



TRIBUNALE DI NAPOLI, SEZ. V., ord. 13 luglio 2020; G. es. M. CICCARELLI, R.G.E. 3191/2020; In. s.r.l. c. Consorzio F. e T. s.p.a. e T.M.E. s.p.a.

Opposizione a precetto – Opposizione all’esecuzione - Istanza di sospensione dell’efficacia esecutiva e dell’esecuzione – Rapporti – Consumazione – Prevalenza istanza proposta in sede di opposizione a precetto (Cod. proc. civ., art. 615, 624)

Una volta proposta l’istanza di sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo dinanzi al giudice dell’opposizione al precetto, la parte consuma interamente il suo potere processuale e pertanto non può più adire al medesimo fine il giudice dell’esecuzione, neppure se l’altro non si sia ancora pronunciato. La consumazione, tuttavia, non si verifica se e nella misura in cui in sede di opposizione all’esecuzione il debitore invochi motivi diversi da quelli originariamente fatti valere in sede di opposizione a precetto.

Surrogatoria – Sentenza di accoglimento – Azione esecutiva fondata sulla sentenza – Inerzia del titolare del diritto – Persistenza – Necessità – Notifica atto di precetto – Inidoneità a far venir meno l’inattività – Azione esecutiva – Idoneità (Cod. civ., art. 2900)

L’esercizio, da parte del creditore dell’azione esecutiva in via surrogatoria presuppone la persistenza dei presupposti previsti dalla legge, e in particolare la perdurante inattività del titolare nell’esercitare i propri diritti. Tale inattività non viene meno qualora il titolare abbia notificato al proprio debitore atto di precetto, se non abbia poi dato corso anche all’azione esecutiva, unica attività in grado di manifestare la volontà di rendere fruttuoso il titolo ed il diritto di credito ivi cristallizzato.

FEDERICO RUSSO

L’esecuzione forzata iniziata dal creditore surrogante ex art. 2900 c.c. e la sua sospensione: brevi note a margine di Trib. Napoli, ord. 13 luglio 2020

1. Il caso affrontato dal Tribunale. - 2. La simultanea proposizione dell’opposizione a precetto e all’esecuzione iniziata: il nodo della c.d. “consumazione” del potere di chiedere la sospensione davanti al giudice dell’esecuzione. - 3. La legittimazione surrogatoria del creditore surrogante: la necessaria persistenza dell’inerzia ex art. 2900 c.c. 4. La carenza (originaria) della legittimazione surrogatoria del creditore procedente (surrogante) e l’irrelevanza della condotta del creditore (“inerte”) surrogato di avvalersi dell’esecuzione intrapresa.

1. Il caso affrontato dal Tribunale. - Nella vicenda in commento – per come si ricava dalla sintetica ricostruzione contenuta nell’ordinanza – due creditori surroganti, T. s.p.a. e T.M.E. s.p.a., avevano vittoriosamente esperito un’azione ex art. 2900 cod. civ. Avevano in particolare ottenuto, a beneficio del loro debitore, creditore surrogato “inerte” (Consorzio F.), la condanna al pagamento di taluni crediti da questo vantati nei confronti di terzi (tra i quali, In. s.r.l.).



All'esito del giudizio di cognizione, Consorzio F. (creditore inerte, surrogato nel processo di cognizione) notificava atto di precetto contro uno dei suoi debitori, In. s.r.l., ma non procedeva a dare successivamente inizio all'esecuzione forzata. Si surrogavano, pertanto, anche nell'azione esecutiva T. s.p.a. e T.M.E. s.p.a. notificando atto di precetto prima e successivo pignoramento presso terzi poi a In. s.r.l.

Prima dell'inizio dell'esecuzione forzata, tuttavia, il creditore surrogato, precedentemente inerte, aveva stipulato con i debitori un accordo transattivo, avente ad oggetto i rapporti obbligatori discendenti dalla sentenza (accordo al quale, però, non aveva partecipato il debitore escusso In s.r.l.).

Il debitore escusso In s.r.l. proponeva a questo punto opposizione a precetto prima e, a seguito dell'inizio dell'esecuzione forzata, anche opposizione all'esecuzione, chiedendo in ambedue le sedi rispettivamente la sospensione dell'efficacia esecutiva e dell'esecuzione forzata. Nel giudizio di opposizione all'esecuzione (iniziata), si costituiva anche il creditore "inerte" surrogato Consorzio F., dichiarando di volersi avvalere dell'azione esecutiva promossa dai suoi creditori in surroga.

Il provvedimento in commento è, appunto, l'ordinanza emessa dal giudice dell'esecuzione all'esito della fase c.d. *camerale*¹ nel giudizio di opposizione all'esecuzione iniziata. Con esso il giudice ha ritenuto essere venuto meno il requisito dell'inerzia, condizione per l'esercizio in via surrogatoria (anche) dell'azione esecutiva. Pertanto, ha sospeso la procedura esecutiva (dopo avere ribadito, sia pure *incidenter tantum* e al fine di liquidare le spese, il carattere latamente cautelare della fase svolta davanti al giudice dell'esecuzione)².

2. *La simultanea proposizione dell'opposizione a precetto e all'esecuzione iniziata: il nodo della c.d. "consumazione" del potere di chiedere la sospensione davanti al giudice dell'esecuzione.* - L'ordinanza in commento offre lo spunto per riesaminare due tematiche, afferenti l'esecuzione forzata, di grande rilievo teorico e pratico.

La prima costituisce una delle numerose sfaccettature in cui si scompone la problematica della coesistenza nel nostro ordinamento di "due opposizioni", rispettivamente a precetto e all'esecuzione forzata iniziata; in particolare, viene in rilievo nella pronuncia annotata il nodo della proposizione cumulativa dei due strumenti di tutela, e – nell'ambito di ognuno di essi – dell'istanza di sospensione dell'esecuzione / dell'efficacia esecutiva del titolo³.

¹ L'assoggettamento alle norme sui procedimenti in camera di consiglio (art. 737 ss. c.p.c.) della fase dinanzi al giudice dell'esecuzione è sancita dall'art. 185 disp. att. c.p.c. Si vedano, di recente, le osservazioni di MERCURIO, *La struttura bifasica delle opposizioni endoesecutive. La errata introduzione con riguardo al «salto» della fase sommaria*, in *Giusto proc. civ.*, 2/2020, 601 - 636. In giurisprudenza, la natura bifasica dell'opposizione all'esecuzione iniziata è stata ribadita, *ex plurimis*, da Cass. 11 ottobre 2018, n. 25170 e da Cass. 17 ottobre 2019, n. 26285, su cui *infra*.

² Sull'applicabilità della condanna alle spese nell'ordinanza emessa all'esito della fase camerale delle opposizioni esecutive, al fine di evitare che la parte – vittoriosa nella prima fase – sia costretta a coltivare il giudizio di merito al solo fine di ottenere la relativa condanna, v. Cass. 24 ottobre 2011, n.22033. Cfr., per tutti e senza pretese di completezza, ORIANI, *La sospensione dell'esecuzione, (sul combinato disposto degli artt. 615 e 624 c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2006, 220 e 224 nonché, per una rassegna, MERCURIO, *La struttura bifasica delle opposizioni endoesecutive.*, *cit.*, 607.

