

“omissis”

Svolgimento del processo

1.- Con sentenza depositata il 9 settembre 2010, il Tribunale di Bologna ha dichiarato estinto il giudizio di opposizione all'esecuzione e di opposizione agli atti esecutivi introdotto da B.B. nei confronti di E. P. s.p.a.. Il Tribunale ha accolto l'eccezione di estinzione del giudizio sollevata da quest'ultima perché l'atto introduttivo del giudizio di merito è stato notificato nel termine di sessanta giorni assegnato dal giudice dell'esecuzione con l'ordinanza del 10 novembre 2008; tuttavia, è stato notificato non alla parte personalmente, bensì al procuratore costituito per E. P. s.p.a. nella fase dinanzi al giudice dell'esecuzione, conclusa con detta ordinanza. Ha condannato l'opponente al pagamento delle spese di lite in favore dell'opposta.

2.- Avverso la sentenza B.B. propone ricorso straordinario con tre motivi, illustrati da memoria. E. C. S.p.A. (già E. P. s.p.a.) si difende con controricorso.

Motivi della decisione

1.- Preliminarmente, va dato atto che il Tribunale ha qualificato l'opposizione dell'odierna ricorrente sia come opposizione all'esecuzione che come opposizione agli atti esecutivi.

Dalla sentenza risulta che i motivi di opposizione, proposti avverso tre cartelle esattoriali, erano i seguenti: 1) inesistenza del titolo esecutivo di cui alla cartella n. (OMISSIS) in quanto tempestivamente impugnata davanti al Giudice di Pace; 2) omessa notificazione e mancata produzione della cartella di pagamento n. (OMISSIS) ; 3) avvenuto integrale pagamento della cartella n. (OMISSIS).

Il secondo di tali motivi, attenendo a profili di regolarità formale del procedimento, è riconducibile al disposto dell'art. 617 cod. proc. civ. e dà luogo ad un'opposizione agli atti esecutivi.

Il primo ed il terzo, invece, attenendo al diritto di E. C. S.p.A. di procedere ad esecuzione forzata sono riconducibili al disposto dell'art. 615 cod. proc. civ. e danno luogo ad un'opposizione all'esecuzione.

1.1.- La sentenza impugnata è stata pubblicata il 9 settembre 2010. Il ricorso è inammissibile nei limiti in cui la statuizione di estinzione del giudizio impugnata si riferisce all'opposizione all'esecuzione, attesa la soppressione dell'ultimo periodo dell'art. 616 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 49, secondo comma, della legge 18 giugno 2009, n. 69. A seguito di questa modifica normativa le sentenze conclusive dei giudizi di opposizione all'esecuzione, pubblicate dopo il 4 luglio 2009, sono oramai appellabili (cfr. Cass. ord. n.17321/11, per la quale *“Ai fini dell'individuazione del regime di impugnabilità di una sentenza, occorre avere riguardo alla legge processuale in vigore alla data della sua pubblicazione. Pertanto, le sentenze che abbiano deciso opposizioni all'esecuzione pubblicate prima del primo marzo 2006, restano esclusivamente appellabili; per quelle, invece, pubblicate successivamente a tale data e fino al 4 luglio 2009, non è più ammissibile l'appello, in forza dell'ultimo periodo dell'art. 616 cod. proc. civ., introdotto dalla legge 24 febbraio 2006, n. 52, con la conseguenza dell'esclusiva ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost.; le sentenze, infine, in*

cui il giudizio di primo grado sia ancora pendente al 4 luglio 2009, e siano quindi pubblicate successivamente a tale data, tornano ad essere appellabili, essendo stato soppresso l'ultimo periodo dell'art. 616 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 49, secondo comma, della legge 18 giugno 2009, n. 69. (Principio affermato ai sensi dell'art. 360 bis, n. 1, cod. proc. civ.)".

2.- I motivi di ricorso vanno perciò esaminati al fine di delibarne la fondatezza o meno con esclusivo riferimento all'opposizione agli atti esecutivi. Con il primo motivo si deduce *error in procedendo*: violazione ed errata interpretazione ed applicazione dell'art. 618 c.p.c., degli artt. 125 disp. att. e 170 c.p.c., dell'art. 307, comma terzo, c.p.c..

