

# La prova scritta nel procedimento di ingiunzione e di opposizione a decreto ingiuntivo (1)

**Autore:** Redazione

**In:** Diritto civile e commerciale

**di Stefano Alberto Villata**

Sommario

1. I modelli dei procedimenti sommari di tutela del credito.
2. La genesi del decreto ingiuntivo nell'ordinamento italiano.
3. Efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo opposto
4. Sommarietà e prova scritta nel decreto ingiuntivo
5. Prova scritta e provvisoria esecutività ex 642 c.p.c.
6. Procedimento di opposizione e provvedimenti ex art. 648 e 649 c.p.c.

## **1. I modelli dei procedimenti sommari di tutela del credito.**

Il procedimento di ingiunzione è tradizionalmente qualificato come un procedimento sommario<sup>[2]</sup>, ove per *sommarietà* si intende la circostanza che il processo si svolge in maniera difforme rispetto al rito ordinario di cognizione precostituito per legge che dovrebbe dar luogo alla cognizione piena. Si tratta di un processo, quindi, che subisce delle limitazioni rispetto al rito ordinario; limitazioni che possono riguardare ad esempio l'ambito delle questioni che sono oggetto di cognizione (come avviene nella condanna con riserva di eccezioni di cui all'art. 35 c.p.c. rappresenta un caso emblematico, laddove alcuni elementi della fattispecie costitutiva in senso ampio - l'esistenza del controcredito, fatto estintivo del credito azionato - vengono esclusi dall'ambito della decisione del giudice). La limitazione può poi riguardare i mezzi di prova

utilizzabili dal giudice che vengono ridotti ad alcuni specifici mezzi (tipicamente, la prova documentale) escludendosi tutti gli altri. Ed ancora, la sommarietà può discendere dal fatto che la trattazione e l'istruzione probatoria sfuggono alla predeterminazione delle forme tipiche del processo ordinario: si pensi al procedimento cautelare, nel quale il giudice, a mente dell'art. 669 *sexies* c.p.c., procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai fini e ai presupposti del provvedimento richiesto; si tratta peraltro di (indefinito) "modello" procedimentale che tanto è piaciuto al legislatore, sì da utilizzarlo anche in processi che aspirerebbero a produrre una decisione munita dell'efficacia (di giudicato) tipica del processo a cognizione piena, quale, ad esempio, il processo sommario ex art. 702 *bis* c.p.c. È altresì *sommario* il procedimento che venga, eccezionalmente (stante la precettività diretta degli artt. 24 e 111 cost.) condotto in assenza di contraddittorio (che dovrà poi comunque esserci, quanto meno nella forma del contraddittorio differito).

Il procedimento di ingiunzione è perciò *sommario*, sia perché si svolge senza contraddittorio del debitore<sup>[3]</sup>, sia anche perché il giudice utilizza, per la formazione del proprio convincimento, solo selezionati mezzi di prova e aggiungo - anticipando un elemento di struttura fondamentale per la comprensione dell'istituto - mezzi di prova che potrebbero non avere alcuna efficacia probatoria all'interno dell'ordinario processo di cognizione che segue, nell'ipotesi in cui il debitore intenda poi opporre il decreto ingiuntivo. Ed è sommario anche perché la cognizione è limitata ai fatti costitutivi del diritto (e, come si vedrà, ai fatti oggetto di eccezione in senso lato che risultino *ex actis*).

Sempre in via di inquadramento generale appare anche utile distinguere, nell'ambito dei procedimenti c.d. *monitori*, tra monitorio puro e monitorio documentale: il procedimento monitorio puro trova una prima caratteristica espressione nella legge austriaca n. 67 del 1873 (*Gesetz uber das Mahnverfahren*): sulla semplice richiesta scritta o anche orale (*Gesuch*) del creditore, entro determinati limiti di valore (200 scellini), il Tribunale competente emette un ordine condizionato di pagamento (*bedingte Zahlungsbefehle*) con l'avvertimento al debitore che egli può fare opposizione. Se il debitore si oppone con una semplice dichiarazione di opposizione (e ciò può avvenire oralmente o per iscritto) senza bisogno di motivi, l'ordine di pagamento perde ogni sua forza e spetta al creditore (ri)avviare un procedimento di cognizione piena per far accertare l'esistenza del suo credito. Se invece il debitore non si oppone, l'ordine condizionato acquista efficacia esecutiva e contro di esso non è ammesso altro rimedio se non una forma di rimessione in termini, ove il debitore dimostri di non aver potuto proporre opposizione nel termine a causa di un avvenimento imprevisto o inevitabile<sup>[4]</sup>. Si parla di procedimento monitorio puro perché il provvedimento del giudice viene emesso sulla base delle affermazioni unilaterali del ricorrente, senza offerta di prove; al

contempo la semplice opposizione (anche non motivata) fa cadere l'ingiunzione di pagamento. Un esempio attuale di tale forma di *monitorio* la si ritrova, con qualche variazione<sup>[5]</sup>, nell'ingiunzione di pagamento europeo di cui al Regolamento CE/1896/2006.

Il processo *monitorio documentale* presuppone invece che il giudice emetta il provvedimento senza contraddittorio, soltanto se la domanda sia corredata da una prova particolarmente qualificata (ovvero scritta): l'opposizione del debitore non toglie efficacia al provvedimento ma dà luogo ad un giudizio a contraddittorio pieno ad esito del quale l'ingiunzione verrà confermata o meno; tradizionalmente si indica come primo esempio di monitorio documentale il *Mandatsverfahren* di cui ai § 548 della ZPO austriaca nella sua versione originale<sup>[6]</sup>: il provvedimento viene emesso soltanto se il credito è fondato su prova scritta peraltro qualificata (equivalente all'atto pubblico e alla scrittura privata autenticata).

<sup>[1]</sup> Testo rielaborato di una relazione tenuta in occasione di un incontro di studio tenutosi il 20 gennaio 2020, dal titolo "La procedura monitoria e il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo: questioni aperte" presso la struttura territoriale di formazione del distretto di Roma della Scuola Superiore della Magistratura

<sup>[2]</sup> Così ad esempio C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommative ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2019, 178.

<sup>[3]</sup> V. al riguardo F. Calamandrei, *Il procedimento monitorio nella legislazione speciale*, in *Opere giuridiche*, vol. IX, *Esecuzione forzata e procedimenti speciali*, Roma, 2019 (rist.), 9 ss., spec. 12.

<sup>[4]</sup> V. al riguardo F. Calamandrei, *Il procedimento monitorio nella legislazione speciale*, cit., 14 s.

<sup>[5]</sup> Le deviazioni principali rispetto al modello del *monitorio puro* sono rappresentate dal fatto che il giudice deve effettuare, a mente dell'art. 8 del Regolamento, una valutazione di fondatezza (o meglio, di non infondatezza), quanto meno *in iure*, della domanda e il ricorrente deve indicare i mezzi di prova a fondamento della sua domanda di ingiunzione. Sul punto si veda per tutti A.A. Romano, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento: Regolamento (CE) N. 1896/2006 del 12 dicembre 2006*, Milano, 2009, 76.

