

## LA PROVVISORIA ESECUTIVITÀ EX ART. 648 C.P.C. QUALE CONDANNA CON RISERVA

GIUSEPPE VIGNERA

Sommario: 1. I presupposti della clausola *ex art.* 648 c.p.c. nella dottrina e nella giurisprudenza. – 2. In particolare: sulla piena prova del credito quale presupposto positivo del potere *ex art.* 648 c.p.c. – 3. La natura di condanna con riserva della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo desunta dai suoi specifici effetti. – 4. Irrilevanza del *periculum in mora*. – 5. Conclusioni.

1. - In base all'art. 648, comma 1°, c.p.c., come è noto, «il giudice istruttore, se l'opposizione non è fondata su prova scritta o di pronta soluzione, può concedere, con ordinanza non impugnabile, l'esecuzione provvisoria del decreto, qualora non sia stata già concessa a norma dell'art. 642» (1).

---

(1) Si rammenta che l'art. 9, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, ha aggiunto all'art. 648, comma 1°, c.p.c. il seguente periodo: «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».

«Tale previsione smentisce, a livello sistematico, il 'dogma' dell'intangibilità del decreto ingiuntivo in corso di causa, confermando la distinguibilità, sul piano ontologico, tra gli interventi sul titolo, o meglio sulla relativa portata cognitiva, e quelli ad oggetto dell'efficacia esecutiva dello stesso, questi ultimi perfettamente compatibili, anche se provvisoriamente riduttivi, con la persistenza del provvedimento opposto fino alla decisione finale» (così, in motivazione, Cass. 10 febbraio 2006, n. 3012, in *Foro it.*, 2006, I, 2049).

Pensiamo, pertanto, che in virtù della predetta disposizione debba intendersi definitivamente risolta in senso affermativo la *vexata quaestio* sulla provvisoria esecutività parziale dell'opposto decreto, precedentemente ammessa da numerosi giudici di merito, ma esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità (Cass. 14 ottobre 1966 n. 2453, in *Foro it.*, 1967, I, 2148; Cass. 7 luglio 1976 n. 2549, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1620; Cass. 21 maggio 2001 n. 6901, *Foro it.*, 2001, I, 3167; *contra*, però, Cass. 4 maggio 1978 n. 2084, in *Foro it.*, 1979, I, 2725).

Non può, infatti, essere condivisa la tesi, secondo cui, con la modifica dell'art. 648 c.p.c. apportata dall'art. 9, d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, il legislatore ha voluto sancire «l'inammissibilità del provvedimento parziale al di fuori dell'ipotesi espressamente prevista» (quella delle somme non contestate: così Trib. Verona 18 agosto 2003, in *Giur. merito*, 2004, I, 1118; analogamente, Trib. Legnano 18 febbraio 2003; e Trib. Catania 18 luglio 2006).

La legge, pertanto, individua soltanto i presupposti negativi per la concessione all'opposto decreto della provvisoria esecutività (od esecutorietà) <sup>(2)</sup>, rappresentati dall'assenza di una «prova scritta o di pronta soluzione» a fondamento dell'opposizione.

Alla stregua della disposizione suindicata, più esattamente, il giudice istruttore non potrà mai rendere il decreto provvisoriamente esecutivo, allorché:

A) le eccezioni proposte dall'opponente siano fondate su «un documento scritto idoneo a provare, ai sensi degli artt. 2699 ss. c.c. l'inesistenza del fatto costitutivo del credito azionato ovvero l'esistenza di fatti modificativi, impeditivi o estintivi del medesimo» <sup>(3)</sup>;

---

Il significato sistematico della norma *de qua*, invero, a nostro avviso è ben diverso: «limitatamente alle somme non contestate» il giudice «concede» (*id est*: deve concedere «salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali») all'opposto decreto la provvisoria esecutività parziale; mentre negli altri casi la concessione dell'esecuzione provvisoria parziale soggiace alla disciplina di cui alla prima parte dell'art. 648, comma 1°, c.p.c., in base al quale «il giudice istruttore ... può concedere» l'esecuzione stessa in presenza dei relativi presupposti (espliciti ed impliciti: come avremo modo di dire).

Sullo stato della dottrina e della giurisprudenza precedenti e successive alla suindicata riformulazione dell'art. 648, comma 1°, c.p.c. v. L. Barreca, *Sulla provvisoria esecuzione parziale del decreto ingiuntivo*, in *Giur. merito*, 2005, I, 42 ss.

<sup>(2)</sup> Su tale dizione v. per tutti F. Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano 1979, 6-7, il quale la preferisce alla formula legislativa «esecuzione provvisoria» perchè «l'esecuzione non è provvisoria nel senso che, una volta emanata la seconda sentenza, dovrà essere sostituita da una nuova esecuzione definitiva, ma è tale perchè basata su un titolo provvisorio, e quindi destinata a cadere nel nulla qualora detto titolo non sia confermato attraverso l'emanazione di un secondo titolo e non divenga esso stesso definitivo in séguito. Di conseguenza l'esecuzione non è provvisoria, ma è basata su un titolo provvisorio. Del resto il concetto di provvisorieta mal si attaglia in genere all'esecuzione ... la provvisorieta deve ritenersi estranea all'esecuzione che è sempre definitiva, salvo ad essere dichiarata invalidamente compiuta perchè basata su un titolo esecutivo non confermato» (così S. Costa, *Contributo allo studio dell'esecuzione provvisoria delle sentenze civili*, in *Studi sass.*, serie II, XVII, 1939, 246-247).

Nello stesso senso v. ad esempio F. Lancellotti, voce *Esecuzione provvisoria*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino 1975, 789 ss., 789-790; G. Monteleone, voce *Esecuzione provvisoria*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino 1991, 641 ss., 642.

Secondo F. Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, cit., 7, inoltre, in relazione all'istituto in esame non sarebbe corretto parlare neppure di «esecuzione immediata» (come suggerito da F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, vol. II, Roma 1956, 94; predilige l'utilizzazione di tale terminologia A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino 2000, *passim*, spec. 269 ss.), perchè in tal caso non emergerebbe alcun criterio differenziatore rispetto all'esecuzione compiuta in forza di titolo definitivo.

Mette conto, infine, ricordare che per S. La China, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano 1970, 36-37, nell'ambito processualciviltistico sarebbe più corretto parlare di esecutività in quanto «l'esecutorietà attiene piuttosto all'autotutela, l'esecutività (*ex art.* 474 c.p.c.) alla eterotutela, alla piena via giurisdizionale».