³ Sulla sospensione dell'esecuzione in generale, v. BARRECA, *La riforma della sospensione del processo esecutivo e delle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Riv. es. forz.*, 2006, 653; BATTAGLIA, *Spunti per una sistemazione dei rimedi sospensivi nell'esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2013, 558 ss.; BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*. Torino, 1990, 339; BUCOLO, *La sospensione dell'esecuzione*, Milano, 1972; CAPPONI, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2009, 389 ss.; ID, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, V ed., Torino, 2017, 481 ss.; ID, *Misure interinali contro l'esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 611 ss.; COSSIGNANI, L'art. 624 c.p.c. dopo la L. n. 69/2009: i nuovi interrogativi e le



Il Tribunale, in particolare, dichiara di condividere l'orientamento espresso dalla Suprema Corte⁴, secondo cui l'opposizione a precetto sarebbe un rimedio del tutto sovrapponibile all'opposizione all'esecuzione iniziata. Da tale, condivisibile, premessa trae però la conclusione (sempre richiamando Cass. 26285/2019) secondo cui, pur essendo libera la parte di proporre la doppia opposizione - sia avverso il precetto che, successivamente, dinanzi al giudice dell'esecuzione -, la proposizione dell'istanza inibitoria dinanzi al giudice dell'opposizione pre-esecutiva *consumerebbe* il suo potere processuale; con la conseguenza che il debitore non potrebbe «più adire al medesimo fine il giudice dell'esecuzione» (ossia, al fine di chiedere la sospensione dell'esecuzione), neppure se il giudice dell'opposizione a precetto non si fosse ancora pronunciato.

In un mio scritto di alcuni anni fa⁵ avevo sostenuto la necessità di ricondurre ad unità le due opposizioni contenute nell'art. 615 c.p.c., evidenziando come l'apparente diversificazione dei due rimedi fosse la conseguenza, probabilmente non ponderata dai *conditores*, dell'istituzione del *giudice dell'esecuzione* ad opera del codice del 1942⁶, della successiva evoluzione giurisprudenziale circa la non concedibilità, in sede di opposizione di cui al primo comma dell'art. 615 c.p.c., dell'inibitoria, e della riforma del 2005-2006 (con i paralipomeni del 2009). In particolare, una volta creata nel 1942 la nuova figura – sconosciuta al codice Pisanelli – era apparso logico fare indirizzare ad essa le opposizioni avverso le esecuzioni forzate già iniziate. In questo modo, però, si era immediatamente posto il nodo dell'opposizione a precetto: quella che interviene in una fase in cui tale giudice, ancora, non è stato designato. Tra le due opzioni possibili – eliminare in radice l'opposizione a precetto, ovvero mantenerla, indirizzandola però ad un diverso organo giudicante – il legislatore si era orientato per la seconda, dando luogo, probabilmente in modo involontario, ad un artificioso sdoppiamento dell'istituto. Tale duplicazione era stata poi amplificata dapprima dalle reticenze della giurisprudenza ad ammettere, nell'opposizione di cui al primo comma dell'art. 615 c.p.c., la possibilità di sospendere

questioni irrisolte, in *Giur. it.*, 2014, 1035; CIRULLI, *La sospensione del processo esecutivo*, Milano, 2015; FURNO, *La sospensione del processo esecutivo*, Milano, 1956; LONGO, *La sospensione nel processo esecutivo, in L'esecuzione forzata riformata, a cura di Miccolis e Perago*, Torino, 2009, 643 ss.; LONGO, *Contributo allo studio della sospensione nel processo esecutivo*, I, Pisa, 2018; LUISO, *Sospensione dell'esecuzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993; MICCO, *La sospensione del processo esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2007, 291 ss; METAFORA, *Sospensione dell'esecuzione, in Dig. civ., Agg. II*, Torino, 2007, 1224 ss.; MERCURIO, *La struttura bifasica delle opposizioni*, *cit.*, 602-636; ORIANI, *La sospensione dell'esecuzione*, *cit.*, *ibidem*; RUSSO, *La sospensione del processo esecutivo*, Roma, 2012; TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, Padova, 2009, 305 ss.; VELLANI, *La sospensione dell'esecuzione*, II ed., Torino, 2017.

⁴ Cass. 17 ottobre 2019, n. 26285, in *Judicium* (24 ottobre 2019), con nota di CAPPONI, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata: istruzioni per l'uso nell'interesse della legge*; e *ID.*, *Postilla* (5 novembre 2019); in *Ilprocessocivile.it*, fasc. 9, (9 dicembre 2019), con nota di METAFORA, *Un utile (?) vademecum della Cassazione su litispendenza, opposizioni esecutive e sospensione dell'esecuzione; in Inexecutivis*, con nota di ZINGALES, *Opposizioni esecutive ex art. 615 cod. proc. civ. e litispendenza: osservazioni, a primissima lettura, a Corte Cass.*, Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26285, (4 novembre 2019). La decisione della Suprema Corte si pone in linea di continuità con la precedente (pure questa ex art. 363 c.p.c., anche se, stavolta, su richiesta del Procuratore Generale): Cass. sez. un. 23 luglio 2019, n. 19889 in *Judicium* con nota (tra gli altri) di CIRULLI, *L'ircervo*, (30 luglio 2019); di CAPPONI, *Per le Sezioni Unite la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, pronunciata dal giudice dell'opposizione a precetto, è reclamabile ...perché così pensano le Sezioni Unite*, (26 luglio 2019); nonché in *Inexecutivis*, con nota di ZINGALES, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti sospensivi ex art. 615, 1° comma, c.p.c.*, (31 dicembre 2019).

⁵ F. RUSSO, *La reclamabilità del provvedimento di sospensione ex art.615 1° comma. c.p.c. (un curioso caso di diplopia processuale)*, in *Giusto proc. civ.*, 3/2016, 801-825.

⁶ Che era poi la conclusione di S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, IV ed., Torino, 1963, 254: «Avendo il legislatore creato il giudice dell'esecuzione, e avendo posto come termine iniziale dell'esecuzione il pignoramento, gli si presentava il problema della sospensione prima che il giudice stesso fosse nominato e l'esecuzione iniziata». È noto che Satta aveva tentato di superare il problema, ricavando, in via interpretativa, la sospensione in caso di opposizione a precetto direttamente dall'art. 623 c.p.c., nella parte in cui prevede la possibilità che l'efficacia esecutiva del titolo venga sospesa dal giudice dinanzi al quale esso è impugnato. La tesi, però, trovava un grosso ostacolo nella formulazione letterale dello stesso art. 623, che non sembra volere introdurre nuove forme di sospensione, ma semplicemente richiamare le varie inibitorie previste da altre norme speciali. La tesi di Satta, comunque, ove correttamente recepita, avrebbe consentito di dimezzare il numero dei processi di opposizione, senza la necessità di far ricorso ai – successivamente inflazionati – principi, della ragionevole durata del processo (v. *infra*, anche note 10 e 11).



l'esecuzione minacciata col precetto⁷, e successivamente dalla riforma del 2005-2006. Questa, in particolare, nel ridisegnare la struttura stessa del procedimento di opposizione e della relativa fase destinata alla pronuncia sulla sospensione da una parte, e dall'altra nell'ammettere la sospensione in caso di opposizione a precetto, aveva utilizzato un lessico e, di rimando, richiamato un impianto concettuale che finiva con l'accomunare la sospensione di cui al primo comma alle inibitorie e alle sospensioni concedibili dal giudice dell'impugnazione in senso lato del titolo (*in primis*, l'art. 283 c.p.c., ma anche gli artt. 373, 401, 407, 431, 649 e 668 quarto comma c.p.c.). Il che pareva tradire una *deviazione* sistematica dell'opposizione a precetto: da forma, speciale e anticipata, di opposizione all'esecuzione a giudizio autonomo, diretto all'accertamento negativo del diritto presupposto nel precetto.

Sempre in quello scritto mi ero interrogato sulla *dissonanza* di tale *duplicazione* rispetto alla contemporanea tendenza, del legislatore come della giurisprudenza, di ridurre, ai limiti della violazione dell'art. 24 Cost., il numero dei giudizi possibili⁸. Avevo auspicato, in chiusura, un intervento del legislatore diretto a risolvere questa inutile moltiplicazione di azioni, riconducendo ad unità le due opposizioni previste dall'art. 615 c.p.c.⁹

Successivamente, appunto, era intervenuta la Cassazione con la decisione invocata dall'ordinanza in commento. Il giudice di legittimità, in particolare, aveva tentato di ricondurre *forzatamente* ad unità le due opposizioni, almeno sotto il profilo dell'istanza di sospensione, individuando il principio – inesistente nel diritto positivo – che la proposizione dell'istanza di sospensione in sede di opposizione a precetto “consumerebbe” il potere della parte di chiedere successivamente, qualora l'esecuzione iniziasse, anche la sospensione dinanzi al giudice dell'esecuzione.