<sup>[6]</sup> V. al riguardo già F. Calamandrei, *Il procedimento monitorio nella legislazione speciale*, cit., 19 ss. che

rileva come detto procedimento risulti dalla fusione del monitorio puro con il processo documentale del diritto tedesco che dà luogo ad un procedimento sommario ove l'oggetto della cognizione è limitato dal fatto che il giudice esamina solo fatti (costitutivi od oggetto di eccezione) documentalmente provati e pronuncia quindi una condanna con riserva di eccezioni.

## **2. La genesi del decreto ingiuntivo nell'ordinamento italiano.**

Il decreto ingiuntivo non era presente, per come lo conosciamo, nel codice del 1865 se non limitatamente alla riscossione delle spese giudiziali e ai crediti dei difensori nei confronti dei propri mandanti e clienti: prevedeva l' art. 279 c.p.c. 1865 che per le spese dovute da clienti e mandanti (come pure per gli onorari degli avvocati) il presidente del Tribunale rilasciasse in calce alla nota predisposta dal creditore ordine di pagamento con efficacia di sentenza esecutiva e suscettibile di opposizione da parte del debitore con ricorso.

Insomma, si trattava di un procedimento più simile a quello monitorio puro (cioè fondato solo sulla richiesta del creditore) che al procedimento di ingiunzione documentale che oggi conosciamo. Il provvedimento, addirittura esecutivo, veniva emesso sulla base della sola nota predisposta dal creditore e, a seguito dell'opposizione, si avviava un processo di cognizione con rinvio del procedimento a udienza fissa. Procedimento monitorio puro che costituiva certamente una forma - che oggi chiameremmo - differenziata di tutela del credito, se non privilegiata.

Curiosità antiquaria giuridica: un modello di procedimento monitorio puro viene anche previsto, con ambito territoriale, limitato per la Libia da una legge del 1913 e per crediti sino a 500 lire.

Solo con il r.d. 1036 del 1922 il decreto ingiuntivo acquisiva generale ambito di applicazione a tutela dei diritti di credito di danaro di ogni natura (purché liquido ed esigibile) e assumeva i caratteri di come oggi lo conosciamo, ovvero procedimento senza contraddittorio nel quale il giudice è chiamato a valutare la fondatezza della pretesa creditoria sulla base di prove scritte (e non già più solo fondato sulle dichiarazioni unilaterali della parte, pretesa, creditrice); prove scritte che dovevano coincidere con quelle *efficaci* ai sensi del codice civile e del codice di commercio; un procedimento monitorio documentale quindi più simile al *Mandatsverfahren* austriaco che al suo antesignano di cui all' art. 279 c.p.c. 1865. Non solo, l'opposizione determinava la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto e l'apertura di un giudizio di cognizione all'esito del quale l'ingiunzione sarebbe stata confermata o meno con pronuncia sul merito dell'esistenza del credito. Ciò che mancava era però la possibilità di attribuire al decreto, in corso

di opposizione, efficacia esecutiva<sup>[7]</sup>, posto che appunto l'opposizione (anche manifestamente pretestuosa) privava di efficacia esecutiva il decreto.

Il decreto ingiuntivo è poi oggetto di un'incisiva riforma nel 1936 con il r.d. 1531 con una disciplina molto vicina a quella del codice di procedura civile attuale: viene ampliata la nozione di prova scritta (che comprende anche prove che non rispettano i requisiti del codice civile o del codice di commercio); viene consentita l'emissione del decreto ingiuntivo sulla base delle scritture contabili dell'imprenditore (o delle amministrazioni pubbliche); la procedura per la riscossione dei crediti degli avvocati viene riformata prevedendo la necessità di accompagnare alla "nota spese" anche il parere della "competente associazione sindacale" (salvo che l'ammontare delle spese e delle prestazioni risulti da una tariffa obbligatoria); viene estesa la possibilità di ricorrere al procedimento ingiuntivo con nota e parere anche agli altri professionisti; viene disciplinata la concessione della provvisoria esecutività in sede sia di emanazione sia di opposizione.

Si arriva poi alla codificazione del 1940 che riprende, sostanzialmente immutata, la disciplina del r.d. del 1936.

<sup>[7]</sup> Così ad esempio G. Scarselli, *In difesa dell'art. 648, 1° comma, c.p.c.*, in *Foro it.*, 1996, I, 2343 ss., spec. par. 3 testo e nt. 22.

### **3. Efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo opposto**

Sempre in via di inquadramento sistematico, non occorre passare in rassegna le diverse teorie che si sono interrogate sull'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto e sulla natura della giurisdizione esercitata nel procedimento *de quo* (cioè se ci troviamo a forme di giurisdizione esecutiva, di cognizione o *tertium genus*, intermedio tra le due, come ad esempio sosteneva Carnelutti<sup>[8]</sup>). O ancora, se con il ricorso il creditore eserciti un'azione diversa da quella ordinaria di condanna o se ciò costituisca un'inutile superfetazione.

Si può, per una volta, dare per presupposto - cosa assai rara nel nostro campo del diritto - che il decreto ingiuntivo non opposto, che diviene esecutivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c., non si limiti a costituire titolo esecutivo, ma produca effetti di accertamento immutabili e sia quindi idoneo alla cosa giudicata sostanziale.

Numerosi sono gli elementi sistematici - al di là dell'ambigua formulazione dell'art. 647 c.p.c. - dai quali si può inferire, con ragionevole certezza, che il decreto ingiuntivo non opposto è equiparabile, quanto agli effetti di accertamento di cui all'art. 2909 cod. civ., alla sentenza emanata all'esito di un ordinario giudizio di cognizione. Basti pensare all'art. 656 c.p.c. che prevede che il decreto esecutivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c. possa impugnarsi sia con opposizione di terzo revocatoria sia con revocazione (straordinaria) di cui ai nr. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c.; rimedi straordinari previsti contro i provvedimenti giurisdizionali idonei alla cosa giudicata Non solo, ma la stessa norma prevede anche che il decreto non opposto sia soggetto a revocazione per il nr. 5 dell'art. 395 c.p.c. ovvero per contrarietà con altra sentenza avente efficacia di giudicato tra le parti: certamente la scelta del legislatore del codice di procedura civile appare criticabile perché non si vede ragione per la quale tale vizio del provvedimento non possa essere dedotto esclusivamente con l'opposizione e prima che il decreto diventi esecutivo per mancata opposizione e sia invece deducibile, con la revocazione, *post rem iudicatam*<sup>[9]</sup> : resta il fatto che dalla previsione di tale rimedio deriva logicamente che al decreto ingiuntivo deve riconoscersi efficacia (di accertamento e giudicato) analoga a quella di una sentenza emessa all'esito di un giudizio di cognizione ordinaria, essendo il rimedio della revocazione ex art. 395, nr. 5 funzionale proprio ad evitare un contrasto di giudicati.

