

Cass., civ. sez. III, del 28 luglio 2015, n. 15849

1.- Il ricorrente con il primo motivo lamenta: "Violazione di legge e falsa applicazione di legge ex art. 360 n. 3 c.p.c. con riferimento agli artt. 644 c.p.c. e 188 c.p.c. nonché agli artt. 139, 645, 647 e 650 c.p.c." per avere i giudici di merito erroneamente ritenuto l' esistenza di un titolo esecutivo benché non notificato nei termini di cui all' art. 644 c.p.c. Comunque l' art. 188 disp. att. c.p.c. prevede che la declaratoria di inefficacia del decreto possa esser chiesta nei modi ordinari, e cioè anche nelle forme di opposizione all' esecuzione, che ha natura di giudizio di cognizione.

Peraltro, poiché l' opposizione è avvenuta nei quaranta giorni dalla notifica del precetto, poteva esser convertita in opposizione tardiva all' ingiunzione di cui all' art. 650 c.p.c. in quanto il decreto ingiuntivo non gli era stato notificato e la residenza anagrafica del debitore era diversa da quella in cui ha avuto conoscenza del precetto, primo atto che gli ha consentito di conoscere l' ingiunzione.

Il motivo è fondato.

I principi di diritto da applicare nella fattispecie sono i seguenti.

A) La notifica effettuata ex art. 140 cod. proc. civ. richiede che l'ufficiale notificatore indichi specificamente le ragioni di difficoltà materiale per cui non ha potuto procedere secondo le forme previste dall'art. 139 cod. proc. civ., descrivendo, in particolare, le infruttuose ricerche del destinatario nel luogo di residenza, dimora o di domicilio, con conseguente illegittimità della notifica ai sensi dell'art. 140 cod. proc. civ. nel caso in cui il soggetto che promuove la notificazione non abbia usato l'ordinaria diligenza per individuare il luogo di residenza e manchi la prova che l' atto sia pervenuto al destinatario (Cass. 20098 del 2009);

B) nel caso di legittimo ricorso del procedimento di cui all'art. 140 cod. proc. civ., a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 3 del 2010 il termine in cui si realizza l'effetto della conoscibilità dell'atto, ai fini della verifica del rispetto del termine di decadenza per l'impugnazione, non è quello del semplice invio a cura dell'agente postale della raccomandata che dà avviso dell'infruttuoso accesso e degli eseguiti adempimenti, stabiliti da tale norma a pena di nullità (deposito della copia dell'atto nella casa del comune dove la notificazione deve eseguirsi; affissione dell'avviso del deposito in busta chiusa e sigillata alla porta dell'abitazione del destinatario; notizia del deposito al destinatario mediante raccomandata con avviso di ricevimento), ma decorsi dieci giorni dall'inoltro della raccomandata con avviso di ricevimento (Cass. 7809 del 2010), che deve essere allegata all'originale dell'atto e la cui mancanza, rendendo impossibile il controllo in ordine alla circostanza che l'avviso sia pervenuto nella sfera di conoscibilità del destinatario, determina la nullità della notificazione (Cass. 24544 del 2008);

C) di fronte alla minaccia dell'esecuzione forzata in base ad un decreto d'ingiunzione dichiarato esecutivo per mancata opposizione, l'ingiunto, che deduca un vizio della notificazione che ne determina la nullità, può esperire l'opposizione tardiva ai sensi dell' art.

650 cod. proc. civ. "se prova di non averne avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione" (S.O. 9938 del 2005), prova che l'ingiunto può fornire a mezzo di presunzioni ed in particolare, trattandosi di fatto negativo, attraverso la dimostrazione del fatto positivo costituito dal modo e dal quando la conoscenza sia avvenuta, mentre ricade sulla parte opposta che intenda contestare la tempestività dell'opposizione tardiva di cui all'art. 650 cod. proc. civ., in relazione alla irregolarità della notificazione così come ricostruita dall'opponente, l'onere di provare il fatto relativo all'eventuale conoscenza anteriore del decreto da parte dell'ingiunto, si da rendere l'opposizione tardiva intempestiva e, quindi, inammissibile (Cass. 10386 del 2012);

D) il termine per l' opposizione ai sensi dell' art. 650 terzo comma cod. proc. civ. è di dieci giorni dal primo atto d'esecuzione (ex multis Cass. 5884 del 1999, 15892 del 2009), che non è il precetto, atto propedeutico all'esecuzione e di regola non direttamente incidente sulla condizione giuridica della cosa (Cass. 12155 del 1995), ed inidoneo a sanare la nullità della notifica del decreto ingiuntivo (Cass. 23894/2012);

E) l'opposizione a precetto può contenere anche l'opposizione a decreto ingiuntivo (Cass. 8011 del 2009, 25713 del 2014) se solo attraverso il precetto l'intimato abbia avuto conoscenza del provvedimento monitorio (Cass. 24398 del 2010) e le due opposizioni possono cumularsi in un unico procedimento allorché un medesimo giudice sia competente per entrambe, secondo gli artt. 27 e 645 cod. proc. civ.;

F) se colui che eccepisce l' invalidità della notifica del decreto ingiuntivo contesta altresì l' efficacia e il merito del provvedimento monitorio (Cass. 1993 n. 5231, 2009 n. 18791, 25713 del 2014), il giudice adito deve vagliare la fondatezza di dette eccezioni - e le relative implicazioni in ordine alle spese della fase monitoria - e, se fondate, esaminare la domanda giudiziale contenuta nel ricorso, secondo le regole del processo di cognizione (Cass. 21050 del 2006, 14910 del 2013).

Nessuno di detti principi è stato osservato nella fattispecie in cui il giudice di appello:

1) nulla ha argomentato sulla norma prescritti, né sulla presunzione, nel caso di vizio del procedimento notificatorio, di non conoscenza dell' atto ai fini della ritenuta immodificabilità di esso, ed ha invece tautologicamente ritenuto che la notifica dell' atto di precetto, indirizzata in luogo diverso dalla residenza dell' intimato, da questi ricevuto, ma altresì addotto come primo atto da cui ha avuto modo di conoscere l' ingiunzione, oltre a sanare ai sensi dell' art. 156 cod. proc. civ. il vizio di notifica di esso, costituisse idonea presunzione del perfezionamento della notifica dell' ingiunzione in data 7 marzo 2009 (senza neppure specificare a quale adempimento notificatorio tra quelli stabiliti dall' art. 140 cod. proc. civ. detta data era riferibile);

2) senza esaminare se il giudice competente sull' opposizione all' esecuzione fosse anche funzionalmente competente sull' opposizione al provvedimento monitorio, ovvero disporre per la pregiudiziale validità della notifica ai sensi dell' art. 140 cod. proc. civ. anziché 139 cod. proc. civ. né sugli adempimenti decisione della questione sulla validità del titolo esecutivo, ha erroneamente affermato che l' opposizione all'esecuzione non può contenere

<http://www.fanpage.it/diritto>

anche un'opposizione tardiva ed ha pertanto ritenuto precluse sia le eccezioni di rito che di merito.