Si tratta di una soluzione che, in estrema sintesi, non risulta accettabile: a prescindere dalla problematica dell'esistenza di una generalizzata categoria di «sospensioni esterne», cui sarebbe riconducibile la sospensione *ex art.* 615 comma

⁷ Sull'orientamento che escludeva, sulla base della disciplina previgente, la possibilità di chiedere, in sede di opposizione a precetto, l'inibitoria, v. *ex plurimis*, in giur.: Cass. 8 febbraio 2000 n. 1372; Cass. 9 novembre 1973, n. 2496. In dottrina v. ALLORIO, *Sospensione dell'esecuzione per consegna o rilascio*, in *Giur. it.*, 1946, I, 111; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. III, Napoli, 1964, 381. La tesi dell'ammissibilità della sospensione era stata affermata da SATTA – PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, 876 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1966, 500 ss. Cfr. anche MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, III ed., Padova, 2004, 1077 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. III, Milano, 1957, 315 ss.

⁸ V., per tutti, le osservazioni di VOLPINO, *Mauro Cappelletti e le riforme della giustizia civile (spunti minimi per un'attuazione dell'iconoclastia)*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 791 ss.

⁹ In sintesi, la mia proposta era di 1) *rendere coerente* la terminologia utilizzata nella disciplina delle sospensioni previste dall'art. 615 c.p.c., prevedendo che la sospensione riguardasse sempre l'esecuzione iniziata o minacciata con l'atto di precetto; 2) prevedere che l'opposizione introdotta prima dell'inizio dell'esecuzione forzata dovesse essere disciplinata dal procedimento sommario di cognizione *ex artt.* 702 *bis* ss. c.p.c. (con esclusione, analogamente a quanto disposto dall'art. 3 del d.lgs. 150/2011, dell'applicabilità dei commi secondo e terzo dell'art. 702 *ter* c.p.c., e con previsione della possibilità, da parte del giudice, di anticipare il provvedimento di sospensione con *decreto inaudita altera parte*); 3) prevedere espressamente il reclamo come strumento generalizzato di controllo del provvedimento sospensivo; 4) escludere espressamente l'effetto estintivo dell'esecuzione (eventualmente nelle more iniziata) nei casi di opposizione a precetto, opposizione agli atti esecutivi, sospensione disposta per la prima volta dal giudice del reclamo, e in tutti i casi in cui il giudice dell'esecuzione si limitasse a prendere atto dell'intervenuta sospensione dell'esecuzione o dell'efficacia esecutiva del titolo disposta dal giudice dinanzi al quale questo è impugnato o opposto: RUSSO, *La reclamabilità del provvedimento di sospensione*, cit., 823-824.



primo c.p.c.¹⁰, il principio della *consumazione* in parola, semplicemente, *non esiste*¹¹; pertanto il giudice (e a maggior ragione la Cassazione, anche nell'esercizio della sua – spesso controversa - funzione “*nomofilattica*”) non può sostituirsi al Potere legislativo, neppure per rimediare a errori e ridondanze generati da infelici scelte normative; pena il sovvertimento del principio costituzionale di separazione dei poteri¹².

Seguendo l'orientamento criticato, a ben vedere, la domanda latamente cautelare di sospensione acquisisce un'efficacia preclusiva di *ne bis in idem* superiore a quella della stessa domanda sul merito dell'opposizione stessa (la Cassazione non dubita che sia possibile, dopo avere proposto l'opposizione *ex art. 615 comma primo c.p.c.*, proporre anche quella di cui al secondo comma), di *ogni altra domanda “camerale”*, e perfino di ogni altra domanda introdotta in qualsivoglia giudizio a cognizione piena. Neppure il meccanismo della litispendenza nel processo di cognizione, infatti,

¹⁰ Definizione e inquadramento sistematico che, a dire il vero, avevo sostenuto – sia pure come *sgradita* conseguenza della contorta evoluzione della disciplina delle sospensioni all'esecuzione a seguito della riforma del 2005-2006 – in RUSSO, *La sospensione del processo esecutivo*, cit., in part. pag. 97 ss. e in ID., *La reclamabilità del provvedimento di sospensione*, cit., in part. 810, e che sono stati recepiti dalla Suprema Corte nella decisione 26285/2019. In senso decisamente critico: CAPPONI, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata*, cit., *ibidem*, sul rilievo che la sospensione *ex art. 615 comma primo c.p.c.* non rientrerebbe tra le sospensioni disposte dal giudice dinanzi al quale è impugnato il titolo previste dall'art. 623 c.p.c., in quanto: a) tale inquadramento non avrebbe alcun senso, in quanto essa sarebbe disciplinata dall'art. 615 c.p.c. (che, altrimenti, sarebbe privo di significato); b) il potere del giudice dell'opposizione a precetto, sulla base del dato letterale, sarebbe limitato alla sola *inibitoria* dell'efficacia esecutiva del titolo, mentre il potere del giudice dell'impugnazione (cfr., es., l'art. 283 c.p.c.) sarebbe esteso anche alla sospensione dell'esecuzione iniziata, potere invece, nelle opposizioni, riservato al solo giudice dell'esecuzione.

¹¹ Il passo in questione della motivazione di Cass. 26285/2019 è il seguente: «[...] infatti, indirizzando la propria istanza al giudice dell'opposizione a precetto, ha oramai consumato il proprio potere processuale, in ossequio del principio “*electa una via, non datur recursus ad alteram*”, che costituisce espressione dell'esigenza interna al sistema processuale di scongiurare tutte le ipotesi che possano dar luogo alla pronuncia di provvedimenti contrastanti. D'altronde, anche i principi del “giusto processo” e della “ragionevole durata”, di cui all'art. 111 Cost., comma 1 e 2, impongono che siano preferite le soluzioni interpretative che, secondo un criterio di economia processuale, evitino il compimento di attività processuali duplicate e potenzialmente foriere di generare contrasti interni al medesimo processo». Si vedano, al riguardo, le esatte osservazioni di CAPPONI, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata: istruzioni per l'uso nell'interesse della legge*, in *Judicium*, (24 ottobre 2019), il quale evidenzia, con una marcata ironia, l'abuso – nelle sentenze della Corte di legittimità – del richiamo ai principi «del giusto processo e della ragionevole durata (ormai non c'è sentenza di legittimità che non li richiami), i quali “impongono che siano preferite le soluzioni interpretative che, secondo un criterio di economia processuale, evitino il compimento di attività processuali duplicate e potenzialmente foriere di generare contrasti interni al medesimo processo” (§ 9.4., in fine)». Siffatti principi vengono quasi sempre invocati per giustificare soluzioni interpretative che vanno ben al di là della legge e dei limiti del controllo di legittimità consentito dall'Ordinamento a ogni giudice, inclusa la Cassazione. Non a caso, l'Autore definisce – con *vis polemica* – Cass.26285/2019 «nomopoietica più che nomofilattica». V. anche *infra*, nota 12.

