

Sulla natura del procedimento di opposizione ex art. 2797 c.c. alla vendita della cosa data in pegno. Nota a Cass. civ. Sez. VI/3, 21 settembre 2018, n. 17268

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

di Massimiliano Bina*

* Avvocato

Sommario

1. Il principio di diritto affermato dalla Corte
2. Gli argomenti a sostegno della diversa natura dell'opposizione ex art. 2797 c.c. e dell'opposizione all'esecuzione
3. L'opposizione all'esecuzione come modello standard dei procedimenti di opposizione all'attività esecutiva

1. Il principio di diritto affermato dalla Corte

Cass. civ. Sez. VI/3, 21 settembre 2018, n. 17268

L'art. 2797 c.c. dispone che prima di procedere alla vendita della cosa data in pegno il creditore, a mezzo di ufficiale giudiziario, deve intimare al debitore di pagare il debito e gli accessori, avvertendolo che, in difetto, procederà alla vendita. Se entro cinque giorni dall'intimazione non è proposta opposizione, o se l'opposizione è rigettata, il creditore può far vendere il bene oppegnorato al pubblico incanto o, se la cosa ha un prezzo di mercato, a mezzo di persona autorizzata a compiere tali atti.

La legge nulla dice sulla natura del giudizio di opposizione previsto dall'art. 2797, 2° comma, c.c. che

veniva tradizionalmente inquadrato come un giudizio ordinario di cognizione^[1], attraverso il quale potevano essere dedotte questioni di merito, relative all'esistenza del diritto a tutela del quale si procede^[2]; e di rito, relative al rispetto delle forme dell'intimazione^[3], o delle regole procedurali disciplinanti le modalità di vendita del bene concordate con le parti^[4].

Con il *leading case* costituito da Cass. 29.09.2008, n. 21908^[5], confermato qualche mese dopo da Cass. 14.11.2008, n. 27266^[6], la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto, invece, che l'opposizione promossa dal debitore che subisce la pretesa esecutiva - ordinaria o in autotutela - è sempre qualificabile come un'opposizione all'esecuzione non ancora iniziata e, per ciò solo, deve essere assoggettata alla disciplina processuale previsto per l'opposizione dell'art. 615 c.p.c.

Un decennio dopo il *revirement* del 2008, la Corte ha riaffermato il principio che l'opposizione alla vendita della cosa data in pegno ha natura sostanziale di opposizione all'esecuzione. La sentenza del 02.07.2018, n. 17268 conferma, quindi, che il giudizio previsto dall'art. 2797 c.c. è riconducibile all'opposizione all'esecuzione prevista dall'art. 615 c.p.c. ed è perciò soggetta alle stesse regole processuali: dieci anni or sono, la Cassazione aveva affermato l'impugnabilità della sentenza soltanto con il ricorso per cassazione, nel vigore dell'art. 616 c.p.c. come risultante dall'art. 14, l. 24 febbraio 2006, n. 52 che aveva introdotto la previsione dell'inappellabilità della sentenza; oggi la Corte ha concluso nel senso dell'inammissibilità del ricorso per Cassazione, a fronte del disposto dell'art. 49, l. 18 giugno 2009, n. 69 che ha riportato la norma dell'art. 616 c.p.c. al suo testo originario^[7].

^[1] Costantino, *p>*, in *Foro it.*, 1984, I, 1720.

^[2] Cass., 14.11.2008, n. 27266; Cass., 24.11.1998, n. 11893.

^[3] Tarzia, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, 21 e seg., nota 49; Gorla-Zanelli, *Del Pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1992, 130.

^[4] Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 135.

^[5] La sentenza è pubblicata in *Giur.it.* 2009, 5, 1199; in *Riv.dir.proc.* 2009, p. 1045 ss., con nota di Bina, *La*

disciplina degli artt. 615 ss. c.p.c. come modello standard dei procedimenti di opposizione all'attività esecutiva; in Riv. Esec. Forzata, 2009, 1 con nota di Salvioni, Natura e regime processuale del giudizio di opposizione alla vendita di beni costituiti in pegno.

^[6] La sentenza predetta ha ritenuto legittima la proposizione, da parte del debitore, di questioni non soltanto di rito, ma anche di merito, con riferimento al diritto *ex adverso* azionato, così assoggettando la causa al regime dell'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 cod. proc. civ., e non al più restrittivo regime previsto per l'opposizione agli atti esecutivi dall'art. 617 cod. proc. civ.