Ricorderò soltanto che una certa dottrina (a partire da Redenti) ritiene che il decreto ingiuntivo opposto, in quanto frutto di cognizione sommaria senza contraddittorio, produrrebbe solamente una preclusione-presunzione *pro iudicato* fondata sulla duplice circostanza che il giudice, seppur *inaudita altera parte*, abbia ritenuto fondato il ricorso e che l'altra parte non sia insorta con l'opposizione<sup>[10]</sup>: tale preclusione ovviamente impedirebbe, al fine di tutelare "il frutto della vittoria" conseguito dal creditore, la *condictio indebiti* e l'opposizione all'esecuzione. Fermo ciò, il provvedimento non opposto non produrrebbe effetti di accertamento su questioni diverse dall'esistenza del diritto di credito: in altri termini, non potrebbero desumersi dal decreto "effetti o conseguenze che vadano oltre i limiti della pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in sede di esecuzione". Tale ricostruzione, seppur non condivisa dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ha un suo razionale che vorrei sinteticamente esprimere proprio per contrasto con la posizione della giurisprudenza di legittimità partendo da un esempio concreto: divenuto esecutivo, per mancata opposizione, un decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di un canone di locazione, può il conduttore (ma anche il locatore) in un successivo giudizio avente ad oggetto altri canoni o altri obblighi nascenti dal contratto di locazione, sostenere che tale contratto è invalido/inefficace o "risolubile" per un inadempimento verificatosi prima del referente temporale? La risposta del Supremo Collegio (ad esempio, la recente 19113/2018<sup>[11]</sup>) è negativa: "il giudicato sostanziale conseguente alla

mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito ed il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione. Il giudicato conseguente alla mancata tempestiva opposizione avverso un decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento dei canoni del rapporto di locazione copre quindi anche il fatto impeditivo rappresentato sia dall'inadempimento del locatore quale causa di risoluzione del contratto che dal relativo controcredito risarcitorio del conduttore". Se con questo principio, tradizionalmente affermato, si combina anche quanto ci hanno insegnato le Sezioni Unite, con le p>[12] in tema di invalidità negoziale e di giudicato (anche solo in motivazione) e pure solo implicito sulla (non)nullità del contratto ogni qual volta venga riconosciuta l'esistenza di un diritto nascente dal contratto, risulta evidente che il decreto ingiuntivo non opposto è in grado di dispiegare effetti di accertamento che vanno ben al di là del singolo diritto di credito, del singolo canone di locazione, della singola rata di mutuo. Il che, d'altro canto, dovrebbe imporre, da un lato, al giudice del monitorio uno sforzo di analisi nell'individuare l'eventuale sussistenza di nullità negoziali (operazione che è difficilmente esigibile, in concreto), dall'altro lato dovrebbe imporre, alle parti (e ai loro difensori) ancor più attenzione nel decidere se opporre o non opporre un decreto ingiuntivo che riguardi un diritto (anche di minimale valore economico) discendente da un contratto, posto che la mancata opposizione potrebbe appunto condurre ad un giudicato tale da precludere qualsivoglia contestazione sulla validità ed efficacia del rapporto contrattuale<sup>[13]</sup>.

In conclusione, proprio alla luce degli orientamenti della giurisprudenza in tema di giudicato (implicito) sulla validità ed efficacia del rapporto fondamentale, la *preclusio pro iudicato* di redentiana memoria rappresenterebbe oggi, a mio avviso, una risposta equilibrata.

<sup>[8]</sup> F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5a ed., vol. III, Roma, 1956, 43 ss. per il quale l'ingiunzione servirebbe a comporre una lite da pretesa insoddisfatta.

<sup>[9]</sup> Cfr. al riguardo E. Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 2012, 327 s.

<sup>[10]</sup> V. la posizione da ultimo espressa in E. Redenti, M. Vellani, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, 593.

<sup>[11]</sup> Cass., sez. VI, ord. 18 luglio 2018, n. 19113

<sup>[12]</sup> Mi riferisco a Cass., sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243.

<sup>[13]</sup> Nel senso che i principi enunciati dalle sentenze gemelle del 2014 impongono al giudice e alle parti significativi oneri e potrebbero condurre a risultati anti-deflattivi rispetto a quelli auspicati dal Supremo Collegio, v. ad es., A. Giussani, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 1564 ss., spec. 1565 s. V. anche. G. Verde, *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 747 ss., spec., 750 che evidenzia come i difensori, al fine di evitare giudicati impliciti sulla validità del negozio, si ispireranno «ai chilometrici atti difensivi di un tempo [...] nei quali per cautela si avanzavano tutte le pretese, le richieste, le eccezioni e le difese immaginabili onde evitare di lasciare in qualche posto angoli senza protezione».

#### **4. Sommarietà e prova scritta nel decreto ingiuntivo**

Si è accennato al fatto che il procedimento di ingiunzione è un tipico procedimento sommario, in quanto la decisione del giudice è emanata: (a) in assenza di contraddittorio; (b) sulla base delle sole prove documentali prodotte dal ricorrente (senza che la controparte abbia avuto modo di prendere posizione su tali prove, ad esempio, disconoscendo la propria sottoscrizione, o esibendo prova contraria); (c) su un ambito di cognizione limitato ai fatti costitutivi e alle questioni rilevabili d'ufficio emergenti *ex actis*.

Occorre però, a mio avviso, ragionare sulla nozione di prova scritta. Già da queste sintetiche notazioni dovrebbe peraltro emergere un primo dato importante: il decreto ingiuntivo si fonda (salvo limitati casi in cui è prodotto un atto pubblico o una scrittura privata autenticata, che sarebbero già peraltro titoli esecutivi) su una prova documentale, in qualche modo, *inferiore* rispetto a quella che conosciamo perché, quanto meno, non corroborata dal mancato disconoscimento della parte.

Non potendosi applicare il meccanismo del disconoscimento/riconoscimento ci si chiede poi se il giudice debba comunque ritenere sempre attendibili le sottoscrizioni dei documenti prodotti o se invece, a fronte dell'impossibilità di applicare le regole di prova legale di cui all'art. 2702 cod. civ., debba piuttosto valutare l'autenticità della prova documentale secondo il suo prudente apprezzamento ex art. 116 c.p.c.

<sup>[14]</sup> La risposta mi pare possa essere in questo secondo senso: accadrà di rado che il giudice disponga degli strumenti - ad esempio scritture di comparazione - che gli consentano di dubitare dell'autenticità della sottoscrizione, ma si pensi all'ipotesi in cui ci si trovi di fronte a due scritture, imputate dal ricorrente al debitore, con firme differenti? Non potendo "scegliere" tra le due scritture, quale sia



l'autentica, il giudice dovrebbe ritenere prive di efficacia probatoria entrambe. O ancora, si consideri l'ipotesi in cui risulti (dalla documentazione prodotta dal ricorrente) che il debitore abbia contestato stragiudizialmente l'autenticità della scrittura posta a fondamento del ricorso<sup>[15]</sup>.

