

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE - MILANO
ISTITUTO GIURIDICO
RACCOLTE DI STUDI

7

**STUDI IN ONORE DI
VITTORIO COLESANTI**

II



JOVENE EDITORE 2009

duplice implicazione per le questioni proposte e cioè, in via generale, che non sopravvive un arbitrato di diritto comune che trovi la propria fonte in una clausola compromissoria inserita nello statuto sociale, accanto a quello speciale societario previsto dall'art. 34⁵¹ e, quanto alle clausole preesistenti negli atti costitutivi, che se non vengono adeguate alla nuova normativa, sono colpite inesorabilmente dalla sanzione di nullità⁵².

Per completezza si deve ricordare che è stato ritenuto non applicabile alla specie il disposto dell'art. 1419, comma 2°, c.c. e quindi impossibile limitare la nullità comminata dall'art. 34, comma 2°, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 al solo mancato conferimento della nomina degli arbitri a soggetti estranei alla società, il che avrebbe fatta salva l'opzione a favore della soluzione in via arbitrale della controversia⁵³.

⁵¹ Cfr. LUIO, *sub art. 34*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di LUIO, cit., 558.

⁵² Sulle problematiche di diritto transitorio cfr. ampiamente ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, cit., 968 ss.

⁵³ RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, cit., 497. In giurisprudenza, in questo senso, cfr. Trib. Catania 26 novembre 2004, in *www.judicium.it*. Favorevole invece all'applicazione dell'art. 1419, comma 2°, c.c. LUIO, *sub art. 34*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di LUIO, cit., 576, nonché Arbitro unico, 17 settembre 2004, in *Riv. arb.*, 2005, 595 ss.

NICOLA RASCIO

L'OGGETTO DEL GIUDIZIO DI APPELLO

SOMMARIO: 1. Un interrogativo. – 2. Successivi sviluppi (soprattutto) giurisprudenziali. – 3. Necessità di una loro disgiunta valutazione. – 4. Parentesi sulla parte di sentenza. – 5. Di nuovo sugli sviluppi giurisprudenziali: una spiegazione (con riflessi in prospettiva futura). – 6. Uno sviluppo ulteriore, sui motivi di appello. – 7. Un interrogativo rovesciato. – 8. Ancora sui motivi di appello.

1. *Un interrogativo.* – Quando cominciai ad occuparmi dell'oggetto dell'appello, l'interrogativo, cui mi parve doveroso provare a dare risposta, riguardava la possibilità che in un giudizio avente ad oggetto il rapporto o diritto controverso venisse inibita al giudice la cognizione su talune fattispecie ad effetti costitutivi ovvero impeditivi, estintivi o modificativi di quel rapporto o diritto. E ciò non solo (e non tanto) in conseguenza della mancata (re)introduzione nel processo, quanto piuttosto (e soprattutto) a seguito di una precedente statuizione, capace di imporsi al giudice della causa e di condizionarne perciò, almeno in parte, la decisione.

L'esigenza di rispondere a questo interrogativo nasceva dalla constatazione di un evidente attrito fra le ricostruzioni tradizionali dell'appello, concepito come giudizio sul medesimo oggetto del grado precedente e perciò sul piano logico necessariamente esteso a tutte le già dedotte fattispecie (in particolare quelle costitutive ed in genere) rilevanti per l'esistenza del diritto o rapporto in contesa; e le più recenti soluzioni di una parte della dottrina e della giurisprudenza, dirette ad individuare – per il tramite degli artt. 329, 2° co., 342 e 346 c.p.c. – meccanismi capaci di produrre più o meno significative riduzioni dell'ambito cognitorio consentito al giudice di appello.

Mi sembrò, in quella occasione, che il dato positivo offrissi significativi elementi a favore della possibilità di sottrarre alla cognizione

del giudice della domanda una o più fra le questioni necessarie per la decisione sul rapporto controverso e già introdotte nel processo; come pure di vincolarlo ad una precedente risoluzione giudiziale delle stesse¹.

