

**PROVA SCRITTA NEL GIUDIZIO DI OPPOSIZIONE A DECRETO
INGIUNTIVO, RICHIESTA DI CONCESSIONE DELLA PROVVISORIA
ESECUZIONE, E VALORE PROBATORIO DELLA CORRISPONDENZA
TRASMESSA PER FAX ED E-MAIL (brevi osservazioni a Tribunale di
Ancona, Giudice Ruta, ordinanza del 7-9 aprile 2005)**

di Vito Amendolagine*

La quaestio juris: la corrispondenza intercorsa per fax ed e-mail può costituire prova scritta idonea a paralizzare la richiesta di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto ex art. 648, Cpc?

L'ordinanza del Tribunale di Ancona, emessa nel corso di un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, verte sostanzialmente sull'esame del carteggio per corrispondenza intercorso fra le rispettive parti fin dalla fase pre-contenziosa, al fine di poter statuire sulla richiesta di concessione della provvisoria esecuzione del provvedimento monitorio ai sensi dell'art. 648, Cpc.

Il suddetto provvedimento, si segnala per l'attenta e compiuta disamina delle rispettive posizioni addotte dalle parti costitutesi nel giudizio di opposizione, tenuto conto delle complesse argomentazioni, attinenti sia alla fase pre-contrattuale, sia a quella contrattuale, nonché di esecuzione dell'accordo ormai raggiunto.

In buona sostanza, il non facile quesito risolto dal giudice adito, attiene specificamente all'individuazione della prova scritta (o di facile e pronta soluzione) dedotta dall'ingiunto nel corso del giudizio di opposizione intrapreso avverso il provvedimento monitorio.

Il ragionamento seguito dal tribunale marchigiano nell'ordinanza in epigrafe può così sintetizzarsi.

<<.... rilevato che l'opponente ha formulato domanda riconvenzionale per risarcimento danni, per rimborso spese sostenute e servizi non usufruiti e di tali doglianze, anteriori alla causa, vi è prova scritta, oltreché nella lettera via fax della Tour 2000 del 4.3.04 (...) nella stessa comparsa di risposta a pag. 4 (...) confermando il nesso tra le fatture oggetto del decreto ingiuntivo de quo e il rapporto....;>>

E' allora evidente come lo scambio epistolare intercorso fra le parti, posto a base della proposta domanda riconvenzionale avente ad oggetto un vero e proprio "controcredito" invocato dalla società opponente nei confronti della

parte ricorrente, abbiano legittimamente indotto il tribunale a riconoscere la sussistenza della prova scritta dell'opposizione, contemplata dall'art. 648, Cpc ⁽¹⁾, e, conseguentemente, a non accogliere la richiesta concessione della provvisoria esecuzione dell'opposto decreto in assenza di un'esaustiva prova nel giudizio a cognizione ordinaria delle ragioni *ab origine* poste a base del ricorso per ingiunzione di pagamento.

Tale orientamento, risulta quindi conforme a quello seguito nella materia qui esaminata da una consistente parte della giurisprudenza di merito ⁽²⁾, notoriamente propensa a negare la concessione della clausola di provvisoria esecuzione in presenza di una valutazione giudiziale discrezionalmente fondata esclusivamente sul "fumus" legato all'esistenza del diritto invocato, di contro, dovendosi assumere come elemento decisivo, la prova della pacifica incontrovertibilità del preteso credito, così come addotto dal ricorrente nella fase monitoria, e, successivamente, di opposizione ⁽³⁾. Ed infatti proprio il tenore dell'art. 648, Cpc citato - se l'opposizione non è fondata su prova scritta o di pronta soluzione, (il giudice adito) può concedere, con ordinanza non impugnabile, l'esecuzione provvisoria del decreto - denota chiaramente l'intento propugnato dal legislatore, riconducibile ad un'ottica di tutela squisitamente "ambivalente", considerato che, la formulazione della suddetta norma, se da un lato garantisce i diritti del creditore, impedendo che la tempestiva soddisfazione delle sue legittime pretese possa venire ostacolata dalla proposizione di un'opposizione temeraria, a chiaro scopo defatigatorio, dall'altro, richiede pur sempre che il credito posto a base del ricorso monitorio risulti concretamente permeato dei caratteri di effettività, liquidità ed esigibilità, in mancanza dei quali, non potrebbe darsi luogo ad un giudizio positivo circa l'accoglimento della richiesta di concessione della provvisoria esecuzione avanzata nel corso del medesimo giudizio di opposizione ⁽⁴⁾.