Altra questione che si può porre è se la prova scritta debba riguardare direttamente il fatto principale (*i.e.* la fattispecie costitutiva del diritto dedotto in giudizio) ovvero possa anche riguardare fatti secondari sui quali costruire, tramite inferenza, la prova del fatto principale; in altri termini, ci si è chiesti se sia ammessa la prova per indizi nel procedimento per ingiunzione. La risposta dovrebbe essere a mio avviso positiva, nei limiti in cui: (a) si tratti di indizi gravi, precisi e concordanti, non essendo sufficiente una prova per presunzioni di grado inferiore (arg. ex art. 633 ult. comma, il quale, solo in relazione alla prova dell'adempimento si accontenta di "elementi tali da far presumere"); (b) siano rispettati i limiti di ammissibilità previsti dal codice civile, che, come noto, sono analoghi a quelli previsti per la testimonianza (con riguardo alla prova dei contratti, remissioni di debito e pagamenti). Dal che consegue, ad esempio, che non sarà consentita la prova indiziaria di una transazione<sup>[16]</sup> o di un contratto per il quale sia prevista la forma scritta addirittura *ad substantiam*.

E allora ci si può chiedere se costituisca prova indiziaria del credito una ricevuta di consegna di merce, sottoscritta dal cliente, che evidentemente non prova direttamente la conclusione di una compravendita, ma solo la sua eventuale esecuzione<sup>[17]</sup>. Analogo discorso potrebbe farsi per la fattura - che rientra tra "gli atti giuridici a contenuto partecipativo, consistendo nella dichiarazione indirizzata all'altra parte di fatti concernenti un rapporto già costituito" - alla quale la Suprema Corte riconosce al più natura di indizio (curiosamente di formazione unilaterale) della stipulazione del contratto, *causa petendi* del credito<sup>[18]</sup>.

Ma anche le ulteriori norme del codice di procedura confermano che la prova documentale sufficiente per l'emanazione del decreto ingiuntivo potrebbe non rivestire la stessa efficacia probatoria nel giudizio a cognizione piena: lo ammette il primo comma del 634 c.p.c. per la quale sono prove scritte idonee promesse e polizze per scrittura privata o telegrammi, "anche se mancanti dei requisiti prescritti dal codice civile"; o si pensi ancora agli estratti autentici delle scritture contabili che, in deroga ai principi di cui all'art. 2710 cod. civ., possono essere utilizzate da imprenditori e lavoratori autonomi (e quindi anche i liberi professionisti<sup>[19]</sup>), per i crediti relativi a somministrazioni di merci, denaro e prestazioni di servizi, anche contro persone che non esercitano attività imprenditoriale o di lavoro autonomo. Si tratta di documenti di formazione unilaterale (che certamente non verranno formate a caso, soprattutto perché

gravide di conseguenze tributarie) ma la cui utilizzabilità in seno del procedimento monitorio fa scivolare il nostro monitorio documentale non molto lontano da un procedimento monitorio puro. Tanto più laddove si percorra l'ulteriore passo di ritenere prova scritta sufficiente la fattura che non è null'altro che un documento che costituisce il sottostante delle registrazioni del libro fatture i cui estratti rappresentano prova scritta sufficiente per il decreto (tant'è che vi è chi, in dottrina, ritiene che il decreto possa essere concesso soltanto se la fattura è accompagnata dal relativo estratto autentico<sup>[20]</sup>).

Sempre nell'ambito dei documenti di formazione unilaterali vanno considerati l'estratto conto certificato dal dirigente di cui al 50 TUB.

Vi è infine la parcella dell'avvocato, accompagnata dal parere del competente ordine professionale (non necessario ove esista una tariffa legalmente approvata; ipotesi ormai desueta). Al di là della discussa permanenza in vigore - a seguito dell'abrogazione delle tariffe - della possibilità per l'avvocato di ottenere decreto ingiuntivo sulla base della propria parcella accompagnata dal parere dell'ordine professionale, resta il fatto che ci troviamo di fronte, ancora una volta, sostanzialmente ad un procedimento monitorio (quasi) puro fondato su un documento unilaterale e accompagnato, quale stampella ai fini della liquidità, dal parere dell'ordine professionale. Sul punto, va segnalato l'orientamento del Tribunale di Roma, espresso in recenti provvedimenti, contrario all'emissione di decreti ingiuntivi ex art. 636 c.p.c.; orientamento per il quale il parere di cui all'art. 13 della legge professionale non coinciderebbe con quello che l'art. 636 c.p.c. poneva a presupposto della concessione del decreto ingiuntivo all'avvocato operante nel previgente sistema tariffario<sup>[21]</sup>: mi permetto solo di evidenziare che il nr. 2 dell'art. 636 c.p.c. impone che la nota sia accompagnata dal parere dell'ordine professionale soltanto se non vi sia una tariffa legalmente determinata: il che vale a dire che il parere prescinde dalla tariffa e l'abrogazione della tariffa non dovrebbe avere impatto diretto sulla norma. In ogni caso il problema dovrebbe essere parzialmente superato se si considera che il lavoratore autonomo può fornire la sufficiente prova scritta con l'esibizione delle proprie scritture obbligatorie, tra le quali vi potrà essere l'iscrizione della fattura il cui importo viene unilateralmente determinato. Mi chiedo se a questo punto non sarebbe più prudente fidarsi del parere di opinamento dell'ordine professionale, ma tant'è!

La condotta analisi della *prova scritta* e il riferimento alla natura documentale o pura del procedimento monitorio vuol mettere in luce una circostanza, a mio avviso, decisiva: i decreti ingiuntivi possono essere sostenuti da una prova che ha un *diverso* grado di resistenza nel successivo giudizio di opposizione; il che, a mio avviso, assume rilevanza fondamentale al momento dell'adozione del provvedimento che il giudice

dell'opposizione è chiamato a rendere alla prima udienza: sospendere l'efficacia esecutiva eventualmente concessa ex 642 c.p.c. ovvero concederla ex 648 c.p.c.

Ferma la circostanza che il codice di procedura civile considera prove scritte - ai soli fini dell'emissione dell'ingiunzione di pagamento - documenti che sarebbero privi di qualsiasi efficacia probatoria nel giudizio ordinario, compete comunque al creditore l'onere della prova dei fatti costitutivi della sua pretesa (onere della prova agevolato dalla regola di prova legale di cui si è detto<sup>[22]</sup>), mentre il giudice potrà rilevare d'ufficio l'esistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi che emergano *ex actis*, sempre che ovviamente si tratti di eccezioni in senso lato rilevabili d'ufficio; con la necessità, già vista, di un profondo scrutinio relativo alla validità ed efficacia del titolo posto a fondamento del credito; scrutinio non certo agevole in difetto delle difese della controparte.