E così, ad esempio, respinta con sentenza non definitiva l'eccezione di prescrizione, in caso di impugnazione immediata il giudice di appello può rigettare la domanda originaria, ma la sua cognizione non può estendersi oltre la questione di prescrizione. Al contempo, se la sentenza non definitiva non viene impugnata (ovvero se l'appello immediato viene respinto), al giudice dell'appello proposto avverso la sentenza definitiva le soluzioni di questioni contenute nella pronuncia non definitiva si impongono come un dato preformato, di cui resta esclusa ogni ulteriore valutazione.

Un meccanismo analogo, relativo questa volta alla fattispecie costitutiva del diritto, si può poi individuare in ipotesi di condanna con riserva delle eccezioni. Contestato il credito opposto in compensazione ed eccedente la competenza del giudice adito, questi può emettere sentenza di condanna se la domanda è fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile; al giudice superiore, davanti al quale la causa è riassunta, resta da valutare esclusivamente l'eccezione di compensazione riservata, il cui eventuale accoglimento comporta però la dichiarazione di inesistenza del diritto azionato e il rigetto della domanda principale, producendo altresì l'effetto di porre nel nulla la precedente condanna.

Ad ogni modo, ciò che allora mi appariva oggetto di discussione e di necessaria dimostrazione era solo (o almeno soprattutto) la possibilità di limitare la cognizione del giudice di appello; non anche l'individuazione del diritto o rapporto controverso quale oggetto del giudizio di secondo grado.

2. *Successivi sviluppi (soprattutto) giurisprudenziali.* – Sono passati diversi anni, nel corso dei quali la giurisprudenza ha registrato significative evoluzioni, delle quali occorre dare conto.

2.1. Per il vero già nel 1987 le S.U. avevano mostrato di preferire l'impostazione per cui «nel giudizio di appello – che non è un *iudicium novum*, ma è una *revisio prioris instantiae* – la cognizione del giudice resta circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante attraverso l'e-

¹ N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, 65 ss.

nunciata di specifici motivi»: motivi che non possono esaurirsi nell'individuazione delle statuizioni concretamente impuginate ma richiedono pure l'esposizione delle ragioni dirette a confutare le argomentazioni che sorreggono la decisione di primo grado².

Senonché quando nel 2000 le S.U. tornano ad occuparsi della funzione del motivi di appello e della conseguenza della loro omissione, individuandola nella inammissibilità, compiono un passaggio ulteriore³.

Precisano infatti le S.U. che scopo dell'atto di appello sarebbe, oltre a quello (comune alla citazione di primo grado) di «costituire il rapporto giuridico processuale», pure quello di «evitare il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, attraverso la denuncia della sua pretesa ingiustizia» e così di consentire al giudice «di accedere all'esame, nel merito, della *revisio prioris instantiae* richiesta». Pertanto il difetto dei motivi prescritti dall'art. 342 c.p.c. darebbe luogo a un «vizio dell'atto, inducente il passaggio in giudicato della sentenza» e di conseguenza l'inammissibilità dell'impugnazione.

Le S.U. non arrivano, si badi, al punto di individuare nella verifica della fondatezza dei motivi un presupposto della riforma della sentenza appellata.

Tuttavia l'accostamento delle due proposizioni – per le quali «la cognizione del giudice resta circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante attraverso l'enunciazione di specifici motivi», mentre la mancanza dei motivi è «vizio dell'atto, inducente il passaggio in giudicato della sentenza» – lascia intendere che nella logica delle S.U. il meccanismo dell'acquiescenza tacita qualificata del 2° comma dell'art. 329 c.p.c. è destinato ad operare non solo per le parti di sentenza corrispondenti alle diverse domande in ipotesi sottoposte al primo giudice;

² Cass., Sez. Un., 6 giugno 1987, n. 4991, in *Foro it.*, 1987, I, 3037, con nota di G. BALENA, *Le sezioni unite intervengono sulla specificità dei motivi di appello*, e in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1820, con nota di G. MONTELEONE, *La funzione dei motivi ed i limiti dell'effetto devolutivo nell'appello civile secondo le sezioni unite della corte di cassazione*.

³ Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2000, n. 16/SU, in *Foro it.*, 2000, I, 1606, con note di BALENA, *Nuova pronuncia delle sezioni unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui*, C.M. BARONE, *Omissa specificazione dei motivi e inammissibilità dell'appello: intervento chiarificatore delle sezioni unite*, e A. PROTO PISANI, *In tema di motivi specifici di impugnazione*; e in *Corr. giur.*, 2000, 753, con nota di M. DE CRISTOFARO, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*. La decisione è altresì commentata da B. SASSANI, *Le sezioni unite della Cassazione e l'inammissibilità dell'atto di appello carente di motivi specifici*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 511.

bensi pure, all'interno di queste ed in mancanza di un motivo specifico di impugnazione, per le parti di sentenza corrispondenti a ciascuna delle soluzioni di questioni su cui il primo giudice ha statuito in senso contrario all'appellante.

Ed appunto il formarsi di una preclusione da giudicato interno sulle questioni non toccate dai motivi di appello, per acquiescenza tacita qualificata ai sensi del 2° comma dell'art. 329 c.p.c., appare a ben vedere una costante nella giurisprudenza recente della S.C.

Il tema della parte di sentenza sarà più avanti oggetto di qualche considerazione. Fin d'ora provo però ad esemplificare, ricordando che il giudicato per mancanza di specifico motivo di appello è stato riconosciuto per le eccezioni di prescrizione estintiva o presuntiva e per l'eccezione di decadenza, allorquando il convenuto appellante abbia sviluppato censure solo in ordine al fatto costitutivo del credito⁴; per singoli elementi di fatto accertati nella sentenza di primo grado, ad esempio se con l'appello avverso la sentenza di riconoscimento della causa di servizio venga messa in discussione l'esistenza di un nesso causale tra le accertate modalità di espletamento delle mansioni lavorative e le infermità del lavoratore, ma non anche dette modalità⁵; per la qualificazione della domanda⁶; e così via.

2.2. Proprio questi orientamenti acuivano una già notevolissima disarmonia nella ricostruzione giurisprudenziale dell'oggetto dell'appello.

La S.C. era infatti salda nel ritenere che l'onere della riproposizione espressa, richiesta dall'art. 346 c.p.c. per evitare la presunzione di rinuncia delle domande e delle eccezioni non accolte, riguardasse, accanto a quelle assorbite, pure le questioni decise a sfavore dell'appellato poi risultato vincitore rispetto alla domanda⁷; e non operasse in caso di contumacia dell'appellato⁸.

Il combinato effetto di queste soluzioni determinava così che per ottenere il medesimo risultato, vale a dire la riforma di decisioni su

⁴ Cass. 21 gennaio 2004, n. 967; Cass. 12 novembre 2004, n. 21506.

⁵ Cass. 2 gennaio 2001, n. 6.

⁶ Cass. 21 novembre 2002, n. 16405; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1547; Cass. 28 ottobre 2004, n. 20912.

⁷ Cass. 19 aprile 2002, n. 5721, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 329, con nota di S. POLI, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, dove altri riferimenti.

⁸ Cass. 12 novembre 1998, n. 11437, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2391; Cass. 30 ottobre 2001, n. 13482.

questioni, il soccombente era tenuto alla enunciazione di specifici motivi nell'atto di appello, mentre la controparte, sol perché vittoriosa sulla domanda, si sarebbe potuta limitare alla mera riproposizione, che ancora oggi conserva significative differenze di forma (se non di tempo) rispetto all'impugnazione incidentale.