<sup>(3)</sup> A. Valitutti- F. De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova 2000, 306-308, dove è possibile rinvenire altresì un'esauriente casistica.

B) le eccezioni stesse non abbiano bisogno di un'ulteriore istruzione<sup>(4)</sup>.

Come si è giustamente sottolineato, «quelli che si sono fino ad ora esaminati costituiscono i presupposti negativi – ovvero ostativi – per la concessione della provvisoria esecuzione; e, per la verità, sono anche i soli ad essere espressamente considerati dalla lettera della legge, tanto che a lungo si è dubitato della stessa possibilità di estrapolare dal sistema uno o più requisiti positivi ... Al riguardo, notevolissimo è stato l'apporto della dottrina, che, a quanto sembra, è riuscita a sensibilizzare, almeno in linea di massima, persino l'orientamento della Corte costituzionale e – sia pure con qualche incertezza – di una parte sempre più consistente della giurisprudenza di merito. In buona sostanza, nonostante sia fino a poco tempo addietro invalso il discutibile uso di concedere la provvisoria esecuzione sulla base della mera e semplicistica constatazione della carenza di una prova scritta» a fondamento dell'opposizione «e della presumibile eccessiva lunghezza dei tempi di soluzione della causa, può affermarsi che ha preso ormai piede l'interpretazione della necessità, per la concessione della provvisoria esecuzione di cui all'art. 648 c.p.c., del *fumus boni iuris* – o persino della piena prova del buon diritto, benché allo stato degli atti – del creditore procedente, da valutarsi alla stregua delle regole generali sulla ripartizione dell'onere della prova e sulle prove proprie dell'ordinario giudizio di cognizione»<sup>(5)</sup>.

Più esattamente, mentre la giurisprudenza costituzionale riporta l'istituto *de quo* «nell'ambito dei provvedimenti cautelari, tanto che si è predicata la necessità anche del *periculum in mora*»<sup>(6)</sup>, nella provvisoria

---

Sul tema v. pure E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano 1991, 178; S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano 1968, 90.

<sup>(4)</sup> «Si pensi al caso di una decisione su una questione di competenza del giudice del monitorio, o sull'eccezione di prescrizione presuntiva avverso cui la controparte non abbia reagito col deferimento del giuramento decisorio» ex art. 2960 c.c.: A. Valitutti-F. De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 310, nota 150.

Secondo E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 177, la prova di pronta soluzione ex art. 648 c.p.c. è quella che non determina «una istruzione probatoria in senso stretto (tale non è, ad esempio, la prova testimoniale)»: l'autore menziona al riguardo i fatti pacifici tra le parti ed i fatti notori ex art. 115, comma 2°.

Per G. Scarselli, *Brevi note in tema di art. 648, 1° comma, c. p. c. e di rapporti cronologici fra processo a cognizione piena ed esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1363 ss., 1374, prove di pronta soluzione sono pure quelle, la cui assunzione può esaurirsi in una udienza.

<sup>(5)</sup> Così perspicuamente A. Valitutti-F. De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 312-313.

<sup>(6)</sup>A. Valitutti-F. De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 314-315.

esecutività *ex art. 648 c.p.c.* la dottrina tende invece a ravvisare un'ipotesi di *condanna con riserva* delle eccezioni del convenuto <sup>(7)</sup>.

<sup>(7)</sup> «La condanna con riserva è un istituto che oggi è stato sostituito dalla provvisoria esecutività dei provvedimenti interinali, ma una volta era un meccanismo spesso utilizzato, i cui elementi essenziali sono i seguenti: quando i fatti costitutivi sono provati documentalmente, il processo si spezza in due, e si ha una sentenza di accoglimento della domanda sulla base dei fatti costitutivi provati. Il processo poi prosegue sulle eccezioni. La disciplina completa del diritto controverso è data ovviamente dalla seconda sentenza che toglie efficacia alla prima, sempre che le eccezioni siano provate. La tecnica della condanna con riserva delle eccezioni continua ad essere prevista dall'art. 65 della legge sulla cambiale e dall'art. 57 della legge sull'assegno. Tali norme prevedono che, se le eccezioni sono di lunga indagine, il giudice emette, su istanza del creditore, sentenza provvisoria di condanna, con cauzione o senza. Analogamente dispone l'art. 35 c.p.c. con riferimento all'eccezione di compensazione. La sentenza di condanna con riserva ha la stessa funzione della esecuzione provvisoria *ex art. 648 c.p.c.*: chi chiede tutela deve necessariamente attendere la fine del processo, per vedersi concessa la tutela alla quale ha diritto. Se il processo dura a lungo, si aggrava la posizione dell'attore, il quale non solo aspetta il tempo necessario per provare i fatti costitutivi del suo diritto, ma deve aspettare il tempo relativo alla istruttoria sui fatti impeditivi, modificativi, estintivi, allegati dal convenuto. Ecco che allora l'art. 648 c.p.c. prevede che, se il processo deve andare avanti solo nell'interesse dell'obbligato, si può concedere al creditore l'esecuzione provvisoria. L'art. 648 c.p.c. non si può applicare ove, sulla base della contestazione dell'opponente, i fatti costitutivi non risultano né provati né ammessi. La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo può essere concessa solo quando i fatti costitutivi siano ammessi o provati, mentre vi è incertezza sulle eccezioni avanzate, e non può essere concessa quando l'opponente nega l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto, e questi non sono idoneamente provati, perché o si tratta di procedimento monitorio puro, o, pur trattandosi di procedimento monitorio spurio, la prova utilizzata è idonea ai sensi dell'art. 635 c.p.c. per ottenere il decreto ingiuntivo, ma non è idonea in un ordinario giudizio di cognizione»: così F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Milano 2000, 120-121.

Nello stesso senso v. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1994, 627, il quale parla al riguardo di tecnica processuale, attraverso la quale «la durata dei tempi del processo, necessari per l'accertamento dei fatti modificativi, estintivi, impeditivi eccettati dal convenuto, è posta a danno, non dell'attore, ma del convenuto, cioè della parte che ha bisogno della prosecuzione del processo affinché si svolga la fase istruttoria» (analogamente, G. Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano 1989, 549 ss.).