^[7] Sul regime di impugnabilità della sentenza che decide l'opposizione all'esecuzione, v. Cass. 10.12.2015, n. 24920; Cass. 02.07.2015, n. 13628; Cass. 17.08.2011, n. 17321; Cass. 30.06.2011, n. 14502; Cass. 06.06.2011, n. 12165; Cass. 30.04.2011, n. 9591; Cass. 21.01.2011, n. 1402.

2. Gli argomenti a sostegno della diversa natura dell'opposizione ex art. 2797 c.c. e dell'opposizione all'esecuzione

La tesi tradizionale, che porta ad inquadrare l'opposizione *ex art.* 2797, 2° comma, c.c. come un giudizio ordinario, trova conforto in due argomenti.

In primo luogo, si è sostenuto che il procedimento previsto dall'art. 2797, 2° comma, cod.civ. non possa essere qualificato un'opposizione all'esecuzione perché l'attività posta in essere dal titolare del diritto di pegno, *ex art.* 2796 c.c., non è inquadrabile come una «esecuzione forzata», non essendo necessario il possesso del titolo esecutivo^[8]. Qualora, invece, il creditore volesse utilizzare le forme dell'art. 502 c.p.c., allora il titolo esecutivo sarebbe necessario, la pretesa del creditore sarebbe inquadrabile come una esecuzione forzata e l'opposizione del debitore ben potrebbe essere ricondotta nell'alveo delle opposizioni esecutive. L'argomento non è decisivo: il titolo necessario per legittimare il potere esecutivo del creditore ben può essere rappresentato dal contratto di pegno, costituendo quest'ultimo uno degli atti cui la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva^[9]; in ogni caso, si è osservato che il fatto che il creditore possa procedere alla vendita forzata nelle forme speciali previste dal codice civile anche in assenza di un titolo esecutivo, non è un elemento idoneo ad incidere sulla qualificazione del nostro procedimento quale giudizio ordinario, oppure come una opposizione all'esecuzione^[10].

In secondo luogo, si è rilevato che l'opposizione all'intimazione di pagamento e l'opposizione

all'esecuzione presentano «differenze strutturali assai profonde e sufficientemente marcate... per escluderne l'intercambiabilità»^[11]. Tali differenze strutturali riguardano: la diversità dei termini per proporre l'azione; il *modus operandi* dell'effetto sospensivo sulla vendita; la variabilità dell'oggetto del giudizio tipica della opposizione dell'art. 2797, 2° comma, c.c., e del giudizio di cognizione ordinario, ma del tutto estranea al sistema delle opposizioni all'esecuzione. Anche questo argomento non pare decisivo, atteso che: quando la legge ha voluto individuare il processo ordinario di cognizione come modello di riferimento da applicarsi in via analogica lo ha fatto^[12]; il «profilo dinamico» dell'opposizione alla vendita del bene pignorato prevista dall'art. 2797, 2° comma, c.c. ben può sovrapporsi a quello dell'opposizione all'esecuzione non ancora iniziata, previsto dall'art. 615, 1° comma, c.p.c.^[13]. L'art. 2796 c.c., infatti, nel consentire al creditore di «far vendere» il bene oppignorato, allude ad una vendita forzata; mentre l'intimazione di pagamento prevista dall'art. 2797, 2° comma, c.c., risultando del tutto equiparabile al precetto, non può costituire il momento iniziale dell'espropriazione^[14].

^[8] In dottrina, cfr. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., Napoli 1957, 196; Balbi, *Autotutela del creditore pignoratizio e concorso dei creditori*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, vol. II, Milano 1995, 626; Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano 1984, 134; Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, 10ª ed., Padova 2006, 259; Gorla, Zanelli, *Del pegno e delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile*, 4ª ed., Bologna-Roma 1992, 126; Protetti, *Vendita di cosa avuta in pegno*, in *Giur.agr.it.* 1965, 589; Realmonte, *Tutela dei diritti*, in *Trattato di diritto privato* dir. da Rescigno, 2ª ed., vol. XIX, tomo 1°, Torino 1997, 845.

In giurisprudenza, Cass. 06.07.1993, n.7373, in *Giust. civ. Mass.*1993, 1119; Cass. 10.08.1973, n. 2332, in *Riv.dir.proc.* 1974, 638; Cass. 24.06.1963, n. 1711, in *Foro it.* 1963, I, 1905; Cass. 13.06.1956, n. 2051, in *Banca Borsa e titoli di credito* 1957, II, 3 ss. *Contra*, Rubino, *Il pegno*, in *Trattato Vassalli*, vol. XIV, Torino 1956, n.63, p. 260, che ritiene debbano applicarsi per analogia le norme sull'esecuzione forzata.