Per di più l'appellato non costituendosi finiva con imporre al giudice di secondo grado di procedere di ufficio (non solo e non tanto al primo esame delle questioni da costui sollevate e rimaste assorbite, bensì pure e addirittura) al controllo di tutte le statuizioni a lui contrarie, per verificare se le stesse non dovessero venir capovolte, così da consentire la pronuncia di un dispositivo identico a quello del provvedimento impugnato.

E però nel 2003, con una sentenza della sezione tributaria⁹ successivamente non contraddetta ed anzi seguita da conformi decisioni pure di altre sezioni¹⁰, la S.C. ha rilevato l'incoerenza dell'indirizzo, che in un appello privo di efficacia devolutiva automatica sottraeva l'appellato contumace all'onere di riproporre le domande ed eccezioni non accolte; e lo ha consapevolmente abbandonato.

Al contempo, capita di imbattersi in pronunce che – pur senza porsi in meditata contrapposizione con l'orientamento tradizionale, ancora di recente riaffermato da altre sentenze¹¹ – richiedono alla parte che ha vinto sulla domanda di proporre appello incidentale per sottrarre al giudicato statuizioni sfavorevoli contenute nella sentenza di primo grado¹² e relative ad esempio alla questione di giurisdizione¹³, alla qualificazione del contratto¹⁴, alla sussistenza o meno della colpa professionale¹⁵.

2.3. Recenti innovazioni legislative, riguardando ambiti circoscritti, non sembrano particolarmente significative sul piano generale, in quanto potrebbero piuttosto suggerire l'argomento *a contrario*: così per l'inammissibilità dell'appello privo delle «specifiche censure» nel

⁹ Cass. 13 maggio 2003, n. 7316, in *Foro it.* 2003, I, 3330, con nota di RASCIO, *La riproposizione espressa dell'art. 346 c.p.c., l'appellato contumace, l'effetto devolutivo e un atteso ripensamento della Suprema corte.*

¹⁰ Cass. 13 settembre 2006, n. 19555; Cass. 18 aprile 2007, n. 9217; Cass. 4 maggio 2007, n. 10236; Cass. 12 novembre 2007, n. 23489.

¹¹ Cass. 12 gennaio 2006, n. 413; Cass. 17 gennaio 2007, n. 970; Cass., 19 febbraio 2007 n. 3717.

¹² Così, in linea di principio, Cass. 24 gennaio 2007, n. 1545.

¹³ Cass., Sez. Un., 10 marzo 2005, n. 5207.

¹⁴ Cass. 23 settembre 2004, n. 19126.

¹⁵ Cass. 20 luglio 2004, n. 13401.

rito societario, sancita dall'art. 20, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e per l'appello a motivi limitati oggi consentito dall'art. 339 c.p.c. avverso le sentenze di equità del giudice di pace.

Nel divieto dei *nova*, reintrodotta dalle leggi n. 533/73 e n. 353/90, si suole invece riconoscere un carattere coerente con la natura di *revisio prioris instantiae* attribuito dalle S.U. al giudizio di appello.

E pure con riguardo alla disciplina dello *ius novorum*, in giurisprudenza si impongono o almeno si percepiscono tendenze riduttive della cognizione del giudice di appello.

Il riferimento è anzitutto quello, scontato, alle decisioni con cui le S.U. hanno accolto l'orientamento rigoroso che include i documenti fra i nuovi mezzi di prova vietati dagli artt. 345 e 437 c.p.c.¹⁶

Ma il riferimento deve riguardare pure le sentenze in cui la S.C. ha non di rado subordinato la proponibilità (esplicitamente consentita, almeno nel rito ordinario: art. 345, comma 2°, c.p.c.) di eccezioni nuove rilevabili di ufficio alla avvenuta allegazione nel corso del giudizio di primo grado dei corrispondenti fatti estintivi, modificativi, impeditivi¹⁷.