Non vi è invece nulla di particolare da dire sui poteri del giudice in relazione all'applicazione delle norme di diritto che saranno quelli ordinari, seppur non coadiuvati dal contraddittorio.

<sup>[14]</sup> Così ad esempio, E. Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., 69 s. V. anche A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 123 s.

<sup>[15]</sup> Ipotesi di A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 124 che evidenzia, come, laddove il giudice si convinca dell'apocriefa dovrà rigettare il ricorso; in caso di dubbio dovrà invece essere richiesta l'integrazione documentale di cui all'art. 640 c.p.c.

<sup>[16]</sup> Analogamente A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 118.

<sup>[17]</sup> Scettico al riguardo è ad esempio E. Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., 74, nt. 139 che osserva come l'eventuale prova della consegna della merce non esclude che la stessa sia avvenuta per titolo diverso dalla compravendita o per errore.

<sup>[18]</sup> V. ad esempio Cass., sez. III, 3 aprile 2008, n. 8549.

<sup>[19]</sup> Innovazione introdotta dall'art. 15, comma 1, lett. b della l. 22 maggio 2017, n. 81.

<sup>[20]</sup> Così A. Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in S. Chiarloni, C. Consolo, *I procedimenti*

*sommari e cautelari*, Torino, 2005, 131. V. anche Cass., sez. III, 3 aprile 2008, n. 8549 per la quale La fattura, ove proveniente da un imprenditore esercente attività commerciale e relativa fornitura di merci o prestazioni di servizi (anche a cliente non esercente, a sua volta, la medesima attività), rappresenta idonea prova scritta del credito quale richiesta ex lege per l'emissione di un decreto ingiuntivo, *sempre che ne risulti la regolarità amministrativa e fiscale*.

<sup>[211]</sup> V. Trib. Roma, decr. 7 maggio 2018, consultabile al seguente url: [http://www.ordineavvocatims.it/attachments/979\\_tribunale-roma-decreto-07.05.2018.pdf](http://www.ordineavvocatims.it/attachments/979_tribunale-roma-decreto-07.05.2018.pdf): in particolare, secondo il Tribunale capitolino l'art. 636 c.p.c. sarebbe strettamente ancorato all'(abrogato) sistema delle tariffe e incompatibile con il principio della libera contrattazione del compenso all'atto del conferimento dell'incarico. "Una volta affermata (art. 9, comma 4, l. n. 24 del 2012) e ribadita (art. 13, comma 2, l. n. 247 del 2012) la regola della pattuizione del compenso all'atto del conferimento dell'incarico, non può postularsi la coesistenza di un sistema di liquidazione del credito del professionista secondo uno schema non dissimile da quello operante prima della generalizzata abrogazione del sistema tariffario. Se non al prezzo di tradurre la duplice *voluntas legis* di liberalizzare il mercato delle professioni e di non sottoporre il cliente a pretese che non siano state previamente concordate e rese a lui p>

<sup>[22]</sup> Regola di prova legale *a contrario* per la quale il giudice deve attribuire efficacia probatoria a documenti che altrimenti non l'avrebbero.

## **5. Prova scritta e provvisoria esecutività ex 642 c.p.c.**

Sempre seguendo il filone della *diversa* prova scritta che può sostenere l'ingiunzione di pagamento, qualche riflessione merita, a mio avviso, anche la concessione del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, non tanto in relazione ai casi in cui lo stesso sia fondato su assegno o cambiale (documento normalmente avente già efficacia esecutiva e per i quali si potrebbe ipotizzare l'utilizzo del decreto ingiuntivo, quando ad esempio non siano in regola *ab origine* con il bollo<sup>[231]</sup>), ma in relazione sia alla sussistenza del "pericolo del grave pregiudizio nel ritardo" sia della "documentazione sottoscritta dal debitore comprovante il diritto fatto valere".

Con riguardo al pericolo di grave pregiudizio, si dice usualmente che si tratta di un potere discrezionale da esercitarsi tenendo conto del fatto che il decreto è emesso *inaudita altera parte* e cercando di scongiurare che l'esercizio dell'azione esecutiva possa restare infruttuoso o il suo ritardato esercizio possa

nuocere gravemente al creditore (ad esempio, conducendolo all'insolvenza<sup>[24]</sup>): vi è da chiedersi se nell'anticipazione dell'efficacia esecutiva (ovvero del principale effetto al quale mira ogni creditore che agisce in giudizio) il giudice non debba tener conto, in un bilanciamento di interessi tipico dei fenomeni *anticipatori* (e impregiudicata la qualificazione in termini cautelari dei provvedimenti ex artt. 642, 648 e 649 c.p.c.), della sussistenza del *fumus boni iuris*, ovvero, ad esempio, dell'efficacia probatoria (nel futuro giudizio di opposizione) della prova scritta offerta a fondamento della richiesta di ingiunzione<sup>[25]</sup>, come pure dell'eventuale manifesta sussistenza di eventuali eccezioni (non rilevabili d'ufficio), quale ad esempio la prescrizione<sup>[26]</sup>.

Recente dottrina si è mostrata dubbiosa al riguardo, limitando la discrezionalità concessa della norma alla valutazione del *periculum*<sup>[27]</sup>; a me pare che tanto più il provvedimento concesso sia assimilabile ad un monitorio puro (per la, sostanzialmente, nulla ordinaria efficacia probatoria della prova scritta), tanto meno si giustifica un'anticipazione dell'efficacia esecutiva, idonea a pregiudicare sensibilmente (e a volte irrimediabilmente<sup>[28]</sup>) gli interessi del debitore. Senza dimenticare che il giudice, quale controcautela, ben potrebbe far uso del potere di imporre cauzione; istituto che non mi risulta di frequente, risultando forse per il giudicante più semplice non concedere la provvisoria esecutività.

Quanto alla documentazione sottoscritta dal debitore, innanzi tutto dalla stessa deve risultare la prova di tutti i fatti costitutivi (ivi incluso l'adempimento della controprestazione, per la quale l'art. 633 c.p.c. si accontenta di qualcosa di meno - "elementi che facciano presumere"). In secondo luogo, certamente sarà documento idoneo la scrittura privata autentica (che è già per sé titolo esecutivo) e quella (ipotesi rara) eventualmente giudizialmente già verificata. Ci si chiede poi se sia sufficiente una scrittura privata (ovviamente non ancora disconosciuta ma neppure riconosciuta), oppure sia necessario qualcosa di più di quello che è necessario per l'ottenimento del decreto ingiuntivo, quale, si esemplifica, un riconoscimento di debito o una promessa di pagamento ovvero un documento idoneo a dare maggiore certezza del credito.