¹² P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, Torino 1920, 38-40: «...la norma, che fa obbligo al giudice di giudicare secondo la legge, è una norma di diritto costituzionale che regola i rapporti fra la funzione giurisdizionale e la funzione legislativa (...) il giudice, quando trasgredisce al suo dovere di giudicare secondo la legge, non solo incorre nella violazione (inesecuzione) di un precetto giuridico a lui indirizzato, ma addirittura commette un eccesso di potere, che lo porta a comandare in veste di giudice al di là dei confini entro i quali è contenuto il potere di comando di ogni giudice». Il passo è stato recentemente riproposto, tra gli altri, da MONTELEONE, “*Giudizio di fatto e giudizio di diritto*” nel ricorso alla Cassazione civile, in corso di pubblicazione 2021. Sulla nomofilachia, senza pretese di completezza, v. anche di recente CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *Judicium* (6 aprile 2020); nonché AULETTA, *Sulla dubbia «opportunità» e i limiti certi della pronuncia d'ufficio ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c. («ovvero quali siano le conseguenze della mancata apposizione della formula esecutiva sul titolo notificato al debitore»)*, in *Judicium* (8 luglio 2019); CARRATTA, *Il P.M. in cassazione «promotore» di nomofilachia*, in *Giur. it.*, 2018, 806-809; ID., *L'art. 360 bis c.p.c. e la nomofilachia «creativa» dei giudici di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2011, 885-889; CONSOLO, *La base partecipativa e la aspirazione alla nomofilachia*, in *Corr. giur.*, 2019, 1567 ss.; ID., *I contrasti di giurisprudenza e la nomofilachia*, in *Rass. For.*, 2014, 621 ss.; COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 646 ss.; DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, 385 ss.; FORNACIARI, *C'era una volta la nomofilachia: niente sezioni unite per le questioni specificamente lavoristiche (o tributarie)*, in *Judicium* (25 febbraio 2013); MICCOLIS, *Nomofilachia, Sezioni Unite e questione di “particolare importanza”*, in *Questione Giustizia* (3 novembre 2020); SASSANI, *Legittimità, “nomofilachia” e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in *Judicium* (10 aprile 2013); ID., *Il mestiere di “processualista” tra G.O.T., “nomofilachia” e suicidio legislativo assistito. Che fine ha fatto il “diritto” processuale*, in *Judicium* (6 maggio 2013); ID., *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 43 ss. e in *Judicium* (3 giugno 2019); SCARPA, *Nomofilachia codificata e supremazia dei precedenti*, in *Judicium* (2 marzo 2021); E. SCODITTI, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»*, in *Foro it.*, 2019, V, 415 ss.; ZIINO, *Nomofilachia e correzione di ufficio delle sentenze della Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2/2020.



è così assoluto, dal momento che in caso di proposizione di cause identiche dinanzi allo stesso ufficio giudiziario, la soluzione prescelta dal codice è quella della *semplice* riunione *ex art. 273 c.p.c.*¹³ Il tutto, anche a non tenere conto della perplessità ulteriore che suscita la soluzione di non far decorrere la “consumazione” (almeno) dalla data dell’eventuale pronuncia di uno dei due giudici sulla sospensione, ma addirittura dalla proposizione della relativa istanza; pure se il giudice adito per primo (o, secondo la Cassazione, il giudice dell’opposizione a precetto) non si fosse ancora pronunciato¹⁴.

Il Tribunale di Napoli, ad ogni modo, pur aderendo al discutibile principio enunciato dalla Cassazione, supera *l’impasse* evidenziando che, nel caso concreto, non vi era identità quanto all’oggetto delle due opposizioni, se non limitatamente a una censura (l’unica proposta in sede di opposizione a precetto e riproposta in sede di opposizione all’esecuzione unitamente, però, ad altre domande, integralmente nuove). Premesso quanto sopra circa l’inaccettabilità “a monte” della soluzione della *consumazione*, la soluzione adottata “a valle” dal giudice partenopeo si mostra, quantomeno, di buon senso e ha consentito al giudice di esaminare l’istanza di sospensione sotto il profilo della sua fondatezza.

¹³ In effetti, l’applicazione del meccanismo della riunione (ovvero, della litispendenza o, qualora le due domande non fossero identiche, a mio giudizio anche della continenza o della connessione) dell’opposizione a precetto e del c.d. “giudizio di merito” instaurato nell’opposizione di cui al secondo comma dell’art. 615 c.p.c., una volta esaurita la fase camerale davanti al giudice dell’esecuzione, pare essere la soluzione naturale più logica, per coordinare le due opposizioni previste dalla norma. La soluzione è, del resto, fatta propria dalla stessa citata Cass. 26285/2019 (la quale, si noti, enunciò il principio di diritto nell’interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.*, dopo avere dichiarato inammissibile il ricorso). La stessa S.C., del resto, ha cura di precisare che in caso di riunione, l’eventuale problema di rito, sussistente in uno dei due giudizi, non può precludere al giudice l’esame del secondo, eventualmente immune al vizio (ma aggiunge, invocando i consueti *principii generali* come l’abuso del processo, le eventuali preclusioni maturate nel primo giudizio estendono i suoi effetti anche al secondo riunito; salvo il caso, appunto, che il primo giudizio non possa essere esaminato in punto di rito).

La Corte, va segnalato, risolve in senso negativo (con una soluzione, *in parte qua*, condivisibile) il nodo della necessità, in caso proposizione della doppia opposizione, di introdurre il giudizio di merito (identico, quanto a contenuto, all’opposizione a precetto già instaurata) e quello, correlato, del (non) verificarsi degli effetti estintivi del processo *ex art. 624 c.p.c.* Il giudizio di merito è già pendente, dal momento che è stato instaurato con l’opposizione a precetto; di conseguenza non esiste alcun onere di introdurre il giudizio di merito dell’opposizione all’esecuzione, e non può verificarsi alcuna estinzione in caso di sua mancata introduzione.

Per l’applicazione della litispendenza tra giudizio di opposizione a precetto e successivo giudizio sul merito dell’opposizione all’esecuzione iniziata, cfr. anche: Cass. 22 aprile 1970, n. 1157; Cass. 7 aprile 1972, n. 1034; Cass. 17 novembre 1976, n. 4293; Cass. 24 ottobre 1986, n. 6235; Cass. 18 gennaio 1988, n. 335; Cass. 20 luglio 2010, n. 17037.

Circa l’identità di oggetto tra opposizione a precetto e opposizione all’esecuzione iniziata v. anche Cass. sez. un., 19889/2019, con nota di ZINGALES, *Opposizioni esecutive.*, cit., *ibidem* (v., sul punto, anche *supra*, nota 4).

¹⁴ Vale la pena osservare che, qualora il giudice dell’opposizione a precetto avesse già disposto la sospensione, l’eventuale ulteriore istanza di sospensione proposta in seno all’opposizione di cui al secondo comma dell’art. 615 c.p.c. potrebbe essere, in modo molto semplice, rigettata sotto il profilo della carenza del *periculum*, se non addirittura dichiarata inammissibile per carenza di interesse. La portata innovativa del principio di Cass. 26285/2019, fatto proprio dal Tribunale di Napoli, riguarda allora proprio le ipotesi in cui il *diniego di pronuncia* da parte del giudice dell’esecuzione appare meno opportuno, *i.e.*: i casi in cui il giudice dell’opposizione a precetto non si sia ancora pronunciato sull’istanza inibitoria (allora, perché negare la tutela cautelare dinanzi al giudice dell’esecuzione?), ovvero in cui l’abbia già rigettata. In questa seconda ipotesi, trattandosi di pronuncia, per definizione, insuscettibile di cosa giudicata, non si vede ugualmente perché negare la possibilità di una seconda pronuncia, tenuto conto che il giudice dell’esecuzione: a) potrebbe comunque essere d’accordo col primo giudice, e dunque semplicemente rigettare la richiesta di sospensione per i medesimi motivi (anche richiamando la precedente ordinanza in motivazione); b) potrebbe essere in disaccordo col primo, proprio in virtù della sua *visione privilegiata*, che non è limitata all’atto di precetto, ma investe l’intero fascicolo dell’esecuzione. Per le problematiche, sia di ordine teorico che pratico (si pensi all’ipotesi, tutt’altro che infrequente, in cui il giudice dell’opposizione a precetto non si sia pronunciato, attendendo proprio il provvedimento del giudice dell’esecuzione), si rinvia ai due scritti di CAPPONI, *Inibitorie e sospensioni nell’esecuzione forzata.*, cit., *ibidem*; e a METAFORA, *Un utile (?) vademecum della Cassazione su litispendenza, opposizioni esecutive e sospensione dell’esecuzione.*, cit., *ibidem*.