La ricorrente sostiene che l'affermazione del giudice secondo cui, per effetto della novella del 2006, il giudizio di opposizione agli atti esecutivi (ed anche il giudizio di opposizione all'esecuzione) non costituisce più un unico giudizio suddiviso in due fasi, ma comporta due separati e distinti giudizi, non troverebbe alcuna conferma nei lavori preparatori della legge n. 52 del 2006; che inoltre non troverebbe alcun riscontro né in dottrina né in giurisprudenza, sia di merito che di legittimità (come da precedenti richiamati in ricorso); che, di conseguenza, l'impulso per l'avvio della fase di merito, che rappresenterebbe la prosecuzione del giudizio già instaurato con il deposito del ricorso previsto dall'art. 617, comma secondo, è stato realizzato, nel caso di specie, con una comparsa di riassunzione notificata alla controparte e questa notifica bene è stata fatta nel domicilio eletto presso il procuratore costituito ai sensi degli artt. 125 disp. att. e 170 cod. proc. civ..

2.1. – Col secondo motivo si deduce *error in procedendo*: violazione ed errata applicazione dell'art. 83, ult. co., c.p.c., dell'art. 74 disp. att. c.p.c., dell'art. 168, comma secondo, e dell'art. 73 disp. att. c.p.c.; nonché *error in iudicando*: violazione ed errata applicazione dell'art. 2697 cod. civ., oltre che conseguente illogicità ed incongruenza di motivazione ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ. La ricorrente rileva che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di merito, la controparte non avrebbe mai sostenuto di avere rilasciato una procura limitata alla fase dinanzi al giudice dell'esecuzione; che, comunque, nel costituirsi in tale fase, E. P. s.p.a. avrebbe preso anche conclusioni relative al merito dell'opposizione, con una procura rilasciata in calce alla stessa comparsa di costituzione, non limitata alla fase sommaria e contenente anche l'elezione di domicilio presso il procuratore costituito. Aggiunge che, trattandosi di procura in atti, in quanto apposta in calce alla comparsa di risposta di E. P. s.p.a., sarebbe incomprendibile la motivazione della sentenza secondo cui sarebbe mancata la prova del contenuto della procura medesima, che avrebbe potuto essere rintracciata, in originale, nel fascicolo di parte dell'opposta o, in copia, nel fascicolo d'ufficio.

3.- I motivi, da esaminarsi congiuntamente per evidenti ragioni di connessione (pur essendo il secondo assorbito, in parte, dal primo), sono fondati. Questa Corte ha già avuto occasione di affermare che la procura apposta dal creditore sull'atto di precetto, con cui viene attribuito al difensore il potere di compiere tutte le attività necessarie per far conseguire alla parte rappresentata la soddisfazione del credito, abilita lo stesso difensore a compiere, oltre che gli atti del processo esecutivo in senso stretto, anche quelli inerenti agli eventuali giudizi di opposizione che possono fraporsi tra la pretesa esecutiva e la

soddisfazione del credito, non solo limitatamente al primo grado ma anche per l'appello, in tal caso restando superata la presunzione di cui all'art. 83, quarto comma, cod. proc. civ., secondo cui la procura speciale si presume conferita per un determinato grado del processo se non è espressa una volontà diversa (così già Cass. n. 3089/01, nonché, tra le altre, Cass. n. 10569/02 e n. 26296/07).

Corollario di questo principio è quello per il quale, qualora la procura sia stata conferita, con la relativa elezione di domicilio, espressamente per il giudizio di opposizione – nel caso di specie, in calce alla comparsa di risposta per resistere all'opposizione agli atti esecutivi – sia la procura che l'elezione di domicilio conservano validità per tutto il corso del giudizio, dalla fase dinanzi al giudice dell'esecuzione fino alla successiva fase di merito e, qualora si tratti di opposizione all'esecuzione o di terzo all'esecuzione, anche per il grado di appello (essendo invece non impugnabile la sentenza di opposizione agli atti esecutivi e necessitando l'eventuale ricorso straordinario dinanzi a questa Corte di procura speciale ai sensi dell'art. 365 cod. proc. civ.; norma estesa anche all'eventuale controricorso).