^[9] V. Cass. 29/09/2008, n. 21908, cit. che osserva che i requisiti contenutistici prescritti dall'art. 2787 cod.civ. (forma scritta e indicazione del credito) sono identici a quelli prescritti dall'art. 474, 1° comma, cod.proc.civ. *Contra*, con argomenti convincenti, Salvioni, *op. cit.*, §2.

^[10] Cass. 29.09.2008, n. 21908, cit.

^[11] Così, Salvioni, *op. cit.*, §3

^[12] Cfr. Cass. 01.09.1987, n. 7179, in *Giust. civ. Mass.*1987 e Cass. 16.06.1979, n. 3383, in *Giust.civ.mass.* 1979, che così hanno argomentato per escludere che l'opposizione *ex art.* 2797, 2° comma, c.c. possa essere equiparata ad un'opposizione a decreto ingiuntivo.

^[13] In questi termini, v. Cass. 29.09.2008, n. 21908, *cit.* La dottrina spesso utilizza un tale argomento v. Campeis, De Pauli, *Le esecuzioni civili*, 4^aed., Milano 2007, 464, Lombardini, *Considerazioni sull'autotutela esecutiva e sulla tutela cautelare per la vendita del pegno*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2004, 1140; Montesano, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli 1957, 97 ss., spec.101.

^[14] In questo senso, Balbi, *op. cit.*, 632 e 634, ove ritiene che il momento di inizio dell'espropriazione forzata del bene oppegnorato debba individuarsi nell'istanza di vendita. *Contra*: Castoro, *op. cit.*, 254, Rubino, *op. cit.*, 260, secondo i quali il momento d'inizio dell'espropriazione è rappresentato dalla notificazione del precetto. Sul problema cfr., in generale, Saletti, *Processo esecutivo e prescrizione. Contributo alla teoria della domanda esecutiva*, Milano 1992.

3. L'opposizione all'esecuzione come modello standard dei procedimenti di opposizione all'attività esecutiva

L'opposizione all'esecuzione come modello standard dei procedimenti di opposizione all'attività esecutiva.

Non vi è dubbio che sul piano strutturale il procedimento di vendita del bene oppegnorato (ma anche quello *ex art.* 1211 c.c. e quello dell'*art.* 2756, 3° comma, c.c.) sia diverso da quello di espropriazione forzata: non occorre un titolo esecutivo; non esiste un giudice dell'esecuzione; il procedimento di vendita può essere diverso da quello codicistico, se le forme sono consensualmente determinate^[15]. Parimenti, non si può che convenire sul fatto che il giudizio ordinario di opposizione alla vendita del bene oppegnorato è, sul piano strutturale, diverso da una opposizione all'esecuzione.

Lo scopo di una indagine sulla «natura» di un procedimento, tuttavia, si risolve, in ultima analisi, nell'individuare un modello di processo di riferimento che contenga le norme generali da applicare quando

la disciplina speciale nulla dispone: in altre parole, quando ci si interroga sulla natura dell'opposizione alla vendita del bene oppegnorato, si vuole individuare il modello standard di processo le cui regole possono trovare applicazione tutte le volte in cui la legge non disponga altrimenti. Se così è, si ritiene che il problema predetto non possa essere risolto sottolineando differenze strutturali tra diversi procedimenti, ma occorra fare riferimento a profili più generali che ci consentano di riunire due o più processi, diversamente disciplinati, entro una categoria più ampia, in ragione della identità della loro «natura».

In questa prospettiva, possiamo osservare che tra i procedimenti di cognizione, nei quali il giudice è chiamato a decidere dell'esistenza di diritti soggettivi, esiste una specie costituita dalle opposizioni all'esecuzione in cui il giudice decide dell'esistenza del potere esecutivo e della legittimità delle forme del suo esercizio. Questi processi di cognizione, a differenza di quello ordinario che ha ad oggetto l'esistenza di diritti sostanziali, hanno un contenuto strettamente processuale, atteso che il giudice deve accertare l'esistenza del potere di un soggetto (creditore, nelle ipotesi di autotutela esecutiva; o organo dello Stato, nelle ipotesi in cui si ricorra al procedimento di esecuzione forzata) di intervenire nella sfera giuridica altrui, al fine rimuovere gli ostacoli materiali al soddisfacimento del diritto di chi si afferma essere creditore.