3. La legittimazione surrogatoria del creditore surrogante: la necessaria persistenza dell'inerzia ex art. 2900 c.c. - Il secondo tema affrontato dall'ordinanza riguarda invece l'azione surrogatoria, e segnatamente il complesso nodo della necessaria persistenza dei presupposti previsti dall'art. 2900 cod. civ. – *in primis*: l'inerzia del titolare del diritto – anche nel caso in cui il creditore, dopo aver vittoriosamente esperito l'azione di accertamento e condanna e ottenuto così un titolo esecutivo giudiziale, inizi l'esecuzione forzata, in via surrogatoria, fondata sul titolo giudiziale *de quo*.

Tanto il codice di rito che quello di diritto sostanziale menzionano differenti istituti che possono essere ricondotti, a prima vista, al fenomeno della surrogazione; basti pensare alla c.d. sostituzione esecutiva, disciplinata dall'art. 511 c.p.c. o al pignoramento presso terzi. Si tratta, tuttavia, a ben vedere, di fattispecie che poco o nulla hanno a che fare con la previsione di cui all'art. 2900 c.c.¹⁵; *faux amis*, come sono stati definiti¹⁶.

Circa il contenuto dell'azione surrogatoria, la dottrina che ha studiato a fondo l'argomento ha avuto modo di evidenziare che la previsione dell'art. 2900 c.c. non individua un'azione tipica, con un suo preciso contenuto, quanto piuttosto una sorta di *meccanismo generale* che legittima il creditore, appunto, a surrogarsi in una pluralità di diritti e azioni (di cognizione, ma anche cautelari o esecutive), al proprio debitore che trascuri di esercitare i propri diritti¹⁷. Di qui il ricorso – frequente in dottrina – al concetto di *legittimazione*, piuttosto che *azione*, surrogatoria¹⁸. Del resto, al riguardo, appare particolarmente significativa la formulazione letterale dell'art. 2900 c.c., che consente al creditore di esercitare genericamente «i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore», con il solo limite del

¹⁵ Cfr. le osservazioni di CAPPONI, *Noterelle su azione surrogatoria ed esecuzione forzata*, in *Judicium* (19 dicembre 2019), secondo cui le fattispecie citate nel corpo del testo andrebbero considerate, mutuando un'espressione propria della linguistica, dei *faux amis* (o *false friends*, *falsos amigos* a seconda della lingua straniera di riferimento), ossia istituti che, a un'analisi attenta, descrivono e disciplinano fenomeni del tutto diversi. Circa la fattispecie di cui all'art. 511 c.p.c., v. le osservazioni di BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Bari, 1990, 310 ss.; CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 5a ed., Torino, 2017, 369 ss.; ID., *La «sostituzione esecutiva» tra vecchio e nuovo codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 95 ss., e ID., *Noterelle su azione surrogatoria ed esecuzione forzata*, *op. loc. cit.*, secondo cui si tratta di un'azione diretta, ed in particolare di un'azione cognitiva sommaria "incastonata" nella distribuzione forzata; modello che se aveva una sua coerenza con il previgente codice del 1865 presenta, oggi, profili problematici (aggiungo: specie dopo le riforme del 2005-2006-2009 che hanno ancora *attenuato* quei particolari, superstiti *virus* rappresentati delle azioni di cognizione incidentali all'esecuzione forzata). Per quanto concerne il pignoramento presso terzi, si veda, per tutti, NICOLÒ, *Tutela dei diritti, sub art. 2900 c.c.*, in *Commentario del codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Libro VI, Tutela dei diritti, artt. 2900-2969*, Bologna-Roma, 1957, 15 ss., secondo cui l'assimilazione all'azione surrogatoria costituirebbe un «grossolano equivoco». Per una trattazione dell'azione surrogatoria cfr., senza pretese di completezza: MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Milano, 1975; ID., *Dell'azione surrogatoria*, in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI, *Della tutela dei diritti*, a cura di BONILINI e CHIZZINI, artt. 2784-2906,**, Milano, 2015, 759 ss., il quale, dopo aver passato in rassegna le differenti funzioni attribuite all'istituto (esecutiva o comunque accessoria all'esecuzione forzata, cautelare) conclude nel senso che esso abbia funzione di conservazione della garanzia patrimoniale (MONTELEONE, *Profili sostanziali, cit.*, in part. 89 ss.); GARDELLA TEDESCHI, *Surrogatoria (azione)*, in *Dig. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, 228 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *Surrogatoria (azione)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993; SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Torino, 1955; NICOLÒ, *Della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, artt. 2900-2904, Bologna-Roma, 1957, 2a rist. 1962, sub art. 2900; GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 950; BIGLIAZZI GERI, *Dell'azione surrogatoria*, in *Comm. c.c. IV*, Torino, s.d., ma 1964; ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*. Vol. 9, in *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, Tomo 3, Torino, 2005, in part. cap. II, *L'azione surrogatoria*, 53-129 PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, *Tutela dei diritti*, II, vol. 20, Torino, 1985, in part. 138 ss. Sullo specifico tema dell'esercizio in via surrogatoria dell'azione di riduzione, v. di recente: ROMAGNO, *Legittimario pretermesso inerte ed esercizio dell'azione di riduzione in via surrogatoria*, in *Giur. it.*, aprile 2020, 805-808.

¹⁶ L'espressione, come detto, è presa da CAPPONI, *Noterelle su azione surrogatoria ed esecuzione forzata*, cit., 1. Se mi si perdona la connessione, qui solamente impropria, si veda il recente interessante volume di FERRERI, *Falsi amici nelle Corti. Leggere le sentenze di Common Law evitando trappole linguistiche*, Torino, 2019.

¹⁷ MONTELEONE, *Dell'azione surrogatoria*, cit., 760.

¹⁸ Per quanto concerne i rapporti tra surrogatoria e sostituzione processuale v. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., 195 ss.



contenuto patrimoniale di detti diritti e azioni, e ad esclusione di quei diritti e azioni che, «per loro natura o per espressa disposizione di legge, non possano essere esercitati se non dal loro titolare».

Non vengono, dunque, ravvisati ostacoli nel ritenere ammissibile l'esercizio di un'azione esecutiva in via surrogatoria, sussistendo le condizioni sancite dall'art. 2900 c.c.¹⁹. Tali condizioni devono – secondo quanto correttamente affermato dal tribunale – però permanere, anche dopo che il creditore abbia vittoriosamente agito in via di cognizione ex art. 2900 c.c. ed abbia così ottenuto, a beneficio del proprio debitore inerte, la condanna (e, dunque, un titolo esecutivo) contro il debitore di questi²⁰. Deve, così, permanere anche la condizione dell'inerzia del debitore surrogato, laddove una qualunque positiva iniziativa di questi – anche in termini di rinuncia o di altri atti negativi, purché di amministrazione attiva – determinerà il venir meno della legittimazione surrogatoria in capo al creditore surrogante²¹. Questa, appunto, la *ratio decidendi* della decisione annotata, la quale ha correttamente ravvisato in una transazione stipulata *inter partes* (alla quale, però, non aveva preso parte proprio il *debitor debitoris* escusso In. s.r.l.; tuttavia Consorzio f., creditore surrogato, e i suoi restanti debitori avevano comunque convenuto la compensazione del credito risultante dalla sentenza nel suo complesso), appunto, un atto di disposizione del diritto, incompatibile con il perdurare dell'inerzia di cui all'art. 2900 c.c.