3.1.- Quest'ultimo principio non sarebbe (più) applicabile, secondo il Tribunale di Bologna, nell'assetto dei giudizi di opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi, come risulta a seguito della sostituzione degli artt. 616, comma secondo, e 618, comma secondo, cod. proc. civ. rispettivamente attuata dagli artt. 14 e 15 della legge 24 febbraio 2006 n. 52; l'attuale struttura bifasica del procedimento e la ritenuta natura cautelare della prima fase comporterebbero l'autonomia di questa rispetto alla fase di merito a cognizione piena, con conseguente applicabilità dell'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione in tema di procura rilasciata per i procedimenti cautelari regolati dal rito cautelare uniforme introdotto dall'art. 74 della legge 26 novembre 1990 n. 353.

Secondo quest'ultimo orientamento, il procedimento cautelare costituisce un procedimento distinto ed autonomo rispetto a quello di merito, ancorché legato ad esso da un nesso di strumentalità, con la duplice conseguenza che, ottenuta la pronuncia sull'istanza cautelare, si deve iniziare un nuovo procedimento per il merito, e che, a tal uopo, va rilasciata altra procura, avendo quella precedentemente rilasciata ormai esaurito i suoi effetti (così, tra le altre, Cass. n. 10822/04 ed altre successive, fino alla recente Cass. n. 17221/14). Come si rileva nella sentenza impugnata, l'affermazione di principio è spesso coniugata con l'altra per la quale la procura speciale rilasciata per il procedimento *ante causam* può, nonostante la piena autonomia di tale procedimento rispetto all'eventuale giudizio di merito, abilitare il procuratore ad introdurre il successivo giudizio a cognizione piena (ovvero a resistere ad esso) a condizione che la procura sia riferibile in modo certo e non equivoco anche al giudizio di merito, e che quest'ultimo giudizio verta sullo stesso oggetto del procedimento cautelare inizialmente introdotto (cfr., oltre a Cass. n. 10822/04, anche Cass. n. 1236/03 e n. 14641/09, citate in sentenza). Non manca peraltro, come controbatte la ricorrente, un orientamento difforme, espresso da un precedente che ha affermato che la procura rilasciata per la fase cautelare è valida per la successiva fase di merito, atteso il collegamento funzionale esistente tra le due fasi, ponendosi quella cautelare come

strumentale, sussidiaria e propedeutica a quella di merito, ed atteso che, anche in omaggio al principio di conservazione dell'atto, la presunzione di cui all'art. 83 cod. proc. civ. opera solo allorquando la procura venga rilasciata in modo assolutamente generico o si limiti a conferire la rappresentanza senza altra indicazione e non quando, come nella specie, essa sia conferita con riferimento al "presente giudizio", alla "causa" o alla "controversia" (così Cass. n. 37/09, citata in ricorso, mentre non è pertinente Cass. n. 12288/04, che riguarda il procedimento speciale di convalida di sfratto. Quanto a Cass. n. 3794/2002 – pure richiamata dalla ricorrente – ha sì affermato che l'elezione di domicilio contenuta nella procura rilasciata per la fase cautelare è valida anche per la fase di merito, ma solo nel caso in cui detta procura "... *contenga l'elezione di domicilio presso il difensore, l'indicazione della sua validità oltre la fase cautelare, nonché la menzione delle fasi di opposizione e di esecuzione successive al provvedimento urgente*", poiché "*soddisfa l'esigenza che è alla base dell'art. 141 cod. proc. civ., il quale individua nella volontà della parte la fonte della legittimità di una elezione di domicilio che vada oltre la fase processuale nella quale viene compiuta*").

3.2.- Il Collegio ritiene che l'orientamento giurisprudenziale relativo al procedimento cautelare sul quale si basa la sentenza impugnata non sia pertinente rispetto al caso in esame, specificamente rispetto ai giudizi di opposizione agli atti esecutivi – a prescindere dalle oscillazioni sopra riscontrate a proposito del procedimento cautelare e dalla verifica dell'attività interpretativa svolta dal giudice di merito per individuare, volta per volta, l'ambito del mandato conferito dalla parte al procuratore (cfr. Cass. n. 4864/07 ed altre).