Orbene, nella fattispecie oggetto d'esame, la prova della fondatezza dell'assunto sollevato da parte opponente la si desume palesemente dal fitto scambio epistolare intercorso tra le parti in lite già nella fase pre-giudiziale, e, precisamente, in quella pre-contrattuale, e di esecuzione del rapporto, osservata la peculiarità dello stesso, in quanto perfezionatosi a distanza, attraverso l'ausilio degli attuali strumenti telematici ⁽⁵⁾.

Proprio sotto tale profilo, è altresì evidente la costante attenzione rivolta da tutti gli operatori del diritto all'inoltro di corrispondenza commerciale, attraverso i sistemi di posta elettronica e telefax, che, ormai, sembrano aver

acquistato a pieno titolo il valore proprio di elementi suscettibili di una significativa valutazione giuridica a fini probatori.

Sebbene a tal riguardo, il vivace dibattito sorto in dottrina ⁽⁶⁾ non si sia ancora definitivamente placato, l'opinione pressoché unanime della giurisprudenza sembrerebbe deporre a favore della piena validità dei contenuti espressi in documenti inviati per e-mail ⁽⁷⁾ e telefax ⁽⁸⁾ prodotti in giudizio dalle parti, al fine di poter comprovare l'esistenza del proprio diritto.

Da quanto sinora esposto, la pronuncia in esame, si rivela quindi estremamente importante sotto l'aspetto propriamente valutativo, concernente per lo più l'individuazione dei requisiti e presupposti applicativi occorrenti nella fattispecie *de quo*, al fine di poter identificare compiutamente i contorni della c.d. "prova scritta" su cui poter fondare le ragioni dell'opposizione, ritenute validamente ostative rispetto alla richiesta di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto. In effetti, non va dimenticato che, poiché l'ordine con il quale il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo decide sull'istanza presentata ex art.648, primo comma, Cpc, viene normalmente eseguito fin dalla prima udienza di comparizione delle parti, ex art. 180, Cpc, appare molto difficile negare l'esistenza di un significativo "squilibrio" nella difesa delle posizioni assunte dalle rispettive parti (opposto ed opponente), tenuto conto finanche della ricorrente sostanziale inversione dell'*onus probandi*.

Orbene, in merito a tale ultima questione, appare opportuno precisare che, mentre nella fase monitoria la prova allegata dal ricorrente può non essere del tutto esaustiva delle ragioni di credito, il quadro della situazione dovrebbe mutare radicalmente nell'eventualità di un successivo instaurarsi del giudizio di opposizione, atteso che, verificandosi tale ipotesi, il creditore dovrebbe fornire - a contraddittorio regolarmente instauratosi - la prova del proprio diritto, secondo i dettami dell'art. 2697, Cc.

Tuttavia, nonostante la notorietà di tale impostazione, nella prassi applicativa dell'istituto in esame, come innanzi accennato, non di rado si assiste ad un sostanziale ribaltamento di posizioni, giuridicamente rilevanti ai fini della decisione sulla provvisoria esecuzione del decreto opposto, per cui sovente accade che sia l'opponente a dover fornire la prova scritta (o di facile e pronta soluzione) secondo i dettami dell'art. 648, Cpc, poiché la valutazione del giudice investito di tale questione, si "sposta" dalla reale fondatezza della pretesa di credito avanzata dal creditore, all'indagine volta ad accertare

l'eventuale riscontro immediato di un'apprezzabile fondamento probatorio posto a base dell'atto di opposizione avverso il decreto ingiuntivo già emesso. Tanto premesso, emergendo *ictu oculi* la diseguale posizione assunta dalle rispettive parti fin dalla prima udienza dell'ordinario giudizio di cognizione, la giurisprudenza appare essersi orientata in senso favorevole ad un'attento e complessivo esame delle contrapposte ragioni, sotto il duplice profilo del *fumus boni juris* e del *periculum in mora* posto a base delle reciproche ragioni addotte dai litiganti, tanto nell'eventualità dell'accoglimento della richiesta ex art. 648, Cpc, quanto nell'ipotesi di un suo rigetto ⁽⁹⁾.