¹⁹ MONTELEONE, *Profili*, cit., 402 ss.; CAPPONI, *Noterelle su azione surrogatoria ed esecuzione forzata*, cit., 4 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)* in *Foro it.*, 10/2010, V, 257-266. Autorevole dottrina, in passato, aveva prospettato la necessità di una sorta di autorizzazione all'esercizio della surrogatoria nell'esecuzione forzata, da richiedere al giudice della cognizione: NICOLÒ, *Tutela dei diritti, sub art. 2900 c.c.*, in *Commentario del codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Libro VI, Tutela dei diritti, artt. 2900- 2969, Bologna-Roma, 1957*, 155; GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 954; v. anche MONTELEONE, *Profili*, cit., 405 ss., secondo cui la finalità di tale autorizzazione sarebbe di ordine pratico: consentire al creditore, che eventualmente fosse rimasto estraneo alla fase di formazione del titolo, di chiedere il rilascio della copia esecutiva. Scopo dell'autorizzazione sarebbe, in altri termini, quello di fare accertare la legittimazione surrogatoria in capo al creditore, con la conseguenza che essa non sarebbe necessaria se egli si trovasse già in possesso del titolo esecutivo intestato al debitore o quando il problema della notifica del titolo esecutivo fosse già superato. In senso contrario alla necessità di un'autorizzazione: CAPPONI, *Noterelle su azione surrogatoria ed esecuzione forzata*, cit., 4, nota 23, sul rilievo che tale autorizzazione non sarebbe prevista dalla legge.

²⁰ Assai dubbia è la possibilità per il creditore surrogante di ottenere direttamente condanna in proprio favore del *debitor debitoris*. La dottrina, in linea di massima, esclude tale possibilità, B. GARDELLA TEDESCHI, *Surrogatoria (azione)*, cit., *ibidem*; CAPPONI, *Noterelle su azione surrogatoria ed esecuzione forzata*, cit., 3, il quale evidenzia che, in caso contrario, si determinerebbe una violazione della *par condicio creditorum*. Lo stesso Autore, però, osserva che il problema risulta implicitamente superato qualora si ritenga che il creditore surrogante debba necessariamente proporre cumulativamente, oltre alla domanda ex art. 2900 c.c., in surroga del proprio debitore, contro il *debitor debitoris*, anche autonoma azione di condanna contro il proprio debitore. Salvo il tema della necessità della proposizione cumulata della domanda in surrogatoria e di quella contro il creditore inerte surrogato, in tal senso paiono atteggiarsi le circoscritte aperture della giurisprudenza, v. (in tema di contratti preliminari a catena): Cass. 14 ottobre 2008, n. 25136, in *Contratti*, 2009, 249, con nota di CATALANO, *Contratti preliminari a catena ed azione surrogatoria*; Cass. 5 dicembre 2011, n. 26019, in *Foro it.*, 2012, I, 1526-1531, in motivazione, circa l'esperibilità dell'azione surrogatoria in caso di mancata richiesta all'assicuratore di pagare l'indennizzo a terzi; e ancora Cass. 6 marzo 1991, n. 2339, in motivazione. Circa la possibilità di ammettere una sorta di condanna diretta, sia pure in fattispecie eccezionali, qualora il debitore-creditore potrebbe facilmente sottrarre la somma o il bene alle ragioni del surrogante, v. PATTI, *L'azione surrogatoria*, cit., 107-108. Si vedano al riguardo le convincenti obiezioni di CAPPONI, *Op. ult. cit.*, 3. V. anche NOCERA, *Esperibilità delle azioni surrogatoria e revocatoria in vista dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 1199; LA ROCCA, *L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici*, in *Foro it.*, 1996, I, 882.

²¹ Cfr. Cass. 2 febbraio 2016, n. 1996, che ha qualificato, in tema di legato in sostituzione di legittima, atto di gestione la mancata rinuncia a un lascito; Cass. 12 aprile 2012, n. 5805, che ha però precisato che la legittimazione surrogatoria permane, qualora l'attività del creditore surrogato "inerte" sia qualitativamente o quantitativamente insufficiente per la tutela della situazione giuridica del creditore surrogante, nei rapporti col terzo, fermo restando che il creditore surrogante non può spingersi fino a interferire su quelle attività del debitore che si risolvano in atti di disposizione del diritto. V. CAPPONI, *Noterelle su azione surrogatoria ed esecuzione forzata*, cit., p. 4, in part. nota 19



4. *La carenza (originaria) della legittimazione surrogatoria del creditore procedente (surrogante) e l'irrilevanza della condotta del creditore ("inerte") surrogato di avvalersi dell'esecuzione intrapresa.* - Il punto più dubbio del provvedimento è l'ulteriore passaggio della motivazione (pag. 6), ove si legge che nel caso in commento il creditore surrogato originariamente inerte, ossia il Consorzio F, costituendosi nella "fase cautelare" dell'opposizione, aveva dichiarato di volersi avvalere dell'esecuzione, deducendo così il venir meno della legittimazione surrogatoria in capo al surrogante. Il Tribunale afferma l'irrilevanza di tale attività del creditore surrogato (originariamente) inerte.

Questo passo della motivazione, come detto, lascia un po' perplessi. A generare dei dubbi, va detto, non è tanto la conclusione cui giunge, nella fattispecie, il tribunale (l'istanza di sospensione andava, come si vedrà, ugualmente accolta), quanto la laconica motivazione. In particolare, il giudice partenopeo afferma l'irrilevanza della mera "manifestazione di volontà" del creditore surrogato, perché: a) «le condizioni dell'azione individuate dall'art. 2900 c.c. [non sarebbero] nella disponibilità delle parti»; b) andando di contrario avviso si giungerebbe «ad ammettere il contemporaneo esercizio del medesimo diritto da parte dell'effettivo titolare, nonché del creditore in surroga».

Ambedue le affermazioni, se non intese correttamente, sembrano equivocare la peculiare natura dell'istituto di cui all'art. 2900 c.c., che – come si è detto – non individua un'azione tipica, ma declina, piuttosto, una particolare legittimazione straordinaria del creditore surrogante nel compiere un vasto numero di azioni, giudiziali e non, in luogo del creditore surrogato inerte, e fintanto che tale inerzia perduri²².

“L'azione” proposta dal creditore surrogante, detto in altri termini, è la normale azione esecutiva; la deviazione dal modello comune è data, appunto, dalla legittimazione straordinaria del creditore in surroga, che si sostituisce al suo debitore, titolare nell'esercizio del diritto.

Tanto premesso, se per condizioni dell'azione il tribunale avesse inteso – come pare evincersi dal tenore dell'affermazione nel suo complesso²³ – l'insieme dei requisiti prescritti dall'art. 2900 c.c.²⁴, non si vede come esse non dovrebbero essere considerati *esattamente nella disponibilità delle parti (recte, del creditore surrogato)*: il venir meno dell'inerzia non può che far venir meno la legittimazione del creditore surrogante, anche in corso di esecuzione, salvo il diritto del creditore surrogato (originariamente inerte) di giovare dell'attività esecutiva e pre-esecutiva svolta fino a quel momento dal suo surrogante.

Occorre, semmai, interrogarsi circa all'adeguatezza del mezzo prescelto dal creditore surrogato, *scil.*: una mera dichiarazione di volontà, resa in seno alla fase c.d. *cautelare* dell'esecuzione forzata.

²² Cfr. per tutti NICOLO, *Azione surrogatoria*, cit., 20 ss. e *passim*; MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., 111 ss., secondo cui: «quando il creditore agisce contro il terzo, esercitando il diritto del proprio debitore, non svolge una particolare forma di tutela giurisdizionale, che si qualifica come "azione surrogatoria", ma esercita puramente e semplicemente quella medesima azione spettante al debitore nei confronti del terzo»; e ancora (127 ss): «gli atti compiuti sostitutivamente dal creditore, in forza del potere conferitogli gli dall'art. 2900 cod. civ., debbono di necessità avere una efficacia perfettamente identica a quelli analoghi, che il debitore avrebbe potuto compiere, nell'autonomo e discrezionale svolgimento della propria capacità di agire».

²³ Si noti il plurale del vocabolo «individuate», che risulta così retto da «condizioni» e non da «azione». Il Tribunale fa riferimento ai requisiti contenuti nell'art. 2900 c.c., rubricato – appunto - «Condizioni, modalità ed effetti».