Alla stregua di ciò è evidente che l'istituto in parola si risolve in un'estrinsecazione del principio, secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione [v. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1980 (Ristampa anastatica della terza edizione del 1923), 136-137: «La domanda giudiziale contiene ...: a) la dichiarazione di volontà che sia attuata la legge; b) la invocazione dell'attività dello Stato. Questa attività, per operare l'attuazione della legge, ha bisogno di un certo periodo di tempo: ma la domanda giudiziale, come dichiarazione della volontà che sia attuata la legge, in sé stessa già esaurisce il potere giuridico di produrre l'attuazione della legge, già contiene potenzialmente l'attuazione della legge. Conseguentemente: la sentenza che accoglie la domanda deve attuare la legge come se ciò avvenisse al momento della domanda giudiziale: la durata del processo non deve andare a detrimento dell'attore». G. Scarselli, *La condanna con riserva*, cit., 549 ss., invece, preferisce invocare al riguardo una sorta di «sottoprincipio»: quello «secondo il quale i tempi immediati del processo devono andare a danno della parte che ha bisogno della trattazione della causa»].

Integrando una condizione di effettività del diritto alla tutela giurisdizionale garantito dall'art. 24, comma 1°, Cost. (cfr. I. Andolina-G. Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino 1997, 63 ss.), a tale principio correttamente è stata riconosciuta rilevanza costituzionale: v.

2. - Quasi sempre, però, la configurazione (espressa o implicita) dell'ordinanza *ex art.* 648 c.p.c. quale condanna con riserva è il portato di una petizione di principio o, meglio, di una mera affermazione assiomatica, non sorretta da adeguata dimostrazione logico-giuridica <sup>(8)</sup>.

Per quanto ci risulta, infatti, l'unica giustificazione data al riguardo è la seguente: «in realtà il primo comma dell'art. 648, nell'escludere l'esecuzione provvisoria del decreto impugnato quando l'opposizione sia fondata su prova scritta, muove logicamente dal presupposto che esista un documento scritto del fatto costitutivo del credito consacrato dal decreto, idoneo a fornire al giudice la prova del fatto stesso, anche se contestato» <sup>(9)</sup>.

---

Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881; Corte cost. 23 giugno 1994, n. 253, *ivi*, 1994, I, 2001; Corte cost. 16 luglio 1996, n. 249, *ivi*, 1996, I, 2607; Corte cost. 27 luglio 2001, n. 325, in *Fisco*, 2001, 10972; A. Proto Pisani, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, 1881; G. Scarselli, *La condanna con riserva*, cit., 567 ss. (ovviamente, con riferimento a quello che l'autore definisce «principio secondo il quale i tempi immediati del processo devono andare a danno della parte che ha bisogno della trattazione della causa»).

E' bene sottolineare, infine, che la («classica») condanna con riserva emanata con sentenza è soggetta al regime delle sentenze non definitive di merito e, conseguentemente, la sua impugnazione può essere immediata oppure differita *ex artt.* 340 e 361 c.p.c.: con tutta una serie di questioni in caso di impugnazione immediata, che invece non si pongono allorché la condanna con riserva viene pronunciata con ordinanza non impugnabile (come per l'appunto prevede l'art. 648 c.p.c.). Su questi profili, v. G. Scarselli, *La condanna con riserva*, cit., 525 ss.

<sup>(8)</sup> Con riferimento all'ordinanza *ex art.* 648, comma 1°, c.p.c. parlano espressamente di condanna con riserva, per esempio, e poi R. Conte, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova 2003, 50; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 614; G. Scarselli, *La condanna con riserva*, cit., 344 ss.; A. Valitutti-F. De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 315 ss.

Nello stessa prospettiva, peraltro, sostanzialmente si pongono quanti affermano che l'ordinanza *ex art.* 648, comma 1°, c.p.c. presuppone (non il *fumus boni iuris* della pretesa del creditore-opposto, ma) l'acquisizione della *prova piena* [perché fondata sui documenti indicati dagli artt. 2699-2720 c. c. ovvero sull'ammissione ad opera della controparte del credito menzionato in documenti privi di completa forza probatoria (quali, ad esempio, fatture commerciali o parcelle professionali)] del *fatto costitutivo* del diritto vantato dall'opposto: l'esistenza, cioè, di una situazione probatoria tale da consentire senz'altro, allo stato degli atti, l'accoglimento della sua domanda: v. E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 179 ss.; G. Guarnieri, *Sui presupposti per la concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo ex art. 648, comma 1° e 2°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 598 ss., 601 ss.; A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 479 ss.

Nel medesimo senso, v., in giurisprudenza, Trib. Vercelli 18 aprile 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 2535; Trib. Firenze 2 agosto 1991, *ivi*, 1992, I, 1935; Trib. Roma 7 agosto 1991, *ivi*, 1992, I, 1933; Trib. Milano 20 luglio 1995, in *Giur. merito*, 1996, I, 3.

<sup>(9)</sup> E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 179-180.

Lo stesso autore, peraltro smentisce sé stesso, là dove scrive che il provvedimento concessivo dell'esecuzione provvisoria *ex art.* 648 c.p.c. «per la sua natura cautelare ... non può ritenersi soggetto a ricorso per cassazione» (E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 188-189).

La mancanza di piena forza persuasiva di tale argomento risulta evidente, se si considera che ad esso sarebbe possibile [in ipotesi <sup>(10)</sup>] contrapporre il seguente ragionamento:

a) l'art. 648, comma 1°, c.p.c. prevede espressamente che il giudice istruttore può concedere l'esecuzione provvisoria del decreto «qualora non sia stata già concessa a norma dell'art. 642»;

b) da quest'ultimo inciso può desumersi che i presupposti positivi del potere *ex art. 648*, comma 1°, c.p.c. coincidono con quelli del corrispondente potere *ex art. 642* c.p.c.;

c) nel richiamare il «pericolo di grave pregiudizio nel ritardo», l'art. 642, comma 2°, c.p.c. postula la natura cautelare del provvedimento ivi considerato, il quale pertanto (alla stregua dei principi generali sulla tutela cautelare) presuppone il *periculum in mora* ed il (semplice) *fumus boni iuris* <sup>(11)</sup>;

d) conseguentemente, pure l'esercizio del potere *ex art. 648*, comma 1°, c.p.c. è condizionato (soltanto) dalla concomitante presenza di codesti presupposti (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) <sup>(12)</sup>.

Quello stesso argomento, inoltre, potrebbe essere (sempre per pura ipotesi) «superato» con la considerazione che nel sistema del processo d'ingiunzione in senso lato (artt. 633-656 c.p.c.) <sup>(13)</sup> la nozione di «prova

---

<sup>(10)</sup> Intendiamo, così, precisare che proponiamo tale ragionamento, pur non condividendolo affatto.

<sup>(11)</sup> In questo senso v. ultimamente F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., 109-110.