A ben vedere, un'attenta e meticolosa conduzione di tale disamina, appare necessaria, ed anzi ineludibile, rispondendo ad un delicato criterio di immediato "bilanciamento" dei contrapposti interessi di cui ciascuna parte è promotrice, originati dalla stessa vicenda, reso ancor più evidente dall'ulteriore circostanza, che, il provvedimento giudiziale con il quale si statuisce sull'accoglimento dell'istanza ex art. 648, Cpc, una volta emesso, non è impugnabile, né revocabile, potendo essere travolto soltanto dalla sentenza che definendo il grado di giudizio, accoglie l'opposizione ⁽¹¹⁾.

Riassumendo, l'ordinanza in epigrafe, inserendosi nel solco già tracciato da altre pronunce di merito ⁽¹⁰⁾, prendendo in esame, sotto ogni aspetto ritenuto giuridicamente rilevante, la documentazione probatoria offerta dalle parti, appare rispettosa dei consueti principi generali di diritto disciplinanti la materia qui considerata, la cui puntuale osservanza, non può minimamente porsi in discussione, come peraltro osservato dall'orientamento espresso dalla Consulta ⁽¹²⁾, volto ad esternare chiaramente un "cauto ottimismo" per quanto attiene alla concedibilità allo stato degli atti, del "nulla osta" all'esecuzione del provvedimento emesso al termine della fase monitoria, per le ragioni innanzi esposte ⁽¹³⁾.

(1) Cfr. il testo dell'art. 648, Cpc, *Esecuzione provvisoria in pendenza di opposizione*: <<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....>>.

(2) Cfr. Tribunale di Bari, (ord.) 8.10.1996, inedita; Tribunale di Salerno, 6 maggio 2004, in Giurisprudenza di merito, 2004, p.2444; Tribunale di Palermo, 10 dicembre 2002, in Giurisprudenza di merito, 2003, p.427; Tribunale di

Alessandria, (ord.) 13 maggio 1997, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, p.54, con nota di S. ZIINO, “*Questioni controverse i tema di sospensione e di revoca dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo*”;

(3) *Cfr. ex multis*, Tribunale di Milano, 20 luglio 1995, in *Giurisprudenza di merito*, 1996, p.3; in dottrina, *cfr.* G. COLLA, *Il decreto ingiuntivo, il procedimento d'ingiunzione e il giudizio di opposizione*, II° ed., Padova, 2003, p.405 e ss.; P. LEANZA, E. PARATORE, *Il procedimento per decreto ingiuntivo*, Torino, 2003, p.145 e ss.; F. LAZZARO, M. GUERRIERI, P. D'AVINO, *Il decreto ingiuntivo nella fase litigiosa*, Milano, 2001, p. 248 e ss.; SCIACCHITANO R., in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, voce “*ingiunzione*”; M. CATALDI, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito*, Milano, 1999, p.61 e ss.

(4) *Cfr.* Tribunale di Roma, (ord.) 7 agosto 1991, in *Foro italiano*, 1992, I, 1934; Tribunale di Firenze, (ord.) 2 agosto 1991, in *Foro italiano*, 1992, I, 1936; Tribunale di Tortona, 2 dicembre 1991, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1992, p.640, con nota di A. SPARANO, *Opposizione a decreto ingiuntivo, provvisoria esecuzione e prova scritta*, nella quale l'autore afferma che poiché il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è un vero e proprio giudizio a cognizione ordinaria, la provvisoria esecuzione del decreto opposto non potrebbe essere concessa nell'ipotesi in cui le eccezioni sollevate dall'opponente seppur non fondate su atti scritti, siano tuttavia dotate di un apprezzabile grado di credibilità e coerenza; Tribunale di Parma, (ord.), 12 luglio 1983, in *Giustizia civile*, 1984, p.1636.

(5) L'invio delle reciproche adesioni al contratto di cui trattasi, si è perfezionato attraverso Internet, ed i messaggi inoltrati per e-mail e fax.