A me sembra che quest'ultima posizione, rappresentata da pronunce di alcuni Tribunali<sup>[29]</sup>, non sia del tutto condivisibile: nel momento in cui il legislatore ha previsto che si potesse ottenere un decreto ingiuntivo esecutivo tramite documentazione sottoscritta dal debitore, ha probabilmente tenuto conto della "multiformità" di prova scritta che può sostenere l'emissione del decreto ingiuntivo (si è visto che in taluni casi ci troviamo di fronte a documenti ordinariamente privi di efficacia) ed ha quindi voluto prevedere una tutela rafforzata di quel creditore che potesse esibire un documento (o anche più

documenti) sottoscritto(i) dalla controparte che fotografi l'intera fattispecie costitutiva del diritto di credito: così ad esempio, a fronte di un contratto di fornitura di merci, la documentazione sottoscritta dal debitore non dovrà riguardare solo il contratto ma anche la concreta ricezione, senza riserve, delle merci per le quali si chiede l'ingiunzione<sup>[30]</sup>. Mi sembra invece eccessivo richiedere un riconoscimento di debito (fermo restando che tale riconoscimento ben potrà giustificare la concessione della provvisoria esecutività ex art. 642 c.p.c.); e proprio per superare i dubbi di costituzionalità da taluno avanzati in relazione a tale ipotesi<sup>[31]</sup>, dovrebbe divenire impellente l'applicazione di una controcautela tramite cauzione.

<sup>[23]</sup> Nega però che al decreto ingiuntivo concesso sulla base di cambiale non in regola con il bollo possa essere attribuita efficacia esecutiva ex art. 642 c.p.c. ad es., E. Gabellini, *La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo: le questioni aperte*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1039 ss., spec. 1047 che rileva però che la cambiale potrebbe rientrare nell'ipotesi della seconda parte del secondo comma della norma citata (documentazione sottoscritta dal debitore).

<sup>[24]</sup> Cfr. E. Gabellini, *La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo*, cit., 1049 s. che propone anche l'esempio del credito alimentare.

<sup>[25]</sup> E. Gabellini, *La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo*, cit., 1050 ritiene che vi debba essere alla base del decreto ingiuntivo una *prova qualificata*. Il ragionamento dell'autrice trova conferma nella sua ricostruzione della clausola di provvisoria esecutività quale avente natura autonoma rispetto alla pronuncia di merito con la conseguenza che la stessa si può basare su presupposti diversi da quelli richiesti per la pronuncia del decreto ingiuntivo.

<sup>[26]</sup> Così anche E. Gabellini, *La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo*, cit., 1051 che si spinge sino a ritenere che il giudice debba però richiedere ex art. 640 c.p.c. elementi idonei a dimostrare l'eventuale interruzione della prescrizione.

<sup>[27]</sup> V. ad esempio E. Zucconi Galli Fonseca, *Il procedimento di ingiunzione*, in L. Dittrich (diretto da), *Diritto processuale civile. Trattato Omnia*, Milano, 2019/193 ss., spec. 4220.

<sup>[28]</sup> A tutti è noto l'orientamento della giurisprudenza - più volte sottoposto al (positivo) vaglio della Corte Costituzionale (ad es., ord. 151 del 1998, ord. 546/2000) - che ritiene che, una volta avviata l'esecuzione

forzata, anche in caso di sospensione ex 649 c.p.c., il pignoramento conserva i suoi effetti; effetti che - si pensi ad un pignoramento di conti correnti, peraltro per la somma pignorata incrementata per la metà - possono pregiudicare ad esempio la capacità di adempiere alle proprie obbligazioni del debitore e portare il debitore all'insolvenza. Non a caso, in dottrina si invita ad un uso cauto del detto potere di concessione della provvisoria esecutività fondato sulla sussistenza del *periculum* (v. ad es., A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 291).

<sup>[29]</sup> V. ad esempio, Trib. Torino, 10 aprile 2014, consultabile al seguente url: [https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/20140410\\_RG6847-20141.pdf](https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/20140410_RG6847-20141.pdf): "Sembra [...] maggiormente rispondente alla interpretazione sistematica delle norme in materia di procedimento per ingiunzione, ed in particolare di quelle che riguardano la immediata o provvisoria efficacia delle ingiunzione di pagamento, quella secondo cui la documentazione proveniente dal debitore contemplata dal secondo comma dell'articolo 642 citato sia una documentazione ulteriore rispetto alla prova scritta necessaria per la pronuncia della ingiunzione, consistente, come accennato, in una promessa di pagamento od in un riconoscimento di debito o, comunque, idonea a dare maggiore certezza in ordine alla effettiva esistenza del credito" citando Trib. Milano, 12 dicembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 2276.

<sup>[30]</sup> In tal senso sembrerebbe anche E. Zucconi Galli Fonseca, *Il procedimento per ingiunzione*, cit., 4220 s. testo e nt. 123.

<sup>[31]</sup> Ad esempio, da R. Conte, *Esecuzione provvisoria*, in S. Chiarloni (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, t. II, Bologna, 2007, 1207 ss., spec. 1208 ss.

## **6. Procedimento di opposizione e provvedimenti ex art. 648 e 649 c.p.c.**

Non voglio intrattenermi sulla disputata natura dell'opposizione a decreto ingiuntivo e se in particolare allo stesso debba riconoscersi o meno la qualificazione di mezzo di impugnazione: certo è che l'opposizione non mette fuori campo - come invece accadeva nel monitorio puro austriaco e come accade nell'ingiunzione di pagamento europeo - il provvedimento *inaudita altera parte*. Basti pensare all'art. 647 c.p.c. (la mancata costituzione dell'opponente determina l'esecutorietà, e immutabilità del decreto) o anche all'art. 653 c.p.c. (l'estinzione dell'opposizione determina lo stesso effetto), all'art. 648 sulla concessione della provvisoria efficacia esecutiva alla prima udienza del giudizio di opposizione, al combinato disposto degli artt. 642 e 649 dai quali si desume che il decreto emesso immediatamente

esecutivo conserva la sua efficacia, pendente il giudizio di opposizione, salvo sospensione da parte del giudice di tale ultimo procedimento. Quello che mi pare possa essere ampiamente condiviso è che si tratti comunque di un giudizio *sui generis*: non è un giudizio di impugnazione per la ragione che l'opposizione dà luogo ad un giudizio di primo grado che ha ad oggetto l'esistenza del diritto di credito e non solo la validità del decreto emesso; non è un giudizio di primo grado consueto, proprio perché il decreto conserva un ruolo preminente ed è oggetto della sentenza che definisce il giudizio.

Rilevo che le pronunce della giurisprudenza della Suprema Corte che negano natura di impugnazione all'opposizione a decreto ingiuntivo giudicano di ipotesi in cui l'opposta soluzione avrebbe condotto a draconiane sanzioni di improcedibilità, ad esempio, nel caso in cui l'opponente non avesse prodotto, al momento della costituzione, il decreto opposto<sup>[32]</sup>.