*Contra* (nel senso che, anche là dove si richieda il *periculum in mora*, è pur sempre necessario che l'esistenza del credito risulti da «una prova in senso proprio secondo le norme ordinarie») A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 293.

<sup>(12)</sup> Così Trib. Catania 31 agosto 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 584, 593, che (all'esito di un discorso alquanto verboso) ha così concluso: «La provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto, ai sensi dell'art. 648 c.p.c., può essere concessa in due diverse ipotesi dai presupposti fra loro autonomi e complementari e cioè, o quando il creditore opposto abbia fornito la piena prova dei fatti costitutivi del credito e risulti la probabile infondatezza delle eccezioni dell'opponente, o quando il creditore opposto, a prescindere dalla particolare certezza del credito, possa allegare e provare il *periculum in mora* che a lui deriverebbe dal ritardo nella decisione, qualificato dal *fumus boni iuris* del suo diritto».

Per la dottrina e la giurisprudenza che annettono all'istituto *ex art. 648* c.p.c. natura (esclusivamente o anche) cautelare e che, conseguentemente, individuano i presupposti «positivi» *de quibus* nel *fumus boni iuris* e nel *periculum in mora*, v. M. Cataldi, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo (nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito)*, Milano 1999, 107 ss.

Orientata in tal senso è pure la giurisprudenza costituzionale: v., esemplificativamente, Corte cost. 25 maggio 1989, n. 295, in *Foro it.*, 1989, I, 2391; Corte cost. 18 ottobre 2002, n. 428, in *Giur. cost.*, 2002, 3227; Corte cost. 20 luglio 2007, n. 306, in *Corriere giur.*, 2007, 1399.

<sup>(13)</sup> Utilizza tale denominazione, per esempio, R. Sciacchitano, voce *Ingiunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano 1971, 505 ss., *passim*, spec. 506, 521.

Tale processo (d'ingiunzione in senso lato), com'è noto, si compone:

scritta» coincide con quella (per così dire «speciale»), enucleabile dagli artt. 634-636 c.p.c. <sup>(14)</sup>: di tal che, per «paralizzare» la pronuncia della clausola di provvisoria esecutorietà *ex art. 648*, comma 1°, c.p.c., sarebbe sufficiente che l'opposizione sia fondata su una «prova scritta ontologicamente corrispondente a quella data dal creditore in sede monitoria».

3. - A nostro avviso, l'assimilazione alla condanna con riserva della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo (tanto di quella *ex art. 648*, comma 1°, quanto di quella *ex art. 642*, comma 2°, c.p.c.) può e deve desumersi dagli effetti che l'ordinamento giuridico annette alla medesima (provvisoria esecutorietà): i quali sono gli *stessi* effetti della sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva <sup>(15)</sup>.

---

A) del procedimento monitorio o d'ingiunzione in senso stretto, costituito dal «complesso degli atti processuali compresi fra il ricorso per ingiunzione (art. 638) e la notificazione del ricorso stesso e del decreto d'ingiunzione (art. 643), ovvero fra il ricorso ed il decreto di rigetto della domanda di ingiunzione (art. 640)» (E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 31);

B) dell'eventuale giudizio di opposizione, costituito dal complesso degli atti processuali compresi tra l'opposizione *ex art. 645* c.p.c. [o 650: opposizione tardiva] e la sentenza che decide l'opposizione medesima con il suo rigetto oppure con il suo accoglimento (totale o parziale) (art. 653 c.p.c.).

<sup>(14)</sup> Su codesta nozione «speciale» di prova scritta v. specialmente R. Conte, *La prova scritta ex art. 634*, 2° comma, c.p.c. nell'ordinanza ingiuntiva *ex art. 186 ter* c.p.c. e profili costituzionali, in *Giur. it.*, 2005, 322 ss.

<sup>(15)</sup> Tutti sanno che attualmente anche la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva *ex lege* (v. art. 282 c.p.c. nel testo sostituito dall'art. 33, l. 26 novembre 1990 n. 353).

Mette conto rammentare che la provvisoria esecutività *ex art. 282* c.p.c. (nuovo testo) può inerire *soltanto* ad una statuizione di condanna, principale o accessoria che essa sia [v. Cass. 10 novembre 2004, n. 21367, in *Corriere giur.*, 2005, 1230: «Ancorché l'art. 282 c.p.c., nella formulazione vigente per effetto della sostituzione operata dall'art. 33 della legge n. 353 del 1990, non consenta di ritenere che l'efficacia delle sentenze di primo grado aventi natura di accertamento e/o costitutiva sia anticipata rispetto alla formazione della cosa giudicata sulla sentenza e debba, dunque, affermarsi che dette sentenze possono vedere anticipata la loro efficacia rispetto a quel momento soltanto in forza di espressa previsione di legge (come accade, ad esempio, nell'art. 421 c.c.), qualora ad esse acceda una statuizione condannatoria (come, ad esempio, quella sulle spese di una sentenza di rigetto di una domanda), tale statuizione, in forza della riferibilità dell'immediata efficacia esecutiva della sentenza di primo grado a tutte le pronunce di condanna, indipendentemente dalla loro accessoria ad una statuizione principale di accertamento e/o costitutiva, deve considerarsi provvisoriamente esecutiva»; nello stesso senso Cass. 3 agosto 2005, n. 16267, in *Guida dir.*, 2005, 38, 63; Cass. 3 settembre 2007, n. 18512, in *Corriere giur.*, 2008, 350].

Questo recente orientamento si contrappone a quello più restrittivo, che riferisce l'art. 282 esclusivamente alle sentenze di condanna in senso stretto [cfr. Cass. 12 luglio 2000 n. 9236, in *Foro it.*, 2001, I, 159: «La condanna alle spese del giudizio, contenuta nella sentenza di primo grado, può costituire titolo esecutivo a norma dell'art. 474 c.p.c., soltanto nel caso in cui sia accessoria ad una

Infatti, al pari della sentenza di condanna di primo grado (cfr. art. 282 c.p.c.), *pure* i decreti dichiarati esecutivi a norma degli artt. 642 e 648 c.p.c. sono titoli esecutivi (v. art. 474, comma 2°, n. 1, c.p.c.).

Inoltre, al pari della sentenza di condanna di primo grado (v. art. 2818, comma 1°, c.c.) <sup>(16)</sup>, *pure* i decreti dichiarati esecutivi a norma degli artt. 642 e 648 costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale sui beni del debitore (art. 655 c.p.c.) <sup>(17)</sup>.

