001, I, p. 765
- Cerino Canova (Cerino Canova e Consolo), voce *Impugnazioni*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1995
- Cerino Canova, *Le impugnazioni civili, struttura e finzione*, Padova, 1973
- Cerino Canova, *Sulla esecutività di una sentenza riformata in appello*, in Giur. it., 1977, IV, c. 177
- Chiarloni, *Giusto processo e fallimento*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, p. 494
- Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in Riv. dir. proc. 2000, p. 1010
- Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, I,
- Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, II, p. 239
- Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923

- Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, p. 375
- Colesanti, *La cancellazione della causa dal ruolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 191
- Colesanti, *La litispendenza*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963
- Colesanti, *Mutamenti giurisprudenziali in materia processuale: la litispendenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 373.
- Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975, p. 577
- Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970
- Consolo, *Del vaglio alla stregua dell'art. 111 Cost. "potenziato" dei non troppo "equi" artt. 649 e 655 c.p.c. ed in genere del procedimento monitorio*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 815 e ss.
- Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, II, *Il procedimento*, Padova, 1985
- Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009
- Consolo, *In tema di inibitoria in appello di sentenza che rigetta l'opposizione inibitoria*, in *Giur. it.*, 1996
- Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 569 e ss., p. 600
- Consolo, *Riforma non passata in giudicato di condanna ex art. 18 st. lav. ed ingiunzione per i rapporti patrimoniali: conseguenze sul giudizio di opposizione, specie sotto il profilo della litispendenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 978

- Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Profili generali*, II, Padova, 2006
- Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Tomo I, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, VI ed., Padova, 2008
- Conte, *Il procedimento per decreto ingiuntivo tra diritto di difesa e principio d'eguaglianza (vecchie e nuove questioni di costituzionalità)*, in *Riv. dir. proc.* 1993, p. 1221 e ss.
- Conte, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003
- Conte, *Ruolo sostanziale delle parti nell'opposizione a decreto ingiuntivo ed oneri processuali (chiamata in causa del terzo, domanda riconvenzionale e termine per la formulazione di eccezioni)*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1820.
- Cristofolini, *Processo d'ingiunzione (frammento)*, Padova, 1939
- Cristofolini, *Sulla prefissione del termine nel decreto d'ingiunzione*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1924, II, p. 146
- D'Onofrio, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, II, Torino, 1941
- Dalmotto, *Considerazioni circa il procedimento monitorio fondato su di un titolo esecutivo*, in *Nuova gur. civ.*, 1992, I, p. 872
- De Cristofaro, *Commento sub art. 393*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2007, p. 3160
- De Santis, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio e Fabiani, Torino, 2006
- E.F. Ricci, in *Atti dell'XI Convegno nazionale degli studiosi del processo civile*, Milano, 1977
- E.F. Ricci, *Lezioni sul Fallimento*, Milano, 1992

- Fazzalari, *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393 c.p.c.*, in *Riv. Arb.* 1997, p. 317
- Ferrara jr, *Il Fallimento*, IV ed., Milano, 1989
- Franchi, *La litispendenza*, Padova, 1963
- Franco, *Guida al procedimento d'ingiunzione*, Milano, 2001
- Frus, *Pendenza della lite, tutela cautelare e procedimento monitorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, p. 562
- Garbagnati, *I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979
- Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991
- Garbagnati, *In tema di rigetto parziale di un ricorso per decreto d'ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.* 1989, p. 790 e ss.
- Garbagnati, *Preclusione pro iudicato e titolo ingiuntivo* in *Riv. dir. proc.* 1949 I, p. 302
- Garbagnati, *Processo di ingiunzione e litispendenza*, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, p. 761
- Ghirardi, *Prevenzione tra monitorio ed azione di accertamento: il nuovo approccio sceveratore della Suprema Corte*, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 68
- Gionfrida, *La competenza nel nuovo processo civile*, Trapani, 1942
- Granata, *In tema di revoca del decreto ingiuntivo*, in *Giust. Civ.*, 1957, I, 233
- Grunsky, voce *Processo civile (Germania)*, in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1997, p. 160.
- Koenig, *La Zpo austriaca dopo la novella del 1983*, in *Riv dir. proc.*, 1988, 716