²⁴ Per l'inquadramento dell'inerzia come condizione di ammissibilità dell'azione o come presupposto, cfr. Cass. 18 febbraio 2000, n. 1867, *Foro it.*, 2000, I, 1845, con nota di FILOGRANA; Trib. Milano 23 maggio 1985, in *Foro pad.*, 1987, I, 130, con nota di LEMMI; Cass. 5 dicembre 2011, n. 26019, in *Foro it.*, 2012, I, 152, con nota redazionale.



Vale la pena osservare che l'art. 2900 c.c., come non prevede determinate fattispecie tipiche di esercizio dell'azione surrogatoria, così non prevede neppure alcuna *modalità tipica*, attraverso la quale il creditore surrogato, originariamente inerte, possa far venir meno la propria inattività e *riprendere in prima persona* il controllo dell'azione esercitata in surroga dal proprio creditore. Come ulteriore corollario ritengo che il creditore surrogato possa legittimamente compiere tale *atto interruttivo* della propria inerzia in ogni modo idoneo a raggiungere lo scopo.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di ritenere necessario l'intervento del creditore surrogato. Lo strumento in questione, va avvertito, sarebbe idoneo al raggiungimento dello scopo, dal momento che manifesterebbe una indiscutibile volontà di portare avanti l'esecuzione forzata, interrompendo così l'inerzia. Rispetto al modello legale, però, l'intervento in questione sarebbe alquanto *sui generis*, sotto diversi profili. In primo luogo, esso sarebbe fondato sul medesimo titolo esecutivo già azionato dal creditore precedente surrogante. Anzi, a ben vedere, *l'identità* investirebbe lo stesso diritto di credito azionato dal creditore surrogante che – appunto – ha agito non in forza di un credito proprio, ma in surroga del creditore inerte. Perfino il precetto, anzi, sarebbe stato notificato fin dall'origine dal creditore surrogante a beneficio del creditore surrogato, dal momento che avrebbe intimato al debitore precettato di pagare al creditore inerte surrogato le somme a questi dovute. L'esecuzione forzata già intrapresa dal creditore surrogante, del resto – se si accetta l'opinione prevalente e preferibile sopra illustrata – è già di per sé destinata a produrre naturalmente i suoi effetti in capo al creditore surrogato, e non in capo al surrogante.

In conclusione, l'intervento che ne verrebbe delineato costituirebbe un mero espediente processuale per *interrompere* l'inerzia del creditore surrogato, ma sarebbe probabilmente estraneo alla logica della *par condicio creditorum* e dell'intervento in generale. Ad analoghe conclusioni dovrà giungersi qualora il creditore surrogato decidesse di proporre, in luogo dell'intervento, un pignoramento successivo²⁵. Anche in questo caso il mezzo del pignoramento successivo pare, probabilmente, eccessivo, dal momento che il creditore surrogato non intende portare avanti un'esecuzione autonoma, ma proprio la medesima esecuzione già iniziata dal proprio surrogante.

In conclusione, a me pare che sia l'intervento che il pignoramento successivo siano strumenti probabilmente adoperabili ma decisamente ridondanti: il creditore surrogato non ha necessità di intervenire, come di proporre un autonomo pignoramento, per il semplice fatto che il creditore surrogante ha instaurato, in forza della legittimazione straordinaria *ex art. 2900 c.c.*, proprio la stessa azione esecutiva che avrebbe potuto, sin dall'inizio, essere introdotta dal surrogato inerte. Per converso, il creditore surrogato non aziona un diritto autonomo, ma intende semplicemente fare propria l'attività esecutiva già compiuta dal creditore surrogante. Il che rende tali rimedi, in una prospettiva coerente con la *novacula Occami*, degli enti superflui.

Vale poi la pena aggiungere che il ricorso all'intervento o al pignoramento successivo comporterebbero una serie di problemi *a valle* nell'applicazione delle regole procedurali. Invero, anche successivamente all'intervento o al pignoramento successivo, sul piano formale il creditore surrogante resterebbe pur sempre il creditore precedente dell'esecuzione, posizione, alla quale, la legge ricollega specifici poteri. Si pensi, soprattutto, al potere di compiere atti esecutivi e a quello di rinunciare agli atti *ex art. 629 c.p.c.*, inibendo, in caso di mancata rinuncia, l'estinzione del processo esecutivo anche in caso di rinuncia del creditore surrogato. Si rischierebbe, così, di finire con l'attribuire al

²⁵ Ma, con riguardo al caso di specie, v. *infra*.



creditore surrogante, anche dopo il venir meno dell'inerzia del creditore surrogato, un'ultrattività dei poteri processuali, assolutamente in contrasto con il disposto dell'art. 2900 c.c.

Va riconosciuto che tali problematiche potrebbero essere risolte in chiave interpretativa. Così il creditore surrogante non potrebbe – agli effetti dell'art. 629 c.p.c. - *opporsi* alla rinuncia del creditore surrogato, dal momento che questa, per come si è detto *supra*, consiste appunto in un atto di disposizione, incompatibile con l'inerzia. Più in generale, dovrebbe ritenersi che l'intervento o il pignoramento successivo da parte del creditore surrogato, originariamente inerte, privino il creditore surrogante dei propri poteri processuali. L'intervento in questione non sarebbe, infatti, ispirato alla logica della *par condicio creditorum*, ma piuttosto si atteggierebbe quale intervento *ad excludendum*, dal momento che la sua proposizione priverebbe di legittimazione l'originario creditore procedente (surrogante) facendo venir meno le condizioni di cui all'art. 2900 c.c.

Tale soluzione, tuttavia, non appare priva di incertezze. Nell'esecuzione forzata manca, infatti, un vero e proprio accertamento contenzioso delle rispettive posizioni; sicché ogni contrasto tra creditore surrogante e creditore surrogato, ovvero tra debitore escusso e creditore surrogante in ordine alla sopravvivenza della legittimazione di questo, dovrebbe essere risolto – se non addirittura in fase distributiva *ex art.* 512 c.p.c. - in prima battuta dal giudice dell'esecuzione, il cui provvedimento potrebbe essere impugnato *ex art.* 617 c.p.c. Il che, sempre nella prospettiva della non moltiplicazione degli enti, appare una complicazione ulteriore²⁶.

Scartando, così, rimedi che appaiono, come detto, per lo meno ridondanti²⁷, la strada più logica sembra quella che il creditore surrogato, originariamente inerte, possa rivolgere una semplice istanza *ex art.* 486 c.p.c. al giudice dell'esecuzione, nella quale dichiararsi di volere proseguire egli stesso l'esecuzione²⁸.

Orbene, nel caso oggetto del provvedimento annotato, il debitore-creditore aveva manifestato la volontà di avvalersi dell'azione esecutiva esercitata dal proprio surrogante, costituendosi nella fase cautelare dell'opposizione all'esecuzione: in una fase, dunque, che – si accolga o meno una concezione bifasica dell'opposizione – si svolge ancora davanti al giudice dell'esecuzione ed è parte integrante di essa²⁹. Ritengo, conseguentemente, che i requisiti di cui all'art. 486 c.p.c. fossero stati, nel caso di specie, rispettati.

Anche la seconda motivazione contenuta nell'ordinanza non convince. Il giudice, come detto, paventa il *pericolo* di un contemporaneo esercizio del medesimo diritto da parte di due soggetti (il creditore surrogante e il creditore, originariamente inerte, surrogato). Al riguardo, basti osservare che una volta che il creditore surrogato, non più inerte, abbia *ripreso in mano il gioco*, non potrà che venir meno la legittimazione straordinaria *ex art.* 2900 c.c. del creditore

²⁶ Sebbene, come si vedrà tra breve, neppure la soluzione qui suggerita, dell'istanza *ex art.* 486 c.p.c., consenta di evitare del tutto questo problema, che è connaturato alla peculiare struttura del processo esecutivo.