Orbene, se alla provvisoria esecutorietà *de qua* conseguono i *medesimi effetti* della sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva, la sua pronuncia deve «in positivo» presupporre l'esistenza di una situazione probatoria tale che allo stato degli atti [se, cioè, il giudizio si dovesse concludere nel momento stesso in cui viene data la clausola *ex art. 648* (o quella *ex art. 642*)] giustificerebbe l'accoglimento della domanda dell'attore e la correlativa emissione di una sentenza di condanna del convenuto provvisoriamente esecutiva: vale a dire, l'acquisizione della *prova piena* del fatto costitutivo del diritto vantato dal ricorrente.

---

pronuncia di condanna, provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'art. 282 c.p.c. (oppure per espressa previsione di legge), ma non quando sia conseguente alla decisione di rigetto della domanda oggetto del giudizio»; analogamente Cass. 6 febbraio 1999 n.1037].

Sul tema v., per tutti, G. Balena, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli 1994, 327 ss.

<sup>(16)</sup> «Non occorre che la sentenza sia passata in giudicato o sia esecutiva»: G. Gorla-P. Zanelli, *Pegno e ipoteche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *sub art. 2784-2899*, Bologna-Roma 1992, 284.

In giurisprudenza cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. un., 21 marzo 1967, n. 626, in *Foro it.*, 1967, 1, 696; Cass. 26 gennaio 1996, n. 584, in *Guida dir.*, 2004, 40, 58.

<sup>(17)</sup> Sul decreto ingiuntivo quale titolo ipotecario v. G. Vignera, *Sulla correlazione de iure condito tra efficacia esecutiva ed efficacia ipotecaria del decreto ingiuntivo*, in *Riv. esec. forzata*, 2004, 483 ss.

Sull'ipoteca giudiziale quale effetto secondario della sentenza di condanna v. E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. III, Milano 1976, 145-146: «Oltre agli effetti dichiarativi, costitutivi ed esecutivi ora elencati, che dipendono direttamente dal contenuto della sentenza e che si possono chiamare i suoi effetti principali, la sentenza può avere anche degli effetti secondari, o indiretti, che sono disposti dalla legge come conseguenza immediata e automatica di taluno degli effetti principali. Gli effetti secondari non sono oggetto di domanda delle parti, né di apposita pronuncia, poiché non dipendono da proprie condizioni, né da un'autonoma valutazione, ma seguono *ex lege* al prodursi dell'effetto principale a cui accedono. Esempi: la sentenza di condanna è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore ...».

Nello stesso senso (e forse ancor più chiaramente), v. G. Conso *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1982, 64-65: «E' innegabile che certe conseguenze della sentenza si determinino solo in quanto il giudice si pronunci espressamente in proposito. Questi sono gli effetti principali. Per altri effetti, invece, non occorre né che le parti ne formulino la richiesta né che la sentenza vi faccia riferimento: essi si producono, con una fisionomia precisata in tutte le modalità, sia che il giudice li richiami o no, purchè risulti individuato un certo effetto principale. L'essere previsti in stretta relazione agli effetti principali, quasi un immancabile rovescio della medaglia, è la vera caratteristica degli effetti secondari».

Precisato che non v'è coincidenza tra la nozione di prova legale <sup>(18)</sup> e quella di prova piena <sup>(19)</sup> [o completa, la quale può ben risultare pure da una prova libera: <sup>(20)</sup>], agli effetti *de quibus* la prova completa del credito può essere data:

A) o da uno dei documenti indicati dagli artt. 2699-2720 c.c. [alcuni dei quali, anzi, entro certi limiti costituiscono vere e proprie prove legali: v. specialmente artt. 2700 <sup>(21)</sup> e 2702 <sup>(22)</sup> c.c.];

B) oppure da un documento *ex se* privo (nel giudizio di opposizione) di efficienza dimostrativa [si pensi alla fattura commerciale <sup>(23)</sup> o alla parcella professionale <sup>(24)</sup>], ma integrato dalla non contestazione <sup>(25)</sup>

---

<sup>(18)</sup> La nozione di *prova legale*, infatti, si contrappone a quella di *prova libera*: distinzione riguardante il «modo secondo il quale il giudice può formarsi il proprio convincimento» (G. Verde, voce *Prova in genere (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXVII, Milano 1988, 579 ss., 601).

Più esattamente, per *prova legale* si intende quella vincolante il giudice in ordine all'accertamento di determinati fatti da essa rappresentati (per i diversi vincoli ipotizzabili a carico del giudice, v. L.P. Comoglio, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XIX, Torino 1985, 165 ss., 225 ; Id., *Le prove civili*<sup>2</sup>, Torino, 2004, 8 ss., 11-13, 233-235).

*Prova libera*, invece, vien detta quella rappresentativa di fatti, il cui accertamento è rimesso al prudente apprezzamento del giudice (L.P. Comoglio, *Le prove*, cit., 191-193 ; G. Verde, voce *Prova in genere*, cit., 601).

<sup>(19)</sup> La *prova piena* viene contrapposta all'*argomento di prova*: distinzione riguardante, per così dire, il *quantum* erogabile da ciascun mezzo di prova ai fini dell'accertamento dei fatti controversi.

Per *prova piena* (o prova completa o prova *tout court*) si intende il mezzo di prova idoneo da sé solo (ed anche in contrasto con altri aventi pari dignità) a fondare il convincimento del giudice circa l'esistenza di un determinato fatto (idoneità solitamente riconosciuta alle c.d. prove tipiche: legali o libere che siano); e per argomento di prova, invece, il mezzo di prova privo *ex se* di tale idoneità (cfr. L.P. Comoglio, *Le prove*, cit., 192-193; G. Verde, voce *Prova in genere*, cit., 601-602).

<sup>(20)</sup> V. specificamente L.P. Comoglio, *Le prove*, cit., 192 ; Id., *Le prove civili*, cit., 8-9.

<sup>(21)</sup> L.P. Comoglio, *Le prove*, cit., 260 ss.

<sup>(22)</sup> L.P. Comoglio, *Le prove*, cit., 272 ss.