(6) *Cfr.* le posizioni espresse da alcuni dei principali studiosi della materia, sull'argomento specifico trattato nel testo: A. LISI, *Essere o non essere: i moderni dubbi amletici di una e-mail anonima*, articolo del 18.2.2004 reperibile sul sito Altalex all'indirizzo internet:www.Altalex.com; dello stesso autore vedasi pure *L'e-mail dal commercio elettronico alle aule di giustizia*, articolo del 26.1.2004, anch'esso reperibile sul sito Altalex all'indirizzo internet:www.Altalex.com; G. ROGNETTA, *Decreti ingiuntivi basati su e-mail: la configurabilità della firma elettronica ai fini della prova scritta*, in *Diritto dell'Internet*, fasc.1, 2005, p.33 e ss.; N. GARGANO, *L'e-mail come scrittura privata e le possibili conseguenze nei rapporti privatistici*, in *Ciberspazio e diritto*, fasc.3, 2004, p.243; L. TURINI, *Il valore probatorio del messaggio di posta elettronica*, in *Ventiquattro Avvocato*, fasc. 1, 2004; Si vedano pure le mie considerazioni, *Basta l'e-mail per un decreto ingiuntivo*, in *Diritto&Giustizia*, fasc.15, 2004.

(7) A titolo meramente esemplificativo, si rimanda ad alcuni ricorsi per decreto ingiuntivo accolti in sede monitoria rispettivamente dal Tribunale di Cuneo, decreto n.848 emesso in data 15 dicembre 2003; con mia nota, *Il valore probatorio dell'e-mail nel ricorso per ingiunzione di pagamento*, reperibile sul quotidiano on line *Diritto&Giustizia* del 30.01.2004, all'indirizzo internet:www.Diritto&Giustizia.com; Tribunale di Mondovì, decreto n.375 del 7 giugno 2004;

(8) *Cfr.* Cassazione civile, sezione lavoro, 13 febbraio 1989, n.886, con annotazioni di P. D'AVENA, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, I,1, p.124; Cassazione civile, prima sezione, 20 giugno 1969, n.2179, in *Mass. Giur. It.*, 1969, 893; Cassazione civile, terza sezione, 10 ottobre 1967, n.2386, in *Foro italiano*, 1968, I, 469 e ss.; In dottrina, *cfr.* G. GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Padova, 1997, p.164 e ss.; L. MONTESANO, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile e nella forma negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 1; F. CARNELUTTI, *Prova fotografica e fonografica*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, I, 233;

(9) In merito alla problematica affrontata nel testo, è altresì opportuno precisare che per individuare il concetto di “*prova scritta*” della cui allegazione è onerato l'opponente al fine di evitare l'accoglimento dell'istanza proposta ex art.648, Cpc, occorre rifarsi all'art. 2699, Cc, la cui formulazione è notoriamente più ristretta, e, quindi, meno ampia rispetto a quella contemplata dall'art. 633, Cpc, osservata dal ricorrente nella fase monitoria per la concessione del decreto ingiuntivo. Trattasi di una vera e propria inversione dell'*onus probandi*, giacché, secondo tale impostazione, sarebbe l'opponente a dover provare documentalmente (o comunque con elementi di facile e pronta soluzione) la fondatezza del proprio assunto difensivo, sia ove proposto in via principale, sia in via di semplice eccezione, con il conseguente esonero del creditore opposto dall'onere di provare l'effettiva esistenza (ed esigibilità) della propria pretesa di credito invocata fin dalla sede monitoria. Ed è per tale motivo che, l'esame richiesto al fine di provvedere sull'istanza di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto deve necessariamente vertere anche sulla prognosi di un'eventuale accoglimento o rigetto dell'opposizione, estesa non solo all'esistenza del *fimus*, ma anche del *periculum*, tenendo debito conto delle possibili conseguenze pregiudizievoli derivanti a carico di ciascuna parte tanto nell'ipotesi di un suo accoglimento, quanto di rigetto della relativa istanza.