Non mi sembra peraltro che dalla qualificazione nell'uno o nell'altro senso debba discendere per forza la soluzione di ogni problema pratico, anzi. Mi riferisco ad esempio alla questione, ormai da qualche mese rimessa alle Sezioni Unite in ordine all'individuazione del soggetto (se debitore opponente o creditore opposto) tenuto ad avviare, pena l'improcedibilità, la mediazione (in caso in cui essa sia obbligatoria)<sup>[33]</sup>. A seconda della posizione che si assume (opposizione come impugnazione o come ulteriore fase del procedimento avviato con l'azione monitoria) si sarebbe tentati di risolvere la questione in un modo (onere dell'opponente) o in quello opposto (onere appunto dell'opposto): non mi pare un atteggiamento condivisibile; ma neppure condivisibile è l'invocazione, un po' fuori contesto, dei principi costituzionali della ragionevole durata del processo per sostenere che l'opponente avrebbe tale onere in quanto, con l'opposizione, avrebbe scelto "la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore" intendendo "precludere la via breve per percorrere la via lunga"<sup>[34]</sup>. La via giurisdizionale (seppur breve) è stata scelta innanzi tutto dal creditore opposto e l'improcedibilità pensata dal legislatore della mediazione non dovrebbe mai pregiudicare il diritto ad ottenere, in altro processo, e assolto l'onere della mediazione, una pronuncia sul merito della controversia; diritto che sarebbe invece definitivamente compromesso ove si ritenesse onerato l'opponente e conseguente al mancato avvio della mediazione l'irrevocabilità del decreto ingiuntivo opposto. Sul punto mi pare che non si dovrebbe prestare ad equivoci la lettera della legge nella parte in cui onera della mediazione la parte che intende far valere un proprio diritto in sede giudiziale; e tale parte è il creditore opposto, non già l'opponente (senza bisogno di ipotizzare - mi pare infatti una superfetazione - che con l'opposizione a decreto ingiuntivo il debitore faccia valere un'azione di accertamento negativo ulteriore rispetto a quella di accertamento positivo introdotta dal creditore con l'azione monitoria).



Tornando alla struttura dell'opposizione, quello che è però certo è che la stessa dà luogo ad un giudizio a cognizione piena sull'esistenza del credito dedotto dal ricorrente con l'azione monitoria; giudizio a cognizione piena nel quale riprendono vigore le consuete regole relative all'efficacia probatoria dei documenti; prima tra tutti quella per la quale un atto unilateralmente predisposto dal creditore, quale la fattura, in quanto dichiarazione *pro se*, dovrebbe essere privo di qualsiasi efficacia probatoria in ordine all'esistenza dei fatti costitutivi del credito azionato. Ho usato il condizionale non a caso, perché si legge nella giurisprudenza anche della Suprema Corte, a mio avviso erroneamente, che la fattura potrebbe rappresentare quanto meno un *indizio* della stipulazione del contratto e dell'esecuzione della prestazione indicata in fattura<sup>[35]</sup>. Non comprendo invero come una dichiarazione *pro se* possa rappresentare circostanza indiziaria, posto che l'indizio è il fatto noto dal quale si inferisce il fatto ignoto; fatto noto che deve essere provato con gli ordinari mezzi di prova, mentre la dichiarazione *pro se* non dovrebbe rivestire alcuna efficacia probatoria.

La questione assume significativo rilievo in sede di concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, laddove l'art. 648 c.p.c. consente che il decreto acquisti efficacia esecutiva, se l'opposizione non è fondata su prova scritta o di pronta soluzione.

La concessione della provvisoria esecutività è il momento più delicato del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo: ciò che il creditore mira ad ottenere è appunto, non tanto la cosa giudicata (che arriverà anni dopo), ma il bene della vita al quale aspira, ovvero la somma di denaro oggetto dell'ingiunzione; e tale bene può essere conseguito se innanzi tutto viene accordato un titolo esecutivo per soddisfare coattivamente la sua pretesa.

Ebbene, mi pare che proprio il provvedimento ex 648 c.p.c. sia quello che più deve tener conto della *multiformità* di decreti ingiuntivi che il nostro ordinamento conosce: decreti ingiuntivi che possono essere emessi sulla base di documentazione unilateralmente predisposta, al più accompagnata da qualche attestazione di conformità/congruità (secondo un modello non distante dal monitorio puro), e decreti ingiuntivi fondati su prove scritte che hanno tutti i crismi per esplicitare la loro piena efficacia probatoria anche nel giudizio a cognizione piena.

Cosa fare quando le contestazioni ed eccezioni dell'opponente non sono fondate su prova scritta, ma il diritto di credito è sostenuto soltanto da una prova scritta inidonea ad esplicitare efficacia alcuna nel giudizio a cognizione piena?

A mio avviso, il giudice - posto che in sede di opposizione vengono ripristinate le ordinarie regole probatorie - non può concedere la provvisoria esecutività, allorché innanzi tutto il fatto costitutivo del diritto non sia corroborato da prova scritta *efficace* nel giudizio a cognizione piena (indipendentemente dal fatto che l'opposizione sia o meno fondata su prova scritta) oppure da elementi probatori analoghi (quale può essere il notorio o la non contestazione rilevante ex art. 115, comma 2, c.p.c.; anche se la contestazione per evitare la *relevatio ab onere probandi*, come noto, potrebbe avvenire anche in sede di prima memoria ex 183 c.p.c.).

Nel caso della fattura, ove la stessa sia stata contestata dall'opponente (sotto il profilo sia della prestazione sia della congruità della stessa), mi sembra che quindi non possa mai concedersi la provvisoria esecutività.

Altra questione è se sia possibile attribuire efficacia esecutiva al decreto a fronte del disconoscimento della scrittura privata sulla quale si fonda. Con il disconoscimento, infatti, la scrittura perde ogni efficacia, che può riacquistare solo all'esito positivo di un giudizio di verifica. Ci si è quindi chiesti se il giudice possa anticipare, con una valutazione sommaria, l'esito del giudizio di verifica e, nel caso in cui ritenga, in base agli elementi prodotti in causa, autentica la scrittura, concedere la provvisoria esecutività<sup>[36]</sup>.

Mi pare che gli argomenti anche di recente addotti a favore di tale ultima opzione interpretativa non siano dirimenti: contrariamente a quanto si opina ad opera del Tribunale di Bologna, l'art. 186 *ter*, comma 2, c.p.c. - nella parte in cui esclude che possa essere pronunciata ordinanza esecutiva laddove la scrittura sia stata disconosciuta - non è norma da interpretarsi restrittivamente, ma espressione del principio generale risultante dal combinato disposto dell'art. 2702 cod. civ. e 214 ss. c.p.c.<sup>[37]</sup>; ancora la questione non è poi tanto se il disconoscimento non provi nulla sotto il profilo probatorio<sup>[38]</sup>, ma se, a seguito del disconoscimento, i fatti costitutivi del diritto siano ancora provati o se il giudice possa anticipare gli effetti di accertamento della sentenza che accolga l'istanza di verifica, e la risposta mi pare debba essere negativa. Da un lato l'art. 2702 cod. civ. riconosce efficacia probatoria (legale) soltanto alla scrittura che, a seguito di disconoscimento, sia stata *verificata*, dall'altro lato, in difetto di efficacia probatoria del documento che sosteneva il decreto, i fatti costitutivi del credito risulteranno sforniti di prova e non potrà pertanto essere concessa la provvisoria esecutività.