La riforma attuata con la legge n. 52 del 2006, innovando rispetto al passato, ha rimodulato il giudizio di opposizione agli atti esecutivi introdotto dopo l'inizio dell'esecuzione – quale è il presente – configurandone una struttura bifasica. Si prevede una fase dinanzi al giudice dell'esecuzione, che si svolge col rito camerale richiamato dall'art. 185 disp. att. cod. proc. civ. (anche questo sostituito dalla legge n. 52 del 2006, art. 13) e si conclude con l'ordinanza che, ai sensi del novellato art. 618, comma secondo, cod. proc. civ., sospende la procedura o da i provvedimenti indilazionabili, comunque non idonea al giudicato. Si prevede quindi una fase di merito dinanzi al giudice competente ai sensi dell'art. 27, comma secondo, cod. proc. civ., ma che non è condotta dal giudice dell'esecuzione in quanto tale, poiché, svolgendosi secondo il rito di cognizione ordinario, fatte salve le deroghe di cui allo stesso art. 618, comma secondo (ovvero secondo il rito speciale nei casi previsti dall'art. 618 bis cod. proc. civ.), è esterna al processo esecutivo e si conclude con una sentenza idonea al giudicato.

Tuttavia, la fase dinanzi al giudice dell'esecuzione è delineata dal legislatore della riforma del 2006 come fase necessaria, per quanto previsto dagli artt. 617, comma secondo, e 618, comma primo, cod. proc. civ., tanto che il ricorso introduttivo va proposto dinanzi al giudice dell'esecuzione, ma delimita e condiziona anche l'ambito di cognizione del giudice del merito. Inoltre, è il giudice dell'esecuzione che, ai sensi del secondo comma dell'art. 618 cod. proc. civ., "in ogni caso fissa un termine perentorio per l'introduzione del giudizio di merito", così attuando il collegamento tra le due fasi.

Come sottolineato dalla ricorrente, questa Corte ha già avuto modo di soffermarsi sul collegamento tra le due fasi in cui si articola il processo di opposizione agli atti esecutivi (e di opposizione all'esecuzione), presupponendone un carattere unitario, sia pure a fini diversi dal presente (cfr. Cass. n. 13928/10 e n. 22767/10, citate in ricorso, unitamente ad altre non pertinenti poiché relative alla disciplina vigente prima delle modifiche apportate con la legge n. 52 del 2006; cui adde, tra le altre, Cass. n. 20532/09 e n. 15630/10, oltre a Cass. n. 22033/11, n. 17860/11, n. 9984/12, citate nella memoria ex art. 37 8 cod. proc. civ.).

Ribadendo l'orientamento espresso nei precedenti appena citati, va qui affermato che il procedimento disciplinato dall'art. 618, comma secondo, cod. proc. civ., dopo le modifiche apportate dalla legge n. 52 del 2006, è distinto in due fasi, delle quali la prima a carattere sommario e la seconda a cognizione piena; tuttavia entrambe fasi di un procedimento unico.

Il carattere unitario del giudizio rileva al fine di delibare le conseguenze dell'applicazione all'opposizione agli atti esecutivi dell'art. 83 cod. proc. civ., e specificamente dell'ultimo comma di questo, che prevede che "la procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo quando nell'atto non è espressa una volontà diversa", nonché al fine di valutare la portata dell'elezione di domicilio presso il procuratore costituito. In ragione di quanto detto sopra, quando si tratta di processo di opposizione agli atti esecutivi, nei rapporti tra la fase sommaria e la fase eventuale di merito, la presunzione di cui all'ultimo comma dell'art. 83 cod. proc. civ. non ha ragion d'essere e il mandato difensivo rilasciato per la proposizione del ricorso dinanzi al giudice dell'esecuzione (o per resistere al ricorso da altri proposto) è conferito anche per il giudizio di merito iniziato ai sensi del comma secondo dell'art. 618 cod. proc. civ.. Peraltro, il carattere eventuale di quest'ultimo giudizio consente che la procura venga espressamente limitata alla rappresentanza nella fase sommaria.