- Lanfranchi, *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano, 1979
- Lanfranchi, *Procedimenti decisorii sommari*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991
- Liebman, *Giudicato civile*, in *Enc. giur.*, Milano, 1983
- Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980
- Lipari, *Mancanza di presupposti processuali nel processo ingiuntivo e pronuncia nel merito*, in *Circolo giuridico*, 1932, II, p. 139
- Lorenzetto Peserico, *La continenza di cause*, Padova, 1991
- Lorenzetto Peserico, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, p. 765
- Luiso, *Diritto processuale civile*, III ed., IV, Milano 2000
- Mandrioli, *Sull'efficacia della sentenza di primo grado non esecutiva che accoglie parzialmente l'opposizione a decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo*, in *Riv. dir. proc.* 1961, p. 709
- Menchini, *Il giudicato civile*, Torino, 2002
- Menchini, *Orientamenti sull'efficacia dei provvedimenti contenziosi sommari non cautelari*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 319 e ss., p. 328
- Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azione in prevenzione del debitore*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, p. 603
- Montanari, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza inderogabile del relativo giudice: un ripensamento davvero corretto?*, in nota a Cass. 8 aprile 1991, n. 3653, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 226
- Montesano, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 219
- Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985

- Montesano-Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996
- Negri, *Effetti dell'estinzione in fase di rinvio del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Corr. giur.* 2007, p. 1714
- Nicoletti, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1975, p. 1004
- Oriani, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977
- Penasa, *Coordinamento tra procedimento monitorio e connesso giudizio previamente instaurato: continenza, sospensione necessaria o latro ancora ?*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 1106
- Poggeschi, *Ingiunzione (procedimento di)*, in *Novissimo digesto italiano*, VIII, p. 668
- Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1990, p. 411
- Proto Pisani, *Il procedimento d'ingiunzione. Sentenze di un anno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 309
- Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002
- Proto Pisani, *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.* 1987, I, 1, p. 453
- Proto Pisani, *Opposizione a decreto ingiuntivo, continenza e connessione: una grave occasione mancata dalle sezioni unite*, in *Foro it.*, 1992, I, p. 3286
- Redenti, *Diritto processuale civile*, I e III, Milano, 1957
- Ricci, *Difetto di un presupposto del procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 338
- Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1962, IV

- Rognoni, *Litispendenza o continenza di cause ?*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, p. 242
- Ronco, *L'esecutorietà parziale dell'ingiunzione opposta a cavallo tra gli artt. 648 e 186 ter c.p.c.*, *Giu. It.*, 1997, I, 2, p. 19
- Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in *I procedimenti sommari e speciali, I. Procedimenti sommari*, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino, 2005
- Ronco, *Processo per decreto ingiuntivo e continenza di cause*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 1078
- Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000
- Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, I, Milano, 1968
- Sbaraglio, «Revirement» della Corte di cassazione in tema di inderogabilità della competenza del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2979
- Sbaraglio, *Le competenze assolutamente inderogabili di fronte alla riforma del codice di procedura civile*, *Foro it.*, 1996, I, p. 2086
- Sbaraglio, *Procedimento di ingiunzione e continenza: un opportuno intervento correttivo della Suprema corte*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 3067
- Schima, *Oggetto del processo e concretizzazione della procedura nell'ordinamento austriaco*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967
- Sciacchitano, *Ingiunzione (dir.proc.civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1971
- Segni, *Giudizio di verifica di credito ed estensione del giudicato*, in *Riv. dir. Comm.* 1941, II, p. 977
- Segni, *L'opposizione del convenuto nel procedimento monitorio*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1965