²⁷ Neanche pare ipotizzabile, per il creditore surrogato, il ricorso all'opposizione agli atti esecutivi. A prescindere dai problemi dell'individuazione dell'atto esecutivo opponibile, e di quelli correlati all'esistenza di un termine perentorio, basta, al riguardo, osservare che il creditore surrogato, originariamente inerte, non si oppone affatto al compimento di eventuali atti esecutivi da parte del suo surrogante; anzi pretende di esercitarli, da quel momento, egli stesso. A maggior ragione non pare ipotizzabile il ricorso, da parte del creditore surrogato, all'opposizione all'esecuzione. Anche in questo caso, valga l'osservazione – del tutto assorbente – che il creditore surrogato non vuole paralizzare l'esecuzione, ma – anzi – portarla avanti, da un certo momento, personalmente.

²⁸ Anche in questo caso, l'eventuale provvedimento successivo del giudice dell'esecuzione sarà impugnabile, a mio giudizio, ai sensi dell'art. 617 c.p.c.

²⁹ Tant'è che, ad esempio, anche il numero di ruolo generale indicato nell'ordinanza è quello dell'esecuzione forzata. Per la sospensione dell'esecuzione e la correlata struttura bifasica dell'opposizione all'esecuzione, v. *supra*, nota 3.



surrogante³⁰. Ciò, mi pare, risolve in radice ogni possibilità di *conflitto* tra il creditore surrogante e il debitore – creditore surrogato nell'esercizio dei diritti di quest'ultimo.

Ove il creditore surrogante intendesse, a sua volta, contestare la legittimazione del creditore surrogato³¹, dovrebbe, a mio avviso, avvalersi del rimedio dell'opposizione ex art. 617 c.p.c., per impugnare l'eventuale atto esecutivo posto in essere dal creditore surrogato o il provvedimento del giudice dell'esecuzione, emesso a seguito di un eventuale atto del *falso creditore surrogato*.

Posto, dunque, che la motivazione del provvedimento, per come detto, non convince, la soluzione adottata è, invece, corretta. Invero, nel caso di specie, il nodo della questione è un altro, ed è duplice.

Ciò che probabilmente intendeva affermare il giudice dell'esecuzione, almeno nel capo della motivazione relativo alla *indisponibilità* delle condizioni di cui all'art. 2900 c.c., era che, nel caso di specie, l'inerzia non era semplicemente venuta meno nel corso del processo esecutivo (ciò che avrebbe, a mio avviso, perfettamente legittimato il creditore surrogato, non più inerte, a riprendere la guida dell'esecuzione) ma era già inesistente al momento dell'inizio dell'esecuzione forzata. Il creditore surrogante, dunque, era *ab origine* privo della legittimazione surrogatoria ex art. 2900 c.c., con conseguente invalidità del pignoramento e degli atti successivi. Di qui l'impossibilità per il creditore surrogato di *salvare* l'esecuzione intrapresa dal proprio creditore surrogante, attraverso una mera dichiarazione di *avvalersi* dell'esecuzione da questi intrapresa. Siffatta dichiarazione, invero, doveva essere considerata priva di effetto, perché diretta a fare propri gli effetti di una esecuzione che non avrebbe potuto essere iniziata³².

Una simile soluzione, vale la pena osservare, appare – a ben vedere – coerente con la teoria della c.d. *oggettivizzazione del pignoramento*, affermata da Cass. Sez. Un 7 gennaio 2014 n. 61 (che, pure, si riferisce essenzialmente alla tematica della caducazione /inesistenza del titolo esecutivo, più che direttamente a quella del pignoramento per vizi suoi propri). Applicando siffatto schema logico, il creditore surrogato, a ben vedere, avrebbe forse potuto, nel caso di specie, *salvare* l'esecuzione iniziata dal proprio creditore surrogante, esclusivamente proponendo un pignoramento successivo³³. Si tratta di una soluzione che, pur (a mio avviso) ridondante nell'ipotesi in cui il creditore surrogato fosse stato effettivamente inerte all'inizio dell'esecuzione forzata (e il pignoramento successivo fosse proprio il modo per interrompere l'inerzia), può diventare la sola via percorribile qualora, come nel caso di specie, l'inerzia del creditore surrogato fosse venuta meno prima dell'inizio dell'esecuzione forzata, e pertanto questa fosse stata illegittimamente

³⁰ Nello stesso senso, CAPPONI, *Noterelle su azione surrogatoria ed esecuzione forzata*, cit., 7.

³¹ Fattispecie che potrebbe verificarsi nell'ipotesi, tutt'altro che infrequente, di cessioni a catena del credito (anteriori all'inerzia), con conseguente difficoltà di individuare il creditore effettivamente titolare del credito.

³² *Contra*: MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., 325 ss., secondo cui, almeno in caso di azione di cognizione esercitata in via surrogatoria, il creditore surrogato potrebbe legittimamente proseguire il giudizio instaurato dal proprio creditore anche se esso fosse «stato illegittimamente promosso dal creditore, che pretendeva di agire surrogatoriamente nel difetto delle condizioni volute dall'art. 2900 cod. civ.».

³³ Sull'oggettivizzazione del pignoramento e su Cass. sez. un. n. 61/2014, v. tra gli altri, G. MONTELEONE, *Noterelle sulla sentenza della Cass., S.U., 7-1-2014, n.61*, in *Riv. esec. forz.*, 2/2014, 297 ss.; PILLONI, *L'esecuzione forzata tra oggettivizzazione degli atti esecutivi ed esigenze di efficienza della giurisdizione esecutiva*, in *Riv. esec. forz.*, 2/2014, 301 ss.; RUSSO, *Le conseguenze dell'oggettivizzazione (del pignoramento). Ricadute dell'intervento nell'esecuzione forzata della decisione Cass., S.U., 7-1-2014, n.61*, in *Riv. esec. forz.*, 2/2014, 311 ss.; e ID., *Vecchi e nuovi problemi in tema di intervento dei creditori nell'esecuzione forzata (note a margine di Cass. s.u. n. 61 del 7 gennaio 2014)*, in *Giusto proc. civ.*, 2/2015, 511-532; V. MONTELEONE, *L'oggettivizzazione del pignoramento: tramonta la concezione astratta del titolo esecutivo?*, in *Riv. esec. forz.*, 2/2014, 319 ss.



instaurata dal creditore surrogante. Il tutto, ovviamente, sempre a patto che si accetti la premessa dell'oggettivizzazione del pignoramento, come sopra precisato.

Sotto altro profilo, poi, il giudice avrebbe potuto motivare comunque l'accoglimento dell'istanza di sospensione ravvisando la sussistenza, nel merito, dei «gravi motivi» di cui all'art. 624 c.p.c., dal momento che il debitore-creditore surrogato, seguendo il ragionamento sviluppato pochi righe prima nell'ordinanza, aveva comunque disposto del proprio diritto con la transazione di cui sopra. Con l'ulteriore conseguenza, ove compatibile con il tenore della transazione, che nessuno dei soggetti creditori, non solo surrogante ma neppure il surrogato, aveva più il diritto a procedere all'esecuzione forzata.

Ambedue i profili, tuttavia, avrebbero dovuto costituire oggetto di una ben più approfondita motivazione; cosa che sicuramente accadrà – al netto di eventuali litispendenze - nella futura sentenza del c.d. “giudizio di merito”.

Abstract

Muovendo dall'esame dell'ordinanza del Tribunale di Napoli 13 luglio 2020, l'autore riesamina i delicati temi del rapporto tra le due opposizioni ex art. 615 c.p.c. e dei relativi provvedimenti di sospensione. Affronta, quindi, il nodo della necessaria persistenza dell'inerzia in caso di esercizio dell'azione esecutiva in via surrogatoria ex art. 2900 c.c.

Moving from the examination of the order of the Court of Naples, July 13, 2020, the author re-examines the delicate issues of the relationship between the two oppositions ex art. 615 c.p.c. and related suspension measures. It therefore addresses the matter of the necessary persistence of inertia in the event of executive action by subrogation ex art. 2900 of the Italian Civil Code.