<sup>(23)</sup> V. Cass. 17 novembre 2003, n. 17371, in *Arch. civ.*, 2004, 1105: «Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo si configura come giudizio ordinario di cognizione e si svolge secondo le norme del procedimento ordinario nel quale incombe, secondo i principi generali in tema di onere della prova, a chi fa valere un diritto in giudizio il compito di fornire gli elementi probatori a sostegno della propria pretesa. Pertanto, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento di forniture, spetta a chi fa valere tale diritto fornire la prova del fatto costitutivo, non potendo la fattura e l'estratto delle scritture contabili, già costituenti titolo idoneo per l'emissione del decreto, costituire fonte di prova in favore della parte che li ha emessi; né è sufficiente la mancata contestazione dell'opponente, occorrendo, affinché un fatto possa considerarsi pacifico, che esso sia esplicitamente ammesso o che la difesa sia stata impostata su circostanze incompatibili con il disconoscimento e, con riferimento al comportamento extraprocessuale, non il mero silenzio, ma atti e fatti obiettivi di conclusione e serietà tali da assurgere a indizi non equivoci idonei, in concorso con altri, a fondare il convincimento del giudice».

<sup>(24)</sup> Cass. 30 luglio 2004, n. 14556, in *Guida dir.*, 2004, 41, 40: «In tema di opposizione a decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento di prestazioni professionali, la parcella corredata dal parere del competente Consiglio dell'Ordine di appartenenza del professionista, mentre ha valore di

e/o dall'ammissione (posta in essere dalla controparte) del credito ivi menzionato;

C) oppure ancora da una pluralità di documenti (contenutisticamente convergenti) aventi *ex se* (cioè: singolarmente considerati) il valore di argomenti di prova.

Per quanto riguarda specificamente questi ultimi, ben sappiamo che la dottrina maggioritaria <sup>(26)</sup> sminuisce il loro valore, assegnando agli argomenti di prova la funzione di semplice strumento di verifica dell'attendibilità delle prove in senso stretto: vale a dire, di elementi sussidiari e integrativi di convincimento, i quali come tali sono insuscettibili di essere valutati in assenza di prove in senso proprio e, conseguentemente,

---

prova privilegiata e carattere vincolante per il giudice ai fini della pronuncia dell'ingiunzione, non ha - costituendo semplice dichiarazione unilaterale del professionista - valore probatorio nel successivo giudizio di opposizione, nel quale il creditore opposto assume la veste sostanziale di attore e su di lui incombono i relativi oneri probatori ex art. 2697 c.c., ove vi sia contestazione da parte dell'opponente in ordine all'effettività ed alla consistenza delle prestazioni eseguite o all'applicazione della tariffa pertinente ed alla rispondenza ad essa delle somme richieste. Al fine, inoltre, di determinare il suddetto onere probatorio a carico del professionista e di investire il giudice del potere-dovere di verificare la fondatezza della contestazione mossa dall'opponente, non è necessario che quest'ultima abbia carattere specifico, essendo sufficiente anche una contestazione di carattere generico».

<sup>(25)</sup> Sulla non contestazione v. per tutti A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995; e B. Ciaccia Cavallari, *La contestazione nel processo civile*, vol. II, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano 1993.

Sui più recenti sviluppi giurisprudenziali in argomento v. M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corriere giur.*, 2003, 1342 ss.; A. Proto Pisani, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, 3143 ss.

<sup>(26)</sup> Per un quadro panoramico delle diverse opinioni sulla nozione di argomento di prova e sulla loro efficacia, v. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 473 ss., di cui però non condividiamo affatto le conclusioni, che sono allineate a quelle di S. Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 819 ss.

Questi autori sostengono che la differenza specifica degli argomenti di prova rispetto alle prove in senso tecnico va ravvisata non già in una loro minore efficacia probatoria, bensì nella loro inidoneità (per quanto persuasivi possano sembrare) a legittimare il giudizio di superfluità nei confronti dell'offerta di ulteriori mezzi istruttori, (giudizio) implicito nei provvedimenti di chiusura dell'assunzione delle prove ex art. 209, ultima parte, c.p.c., e /o di rimessione della causa in decisione ex art. 187, comma 1°, c.p.c.

Codesta ricostruzione a noi pare piuttosto artificiosa, perchè dall'art. 116 c.p.c. (*Valutazione delle prove*) si desume incontrovertibilmente che la differenza tra prove ed argomenti di prova rileva nella fase di decisione della causa e non già in quella di istruzione della stessa (come, invece, erroneamente postula la tesi avversata).

In questa più corretta prospettiva (decisoria), invece, si pongono solitamente la dottrina e la giurisprudenza: i cui principali orientamenti sintetizzeremo tra poco nel testo.

sono *ex se* inidonei a fondare il convincimento del giudice, anche se cumulativamente considerati <sup>(27)</sup>.

A nostro avviso, però, a quella suindicata va preferita la tesi recepita dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, che riconosce sostanzialmente all'argomento di prova un'efficacia analoga a quella assegnata all'indizio ai fini dell'integrazione della prova logico-presuntiva <sup>(28)</sup>: esso, cioè, isolatamente considerato non è idoneo a determinare il convincimento del giudice, ma lo diventa unitamente ad un altro elemento della stessa specie <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> V., per tutti, G.F. RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1036 ss.

Nello stesso senso, per esempio, cfr. Cass., 5 febbraio 2003, n. 1672, in *Foro it.*, 2003, 1, 2106: «La contestazione generica non equivale ad ammissione, da parte del convenuto, della sussistenza dei fatti affermati dall'attore, sicché essa, potendo eventualmente integrare violazione del dovere di lealtà processuale, può essere discrezionalmente valutata, attenendo al contegno della parte nel processo, come semplice argomento di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2°, c.p.c. ed essere utilizzata, in quanto tale, soltanto come elemento aggiuntivo ed integrativo rispetto alle risultanze dei veri e propri mezzi di prova».

<sup>(28)</sup> «L'indizio ... non può acquisire ... l'efficacia di una prova libera per sola forza propria, ma richiede di combinarsi con altri elementi della stessa specie, uniformandosi ai requisiti (di gravità, di precisione e di concordanza) prescritti dall'art. 2729, 1° co, c.c. per l'integrazione di una presunzione semplice»: L.P. Comoglio, *Le prove*, cit., 317-325 ; Id., *Le prove civili*, cit., 480 ss., 490 ss.