- Socci, *Condizioni di ammissibilità del decreto ingiuntivo e conseguenze della loro inesistenza nel giudizio di opposizione*, in *Giur. Merito* 1984, I, p. 846
- Sorace, voce *Litispendenza*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974
- Stropparo, *Pendenza del procedimento monitorio: la soluzione “retrospettiva” delle sezioni unite configura davvero un passo avanti ?*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 1125
- Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999
- Tarzia, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, in *Giur. It.*, 1963, I, 2, p. 122
- Tarzia, *Pendenza del termine per impugnare e litispendenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 1088
- Tavormina, *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990
- Tedeschi, in *Il Fallimento*, a cura di Ruisi, Jorio, Maffei Alberti e Tedeschi, Torino 1972, p. 1278 e ss
- Tedoldi-Merlo, in *Il procedimento d’ingiunzione*, opera diretta da Capponi, Bologna 2005
- Tomei, *Cosa giudicata o preclusione nei procedimenti sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 827e ss., p. 841 e ss.
- Tomei, voce “*Procedimento d’ingiunzione*”, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., XIV, Torino, 1996,
- Trisorio Liuzzi, *La pendenza dei processi da ricorso*, in *Dir. e Giur.*, 1979, p. 262
- Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 381 e ss.

- Valitutti-De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2000
- Valle, in *Il procedimento d'ingiunzione*, opera diretta da Capponi, Bologna 2005
- Vignera, *Considerazioni sul processo di ingiunzione (rilievi pratici e profili funzionali)*, in *Riv. dir. proc.* 2001, p. 163
- Vignera, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 751
- Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del «nuovo» art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1185 e ss., p. 1234 e ss.
- Vitiello, in *Le nuove procedure fallimentari*, a cura di Ambrosini, Torino, 2008
- Zanzucchi-Vocino, *Diritto processuale civile*, Milano, 1962

Abstract (italiano)

Il presente lavoro ha ad oggetto una ricostruzione sistematica del procedimento di ingiunzione e del successivo ed eventuale giudizio di opposizione, con cui il debitore instaura un giudizio ordinario.

L'esame di questa tematica parte dalla funzione di riequilibrio che il giudizio di opposizione svolge nel processo c.d. monitorio, consentendo il rispetto del diritto di difesa e dei principi della Carta Costituzionale.

Nel primo capitolo viene così passata in rassegna la giurisprudenza che negli ultimi vent'anni ha affrontato tale problematica, e definito il giudizio di opposizione a volte come giudizio nuovo e autonomo rispetto al decreto ingiuntivo; altre volte come fase di prosecuzione "orizzontale" di un processo che si svolge in due sub-procedimenti; infine a volte ancora secondo uno schema di prosecuzione "verticale", alla maniera di un'impugnazione.

Nel secondo e nel terzo capitolo l'esame di questa tematica viene sviluppato in una prospettiva comparatistica, e si procede ad un'analisi relativa alla disciplina messa a punto dalla dottrina, all'esposizione delle diverse tesi e alla loro critica.

Nel quarto capitolo sono esaminate alcune questioni la cui definizione dipende dalla definizione del giudizio di opposizione che è preferibile adottare, e così ad esempio i problemi connessi con l'individuazione della competenza del giudice dell'opposizione e l'eventuale estinzione del giudizio di opposizione.

Abstract (inglese)

The following work aims at a systematic reconstruction of the injunction procedure and the successive and eventual judgment of opposition, through which the debtor establishes an ordinary trial

The examination of this thematic starts from the re-balance function that the opposition judgment carries out in the c.d. monitorio process concurring the

respect of the right of defence and the principles of the Constitutional Charter.

In first chapter is examined the jurisprudence that in the last twenty years has faced such problematic, and defined the judgment of opposition sometimes like new and independent judgment regarding the injunction of the judge; other times like phase of "horizontal" continuation of a process that is carried out in two sub-procedures; at last sometimes still continuing in a pattern of "vertical" in the manner of an appeal.

In the second and third chapter, the examination of this theme is developed in a comparative perspective, and proceed to an analysis on the regulation developed by the doctrine, the exposure of different theories and their critics.

In the fourth chapter sets out some issues for which the definition depends on the definition of proceedings on the opposition that is better use, so for example the problems associated with the identification of the jurisdiction of appellate court proceedings and the possible extinction of the opposition.