La dottrina, per suo conto, ha sottolineato il parallelo e la stretta analogia, sia sul piano funzionale, che su quello strutturale^[16], tra la situazione giuridica propria del creditore che agisce in autotutela e di quello che si avvale del processo esecutivo. Sul piano funzionale, si è evidenziato che lo scopo dei due procedimenti è sempre quello di ottenere la soddisfazione coattiva del credito^[17]. Sul piano strutturale, si è rilevato che il creditore che agisce in autotutela è certamente titolare di un potere, al pari del soggetto titolare dell'azione^[18]; che il controllo giurisdizionale appare tanto stringente, quanto quello previsto per l'esecuzione forzata ordinaria; che entrambe le forme procedurali prevedono che la vendita avvenga con l'intervento di un organo pubblico, con la conseguente instaurazione di un rapporto (tra creditore ed organo pubblico incaricato delle operazioni di vendita) che viene spesso definito in termini processuali^[19]. Approfondendo, poi, le caratteristiche proprie della situazione giuridica soggettiva facente capo al creditore che agisce in autotutela, si è osservato che questa costituisce una delle forme attraverso le quali è possibile ottenere la soddisfazione coattiva del credito pecuniario^[20], a fronte dell'illegittima resistenza del debitore ed indipendentemente dalla sua volontà. In estrema sintesi, tra le diverse opzioni possibili - attribuzione di un potere sostanziale, immediatamente esercitabile nella sfera giuridica del debitore, o strumentale, mediato - il potere di far vendere un bene del debitore, può essere esercitato attraverso del

regole del procedimento di esecuzione forzata previsto dal libro III del codice di procedura civile, oppure può essere attuato con forme estranee al predetto processo ^[21]. In ogni caso, si tratta pur sempre dell'esercizio da parte del creditore di un potere strumentale al soddisfacimento del proprio diritto, che non varia in funzione delle modalità della sua attuazione.

Da queste considerazioni è possibile desumere l'identità di «natura» tra l'opposizione dell'art. 2797 c.c. e quella dell'art. 615 c.p.c.: in entrambe i processi il giudice ha il potere di decidere dell'esistenza del potere esecutivo. Insomma, vi saranno pure delle differenze strutturali tra opposizione all'esecuzione ed opposizione alla vendita del bene oppegnorato, resta il fatto che l'attività posta in essere dal giudice delle due opposizioni è la medesima, risolvendosi nell'accertamento di un diritto prettamente processuale.

Pare più corretto, pertanto, come ha fatto la giurisprudenza di legittimità, individuare il modello standard dell'opposizione all'intimazione di vendita del bene oppegnorato nell'opposizione all'esecuzione, piuttosto che nel processo ordinario di cognizione.

^[15]) Salvioni, *op. cit.*, §3; Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, cit., 134 s.; Gorla, Zanelli, *op. cit.*, 128 ss.; Tarzia, *op. cit.*, 21 e nota (49). In giurisprudenza: Cass. 21.07.1977, n. 3261, cit.; Cass. 11.08.1987, n. 6894, in *Giust. Civ.*1988, I, 2084 (in motivazione); Trib. S. Maria Capua Vetere, 06.02.1998, in *Gius* 1998, 2647.

^[16]) Tarzia, *op. cit.*, 21. *Contra*, Allorio, *Diritto processuale tributario*, 3^aed., Milano 1955, pp. 33, 166.

^[17]) Tarzia, *op. cit.*, 21; Montesano, *op. cit.*, 94.

^[18]) Tarzia, *op. cit.*, 21, che sottolinea come esso si contrapponga all'ipotesi dell'esecuzione penale ed amministrativa, ove il Pubblico Ministero e la pubblica amministrazione sono titolare di una posizione di dovere.

^[19]) Tarzia, *op. cit.*, 21 s.

^[20]) Cfr. Montesano, *op. cit.*, 86-92, 96, che ritiene legittima l'opzione dell'autotutela solamente per la tutela coattiva di crediti pecuniari, non per i crediti di consegna, fare o non fare, la cui natura impone l'intervento dell'organo giurisdizionale necessario per limitare il diritto assoluto del debitore.

^[21]) Montesano, *op. cit.*, 95. Inquadrano l'istituto nel più ampio fenomeno di degiurisdizionalizzazione dell'esecuzione forzata Bongiorno, *Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 750; Lombardini, *op. cit.*, 1136

<https://www.diritto.it/sulla-natura-del-procedimento-di-opposizione-ex-art-2797-c-c-alla-vendita-della-cosa-data-in-pegno-nota-a-cass-civ-sez-vi-3-21-settembre-2018-n-17268/>