<sup>(29)</sup> V. Cass. 22 agosto 2006, n. 18224: «Nel giudizio diretto ad ottenere una sentenza dichiarativa della paternità naturale, l'inidoneità, sancita dall'ultimo comma dell'art. 269 cod. civ., della sola dichiarazione della madre e della sola esistenza di rapporti tra questa ed il preteso padre all'epoca del concepimento a costituire prova della paternità stessa, non è assimilabile al divieto assoluto di utilizzazione di simili dichiarazioni, non potendosi escludere, coerentemente con il disposto del secondo comma dell'art. 116 cod. proc. civ. che il giudice possa utilizzarle, come argomento di prova, al pari di tutti gli altri comportamenti tenuti dalle parti medesime in corso di giudizio, coniugandone il contenuto con altri simili argomenti, così da fondare, sul risultato complessivamente ottenuto in tal guisa, il proprio legittimo convincimento» (nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto che, tra tali ulteriori argomenti, rientra l'ingiustificato rifiuto della parte di sottoporsi ad esami ematologici); analogamente, Cass. 24 marzo 2006, n. 6694; Cass. 17 gennaio 2002, n. 443, in *Giur. imposte*, 2002, 577; Cass. 26 marzo 1997, n. 2700.

Analoga a questa è l'impostazione di E. Grasso, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1254 ss., spec. 1319 ss.

Alla stregua di quanto precede ci pare, invece, del tutto *contra legem* quella giurisprudenza, secondo cui «l'art. 116 c.p.c., che attribuisce al giudice il potere di desumere argomenti di prova dal comportamento processuale delle parti, va inteso nel senso che tale comportamento non solo può orientare la valutazione del risultato di altri procedimenti probatori, ma può anche costituire unica e sufficiente fonte di prova» (così, tra le più recenti, Cass. 16 luglio 2002, n. 10268, in *Arch. civ.*, 2003, 568).

4. - Seguendo le orme di una parte della dottrina <sup>(30)</sup>, alcuni giudici di merito hanno desunto dall'art. 642, comma 2°, c.p.c. la possibilità di concedere l'esecuzione provvisoria ex art. 648, comma 1°, c.p.c. anche «quando il creditore opposto, a prescindere dalla particolare certezza del credito, possa allegare e provare il *periculum in mora* che a lui deriverebbe dal ritardo nella decisione, qualificato dal *fumus boni iuris* del suo diritto» <sup>(31)</sup>.

Una simile conclusione va disattesa, perché rappresenta il portato di una lettura asistemica dell'art. 642 c.p.c. <sup>(32)</sup>.

Infatti:

a) il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora* potrebbero sicuramente giustificare la concessione a favore del creditore di un sequestro conservativo dei beni del debitore (ex art. 671 c.p.c) o di una misura cautelare avente ad oggetto somme di denaro [anticipatoria dell'efficacia esecutiva di una sentenza di condanna: cfr. art. 669 *duodecies* c.p.c. <sup>(33)</sup>];

b) poiché alla clausola di provvisoria esecutorietà conseguono effetti ben più «incisivi» di quelli propri di un provvedimento cautelare, consentendo al creditore *pure* l'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni del debitore (con conseguente deroga a favore del creditore iscritto della *par condicio creditorum*), i presupposti dell'una devono essere logicamente diversi da quelli dell'altra, richiedendosi per la prima un *quid pluris*;

c) codesto *quid pluris* non può inerire al *periculum in mora* perché, qualunque sia la sua «gravità», esso risulterebbe sempre e pienamente eliminato dagli effetti del sequestro conservativo divisati dall'art. 2906 c.c. o della misura cautelare avente ad oggetto somme di denaro (cfr. art. 669 *duodecies* c.p.c.);

d) dovendo, pertanto, il *quid pluris* in discorso riguardare il «grado» di verosimiglianza della pretesa sostanziale dedotta dal creditore, esso deve risolversi (attesa la testé segnalata *identità di effetti* tra il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e la sentenza di condanna

---

<sup>(30)</sup> A. Proto Pisani, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 290 ss., 303 ss.

<sup>(31)</sup> Così Trib. Catania 31 agosto 1992, già ricordata alla nota 12. Analogamente, Pret. Vercelli 25 novembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 535.

<sup>(32)</sup> Per l'irrelevanza del *periculum in mora* agli effetti ex art. 648 c.p.c. v. Trib. Vercelli 18 aprile 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 2535 (da noi estesa); A. Valitutti-F. De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 321 ss.

<sup>(33)</sup> Per un riesame critico delle vetuste opinioni postulanti un'incompatibilità tra tutela cautelare e procedimento monitorio, v. G. Frus, *Pendenza della lite, tutela cautelare e procedimento monitorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 557 ss.

provvisoriamente esecutiva) in quella situazione di certezza allo stato degli atti, di cui abbiamo sopra parlato;

e) (anche) per la concessione della provvisoria esecutorietà *ex art.* 642, comma 2°, c.p.c., quindi, non è sufficiente una qualunque «prova scritta» *ex artt.* 634-636 (legittimante di per sé soltanto la pronuncia del decreto ingiuntivo), essendo invece necessaria la presenza di una *prova piena* del fatto costitutivo del dedotto credito;

f) il *periculum in mora* richiesto dal predetto art. 642 serve soltanto a giustificare l'*anticipazione* nella fase monitoria (che si svolge *inaudita altera parte*) di una pronuncia postulante la fase processuale (di opposizione) svolgentesi nel contraddittorio delle parti [nel cui esclusivo ambito è possibile la valutazione (anche) del «grado» di fondatezza delle eventuali eccezioni del debitore]: di tal che risulta incongruo riferirsi a quel *periculum* per l'individuazione dei presupposti di una pronuncia istituzionalmente propria del giudice dell'opposizione.

5. - Alla luce di quanto precede, quindi, all'ordinanza concessiva della provvisoria esecutività *ex art.* 648, comma 1°, c.p.c. va senz'altro riconosciuta la natura di condanna con riserva.

I suoi presupposti, infatti, vanno individuati esclusivamente:

a) nella circostanza che il fatto costitutivo del diritto vantato dalla parte opposta risulti allo stato «supportata» (non da un semplice *fumus boni iuris*, ma) da una *prova piena* e, come tale, idonea a consentire senz'altro allo stato degli atti l'accoglimento della sua domanda;

b) nella circostanza («eguale e contraria» alla precedente) che le eccezioni di rito e/o di merito della parte opponente non siano fondate su prova scritta o di pronta soluzione;

c) nel fatto che «non sussistono gravi motivi in contrario» [requisito, codesto, desumibile dalla natura discrezionale del potere *de quo* <sup>(34)</sup> e/o da un'applicazione analogica dell'art. 665, comma 1°, c.p.c. <sup>(35)</sup>].

---

<sup>(34)</sup> Così, sostanzialmente, E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 183 («Il potere attribuito al giudice istruttore dall'art. 648, primo comma, ha carattere discrezionale; quando l'opposizione non sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione, il giudice istruttore deve perciò valutare l'opportunità di una esecuzione provvisoria del decreto ed astenersi dall'autorizzarla, quando vi sia pericolo che l'opponente non sia in grado di conseguire la restituzione di quanto non fosse in realtà debitore, o che l'esecuzione gli provochi comunque un danno irreparabile»).