Parimenti, l'elezione di domicilio presso il difensore nominato con la procura alle liti rilasciata per il procedimento dinanzi al giudice dell'esecuzione, non espressamente limitata alla fase sommaria, conserva validità oltre tale fase, sicché la citazione per il giudizio di merito che la segue è validamente notificata al procuratore costituito.

In conclusione, va affermato che il giudizio di opposizione agli atti esecutivi, così come risultante dalle modifiche apportate agli artt. 618 cod. proc. civ. e 185 disp. att. cod. proc. civ. dalla legge 24 febbraio 2006 n. 52, pur essendo diviso in due fasi, conserva una struttura unitaria, nel senso che la fase eventuale di merito è in collegamento con la fase sommaria. Da ciò consegue:

- che la procura, rilasciata al difensore per l'opposizione agli atti esecutivi dinanzi al giudice dell'esecuzione, è da intendersi conferita anche per il successivo eventuale giudizio di merito, in mancanza di una diversa ed esplicita volontà della parte che limiti il mandato alla fase sommaria;
- che l'atto di citazione per il giudizio di merito che segue la fase sommaria dinanzi al giudice dell'esecuzione è validamente notificato presso il difensore nominato con la procura alle liti rilasciata già nella prima fase, in mancanza di una diversa ed esplicita volontà della parte che ne limiti la validità alla prima

fase.

3.3.- Corollario dei principi appena espressi si ha in tema di onere della prova. Ed invero, nel caso in cui sia applicabile l'art. 83, ult. co., cod. proc. civ., la presunzione ivi prevista viene meno purché dal tenore della procura alle liti possa desumersi che essa sia stata conferita anche per un grado diverso o, in caso di procedimento cautelare, anche per la fase di merito. In tale eventualità, a fronte della eccepita invalidità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di merito, che segua un procedimento cautelare, eseguita non alla parte personalmente ma nel domicilio da questa eletto presso il proprio difensore in occasione del procedimento cautelare, è onere del notificante provare che la procura conferita dalla controparte fosse valida per la fase cautelare e per i successivi gradi (così di recente Cass. n. 17221/14). L'onere della prova è, invece, invertito nel caso di giudizio di opposizione agli atti esecutivi (o di opposizione all'esecuzione), in ragione del carattere unitario di questo e dei principi di diritto sopra enunciati in merito all'ambito di operatività della procura alle liti e dell'elezione di domicilio effettuata con il relativo conferimento.

Pertanto, va affermato che è valida la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di merito, che, nell'opposizione agli atti esecutivi, segua la fase sommaria dinanzi al giudice dell'esecuzione, eseguita non alla parte personalmente ma nel domicilio da questa eletto presso il proprio difensore già nella prima fase; è onere di chi eccepisce la nullità della notificazione provare che la procura conferita nella fase sommaria fosse espressamente limitata a quest'ultima.

4.- I primi due motivi di ricorso vanno perciò accolti. La sentenza impugnata va cassata limitatamente alla statuizione di estinzione del giudizio di opposizione agli atti esecutivi, nonché alla condanna alle spese. Ed invero, dal momento che queste sono state cumulativamente liquidate sia per l'opposizione all'esecuzione che per l'opposizione agli atti esecutivi, la cassazione della decisione in merito a quest'ultima comporta la cassazione della decisione sulle spese.

Essendo necessari accertamenti di fatto, che il giudice di merito non ha eseguito in ragione della dichiarata estinzione del giudizio, la causa va rinviata al Tribunale di Bologna, in persona di diverso magistrato, per l'esame nel merito dei motivi di opposizione agli atti esecutivi e per la regolamentazione delle spese processuali secondo l'esito complessivo della lite. Resta assorbito il terzo motivo col quale si è criticata la sentenza per non avere ritenuto la sanatoria del vizio di notificazione a seguito della regolare costituzione dell'opposta nella fase di merito.

Si rimette al giudice del rinvio la decisione sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso con riferimento all'opposizione all'esecuzione.

Accoglie, limitatamente all'opposizione agli atti esecutivi, il primo ed il secondo motivo di ricorso, assorbito il terzo; cassa la sentenza impugnata, nei limiti specificati in motivazione, e rinvia al Tribunale di Bologna, in persona di diverso magistrato, anche per le spese del giudizio di cassazione.