(10) *Cfr. ex multis*, Tribunale di Bari, (ord.), 10=15 febbraio 2005 e Tribunale di Bari, (ord.) 17 dicembre 2004, inedite; Tribunale di Salerno, 6 maggio 2004, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, p.2444; Tribunale di Roma, 7 agosto 1991, in *Foro italiano*, 1992, I, 1933,

(11) Non va però sottaciuto, che, mentre l'esecuzione provvisoria delle sentenze emesse al termine del primo grado di giudizio, è suscettibile di essere immediatamente paralizzata in grado di appello, nel corso del giudizio di inibitoria tempestivamente proposto, ricorrendo i gravi motivi contemplati dall'art. 283, Cpc, analoga possibilità è radicalmente preclusa per quanto attiene alla provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo ex art. 648, Cpc, avverso la quale, una volta concessa, non è esperibile rimedio alcuno fino al termine del giudizio di opposizione, le cui scansioni processuali e temporali sono ben note.

(12) *Cfr.* Corte Costituzionale, (ord.) 25 maggio 1989, n.295, in Foro italiano, 1989, I, 2391;

(13) *Cfr.* ad esempio, quanto affermato dal Tribunale di Tortona, (ord.), 2 dicembre 1991, cit. sub nota 4: <<presupposto del provvedimento ex art. 648, Cpc è una rimarchevole disparità di supporto probatorio delle contrapposte tesi, la quale non sussiste laddove l'opponente, pur non disponendo di prova scritta a sostegno delle proprie ragioni, resta sulla base di una diversa interpretazione dello stesso contratto su cui si fonda l'istanza>>.

***Avvocato**

MASSIMA

La prova scritta ostantiva alla concessione della provvisoria esecuzione di un provvedimento monitorio richiesta nel corso di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ex art. 648, c.p.c., può ravvisarsi anche nell'intercorsa corrispondenza, trasmessa via fax ed e-mail a sostegno della domanda riconvenzionale spiegata dall'opponente per il riconoscimento della pretesa di credito vantata nei confronti dell'opposto.

TRIBUNALE DI ANCONA

Giudice Filomena Ruta

ORDINANZA

Il Giudice

Sciogliendo la riserva di cui al verbale che precede, sull'istanza di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo; letti gli atti e visti i documenti allegati, ed in particolare i messaggi via fax ed e-mail della fase contrattuale e il carteggio intercorso fra le parti anteriormente alla causa, considerato che per fax della Tour 2000 in data 3.7.03 si confermava la prenotazione per n.47 passeggeri chiedendosi copia del bonifico di € 200 per passeggero a titolo di acconto (v. fax del 27.6.03 sulla entità della prenotazione richiesta), ed invero il bonifico a favore della Tour 2000 di € 9.400 (€ 200 x n.47) seguiva in pari data (3.7.03); rilevato che l'opponente ha formulato domanda riconvenzionale per risarcimento danni, per rimborso spese sostenute e servizi non usufruiti e di

tali doglianze, anteriori alla causa, vi è prova scritta, oltreché nella lettera via fax della Tour 2000 del 4.3.04 (di risposta al fax di pari data della TRAVEL, v. documenti allegati alla nota di parte opponente in data 30.10.04) nella stessa comparsa di risposta a pag. 4 (laddove si fa riferimento alla riduzione praticata dalla Tour di € 3.430 per rimborsi accreditati dal corrispondente in Brasile per il mancato utilizzo dei servizi a terra di 4 passeggeri del gruppo di 46 partecipanti) confermando il nesso tra le fatture oggetto del decreto ingiuntivo *de quo* e il rapporto inerente al viaggio di n.46 partecipanti; ritenuto che non è dirimente in senso contrario la disposizione di bonifico della TRAVEL in data 14.8.03 (poi annullata) posto che i disguidi organizzativi oggetto di doglianza da arte della TRAVEL si sono evidenziati nella fase esecutiva del viaggio organizzato (19-8/31-8); ritenuta quindi la inopportunità di una provvisoria esecuzione stante la prova scritta della pretesa riconvenzionale,

P.Q.M.

rigetta l'istanza di concessione della provvisoria esecuzione.

Rinvia per trattazione all'udienza del 12.7.2005, con termine fino al 15.6.05, per le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

Ancona, 7.4.2005

Il Giudice
Dr.ssa Filomena Ruta

Depositato in Cancelleria il 9.4.2005