L'esistenza di codesto presupposto è sostanzialmente ammessa pure da G. Scarselli, *La condanna con riserva*, cit., 573, secondo cui la condanna con riserva non dovrebbe essere mai pronunciata, allorché nella difesa dell'opponente siano configurabili «i requisiti che legittimerebbero

Mette conto, infine, rimarcare che la natura di condanna con riserva è stata in alcune recenti pronunce di legittimità riconosciuta al decreto ingiuntivo *tout court* (*id est*: anche non provvisoriamente esecutivo *ex artt.* 642 o 648 c.p.c.)<sup>(36)</sup>.

---

l'emanazione di un provvedimento cautelare in favore del debitore (perché la difesa, per quanto di lunga indagine, appare, secondo una delibazione sommaria, verosimilmente fondata – *fumus boni iuris* –, e perché l'emanazione di una condanna con riserva provvisoriamente esecutiva recherebbe al debitore grave e irreparabile danno – *periculum in mora* –): ricostruzione contenutistica dei gravi motivi *de quibus*, codesta, che condividiamo senz'altro.

<sup>(35)</sup> *Contra* A. Valitutti-F. De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 323-324: «le ragioni di mero fatto avanzate dal debitore (i gravi motivi ostativi) non sembrano poter ricevere tutela, soprattutto dinanzi alla prova della sussistenza del buon diritto del creditore. In altri termini, quand'anche al debitore potesse derivare un grave – o finanche un gravissimo – danno dalla esecuzione provvisoria, non si rinviene alcun valido motivo in punto di diritto per negare quest'ultima e non consentire l'anticipazione della soccombenza, ove il creditore abbia provato, nei sensi suddetti, di aver ragione».

Con tali parole, però, gli autori obliterano la discrezionalità del potere in discorso e ... cadono pure in contraddizione con una loro precedente affermazione («l'ordinanza di esecuzione provvisoria ha natura sostanzialmente analoga a quella dell'ordinanza provvisoria di rilascio»: così a pag. 323), che avrebbe giustificato *in subiecta materia* l'applicazione analogica dell'art. 665, comma 1°, c.p.c.

<sup>(36)</sup> V. Cass. 11 maggio 2005, n. 9876, in *Giur. it.*, 2006, 1670: «In tema di effetti del giudizio di rinvio sul giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, qualora alla pronuncia del decreto sia seguita opposizione, questa sia stata accolta, e la sentenza di merito sia stata a sua volta cassata con rinvio dalla Corte di Cassazione, alla mancata riassunzione del giudizio in sede di rinvio consegue non già l'estinzione dell'intero procedimento, giusta il disposto dell'art. 393 c.p.c., bensì l'applicazione della specifica disciplina di cui al successivo art. 653 c.p.c., a mente del quale in caso di estinzione del processo di opposizione 'il decreto che non ne sia già munito acquista efficacia esecutiva', che ripone la sua ragion d'essere nella *natura di condanna con riserva del decreto d'ingiunzione*, sicché all'estinzione del procedimento di rinvio per mancata riassunzione consegue l'efficacia esecutiva del decreto medesimo. Né può verificarsi la prescrizione del diritto (ove dall'inizio del procedimento monitorio sia trascorso il tempo necessario per la prescrizione), mettendo nel nulla l'effetto sospensivo permanente previsto dall'art. 2945 c.c., atteso che per il disposto della norma citata (allo stesso modo di quanto statuito dall'art. 338 c.p.c. nel caso di estinzione del giudizio d'appello e passaggio in giudicato della sentenza impugnata) l'estinzione del processo consuma il diritto d'opposizione e non incide sul decreto opposto» (corsivo aggiunto).

Analogamente Cass. 25 marzo 2003, n. 4378, in *Arch. civ.*, 2004, 126.

Ricordiamo che Cass. 15 maggio 2007, n. 11095, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1854, a séguito di una completa ricostruzione sistematica della struttura del giudizio di rinvio e dei rapporti intercorrenti tra le diverse norme processuali in tema di estinzione, ha letteralmente «disintegrato» le conclusioni prospettate (con una superficialità sconcertante!) nelle due superiori pronunce, enunciando il seguente principio di diritto: «In tema di effetti del giudizio di rinvio sul giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, qualora alla pronuncia del decreto sia seguita opposizione e questa sia stata accolta, e successivamente la sentenza di merito sia stata a sua volta cassata con rinvio dalla Corte di cassazione, nel caso in cui il processo non sia stato riassunto in termine non deve trovare applicazione il disposto dell'art. 653 c.p.c. a mente del quale a séguito dell'estinzione del processo di opposizione 'il decreto che non ne sia munito acquista efficacia esecutiva', ma il disposto dell'art. 393 c.p.c., alla stregua del quale alla mancata riassunzione del giudizio in sede di rinvio consegue l'estinzione dell'intero procedimento e, quindi, l'inefficacia anche del decreto ingiuntivo opposto».

Codesta generalizzazione, nondimeno, non è affatto corretta perché il decreto ingiuntivo può essere emesso anche sulla base di documenti *non* aventi efficacia probatoria piena <sup>(37)</sup>: «requisito costante (ma non sufficiente) della condanna con riserva» in senso tecnico, viceversa, è proprio la *prova piena* dei fatti costitutivi <sup>(38)</sup>.

---

Sulle diverse questioni che hanno diviso la dottrina in sede di interpretazione dell'art. 393 c.p.c. v., esemplificativamente, V. Andrioli *Il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, 279 ss.; E. Fazzalari *Il giudizio civile di cassazione*, Milano 1960, 175 ss.; F. Mazzarella, *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Padova 1994, 98; E.F. Ricci *Il giudizio civile di rinvio*, Milano 1967, 67 ss., 230 ss.; S. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1973, 436.

<sup>(37)</sup> Si pensi ad alle fatture commerciali (v. Cass. 17 novembre 2003 n. 17371, in *Arch. civ.*, 2004, 1105) o alle parcelle professionali corredate dal parere espresso dal competente Consiglio dell'ordine di appartenenza del professionista emittente (cfr. Cass., 30 luglio 2004, n. 14556, in *Guida al diritto*, 2004, 41, 40).

<sup>(38)</sup> V., per tutti, G. Scarselli, *La condanna con riserva*, cit., 400 ss.