Solo ove i fatti costitutivi risultino provati secondo le regole del giudizio a cognizione piena, il giudice

dovrà poi valutare se le difese del convenuto siano fondate su prova scritta o di pronta soluzione<sup>[39]</sup>; il che significa, se le eccezioni di merito siano assistite da tale genere di prova.

In questa valutazione il giudice dovrebbe effettuare una sommaria delibazione della fondatezza dell'opposizione, sia in fatto (attraverso appunto l'esame di prove scritte o di pronta soluzione) sia in diritto.

Non difformi - anche per ragioni di eguaglianza - mi pare debbano essere le valutazioni in sede di sospensione dell'efficacia esecutiva ai sensi del 649 c.p.c.: sebbene la norma parli di gravi motivi (e consenta quindi di dare rilevanza sia ad aspetti relativi alla infondatezza della pretesa creditizia/fondatezza dell'opposizione sia ad aspetti relativi all'eventuale pregiudizio che subirebbe la parte opponente dalla mantenuta efficacia esecutiva del decreto), il giudice dovrà valutare la tenuta della prova scritta offerta dal creditore nel giudizio di opposizione (anche alla luce delle condotte processuali dell'opponente, se o meno di radicale contestazione delle allegazioni del creditore) e la fondatezza delle difese (in senso ampio) dell'opponente.

Quanto al profilo del *periculum* si può pensare ad una diversa valutazione del giudice dell'opposizione rispetto a quanto fatto dal giudice del monitorio, in ragione di elementi forniti dall'opponente.

Più problematica mi pare invece la concessione della sospensione sulla sola base del *periculum*, laddove la provvisoria esecutività sia stata attribuita in ragione della particolare pregnanza della prova documentale (pregnanza che resista nel giudizio di opposizione) e l'opposizione non sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione nel senso di cui si è detto sopra.

<sup>[32]</sup> V. ad es., Cass., sez. I, 13 luglio 2015, n. 14582: "L'opposizione a decreto ingiuntivo, pur essendo volta ad infirmare o modificare il decreto opposto, presupponendo quindi che quest'ultimo non sia divenuto irrevocabile, non costituisce un mezzo d'impugnazione, e non è pertanto soggetta alla relativa disciplina, con la conseguenza che la produzione della copia notificata del decreto opposto non è richiesta a pena d'improcedibilità, ma solo quale mezzo necessario per la verifica della tempestività dell'opposizione, e quindi come condizione di ammissibilità della stessa, la cui prova può essere desunta anche dai documenti prodotti dalla controparte o comunque acquisiti al processo".

<sup>[33]</sup> Questione rimessa alle S.U. da Cass., sez. III, 12 luglio 2019, n.18741.

<sup>[34]</sup> Così invece Cass., sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24629.

<sup>[35]</sup> Così Cass., 17050/2011 che pur riconosce che "*nessun valore si può ad essa riconoscere tanto in ordine alla corrispondenza della prestazione indicata con quella pattuita, quanto in relazione agli altri elementi costitutivi del contratto*"

<sup>[36]</sup> V. ad esempio Trib. Bologna, 20 luglio 2016, in *Foro it.*, 2017, I, 378: "È possibile concedere la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto ex art. 648 c.p.c. anche in caso di tempestivo disconoscimento da parte dell'opponente, seguito da istanza di verifica della scrittura privata, qualora dalla valutazione degli elementi di prova a disposizione risulti verosimile l'autenticità della sottoscrizione". In senso opposto, Trib. Latina, 20 febbraio 1996, in *Foro it.*, 1996; I, 2339: "non può concedersi la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto ex art. 648 c.p.c. - e se già concessa va sospesa in forza dell'art. 649 c.p.c. - qualora l'attore opponente abbia tempestivamente provveduto a disconoscere la scrittura privata contro di lui prodotta", non potendo il giudice anticipare gli effetti di accertamento del giudizio di verifica.

<sup>[37]</sup> Sostiene E. Gabellini, *La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo*, cit., 1054, seguendo la tesi tracciata da Corte Cost., 8 marzo 1996, n. 65, che vi sarebbe una differenza sostanziale tra ordinanza ex art. 648 c.p.c. (non impugnabile) e ordinanza ex art. 186 *ter* c.p.c. (revocabile e modificabile): con la prima il giudice si limiterebbe a valutare con un giudizio di semplice prognosi le ragioni addotte dal debitore in sede di opposizione, la seconda potrebbe invece essere concessa sulla valutazione della presumibile resistenza delle ragioni dell'istanza di contestazione della controparte, nell'ottica della decisione finale. In altre parole, mentre all'interno di quest'ultima disciplina, il disconoscimento sarebbe in grado di impedire l'accertamento del diritto, esso non escluderebbe, qualora vi siano elementi di segno opposto, la provvisoria esecutività, poiché attraverso quest'ultima non si perverrebbe ad alcun accertamento del diritto (già contenuto nel decreto ingiuntivo). La tesi, pur suadente, non mi pare fondata: mi pare innanzi tutto difficile - una volta che sia stato instaurato il contraddittorio - individuare differenze strutturali nel convincimento del giudice tra concessione della provvisoria esecutività ed emanazione di ordinanza ex art. 186 *ter* c.p.c. esecutiva; ancora, la suddetta ricostruzione attribuisce, a mio avviso, un eccessivo valore al decreto ingiuntivo, come fatto di accertamento, nel contesto del giudizio di opposizione, in contrasto con l'ordinanza che attribuisce provvisoria esecutività: come si ribadisce anche nel testo, tale accertamento non può essere confermato, in sede di ordinanza ex art. 648 c.p.c. (la quale non dovrà essere concessa), se lo stesso si fonda su prova priva di efficacia nel giudizio ordinario

caratterizzato dall'applicazione delle usuali regole probatorie (tra le quali, appunto, l'art. 2702 cod. civ.).

<sup>[38]</sup> Così invece Trib. Bologna, 20 luglio 2016, cit. che inoltre evidenzia che il decreto ingiuntivo, finché non è rimesso, esisterebbe; circostanza che mi pare irrilevante se si considera che, a seguito dell'opposizione, l'oggetto del giudizio è il diritto di credito e sull'(apparente) esistenza del diritto di credito deve decidere il giudice in sede di concessione della provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c.

<sup>[39]</sup> Quale quella che può dipendere non solo dall'esistenza di prove documentali, ma anche da fatti pacifici o notori (così, condivisibilmente, E. Gabellini, *La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo*, cit., 1054).

<https://www.diritto.it/la-prova-scritta-nel-procedimento-di-ingiunzione-e-di-opposizione-a-decreto-ingiuntivo-1/>