3. *Necessità di una loro disgiunta valutazione.* – A fondamento dei recenti orientamenti giurisprudenziali appena ricordati, relativi tanto alla riemersione dei materiali di causa già sottoposti al primo giudice quanto ai limiti dei *nova* ammissibili, vi sono frequenti richiami sia alla qualificazione dell'appello come *revisio*, sia alla garanzia della ragione-

¹⁶ Cass., Sez. Un., 20 aprile 2005, nn. 8202 e 8203, in *Foro it.*, 2005, I, 1690, con note di D. DALFINO, *Limiti all'ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario)*, BARONE, *Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?*, e PROTO PISANI, *Nuove prove in appello e funzione del processo*; in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1051, con nota di B. CAVALLONE, *Anche i documenti sono «mezzi di prova» agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*; in *Corr. giur.*, 2005, 921, con note di G. RUFFINI, *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove in appello: gli artt. 345, comma 3, e 437, comma 2, c.p.c. in vaglio delle sezioni unite*, e C. CAVALLINI, *Le sezioni unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano.*

¹⁷ Cass. 30 gennaio 2006, n. 2035, in *Foro it.*, 2006, I, 3135, con note di R. ORIANI, *Ancora sull'eccezione di interruzione di prescrizione: a proposito di allegazione e prova*, e PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*; e Cass. 7 luglio 2006, n. 15514, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 517, con nota di M. GRADI, *Principio di preclusione, inammissibilità di «nova» in appello ed altri ostacoli alla ricerca della verità.* Di segno opposto Cass. 24 maggio 2005, n. 10918, *ivi*, 2006, 733, con nota di ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello.*

vole durata del processo, ormai munita pure di copertura costituzionale ai sensi dell'art. 111, 2° co., Cost.

Non per questo ne sarebbe giustificata una valutazione unitaria.

È di tutta evidenza che le interpretazioni riduttive del già asfittico *ius novorum* consentito dalla legge si traducono in corrispondenti negazioni di poteri, che altrimenti dovrebbero riconoscersi attribuiti alle parti nel giudizio di secondo grado.

Altrettanto innegabile è che costringere il giudice a chiudere gli occhi dinanzi al documento nuovo che dimostra la fondatezza della domanda; o dinanzi al fatto estintivo pagamento, in quanto rispettivamente prodotto o dedotto nel giudizio di appello, significa mettere in contrapposizione il valore, invocato, della ragionevole durata del processo (di appello) con quello della giusta composizione della controversia: quasi che, come pure si è detto, sull'altare del primo potesse giustificarsi e compiersi il sacrificio del secondo (e dunque della funzione stessa del processo)¹⁸.

Invece regolamentare in maniera anche rigorosissima la devoluzione della *res controversa* nel passaggio dal primo al secondo grado non comporta mai negazione di poteri, semmai inasprimento degli oneri, al cui assolvimento sono chiamate le parti nell'esercizio dei poteri ad esse riservati. E – aggiungerei – si tratta di oneri per il rispetto dei quali l'attività del difensore non appare condizionata dalla completezza e tempestività delle informazioni ricevute dalla parte assistita, avendo essi ad oggetto, per definizione, materiali già introdotti nel processo.

Il fondamento logico su cui riposa l'appello, che verosimilmente conduce ad una decisione più giusta perchè basata sull'esame critico dei risultati raggiunti in primo grado, consente poi di affermare che i meccanismi di progressiva selezione delle questioni, la cui riemersione venga subordinata alla individuazione degli errori in cui sarebbe incorso il primo giudice o almeno (in caso di questioni assorbite) alla loro tempestiva riproposizione, finiscono per influenzare positivamente l'efficacia del mezzo: intensità ed estensione del controllo sono variabili tra loro inversamente proporzionali.

Su questo versante, insomma, assicurare la ragionevole durata del processo non necessariamente pregiudica ed anzi probabilmente favorisce la giusta composizione della controversia.

¹⁸ PROTO PISANI, *Nuove prove in appello*, cit., 1699, e ID., *Ancora sulla allegazione dei fatti*, cit., 3146.

4. *Parentesi sulla parte di sentenza.* – Gli ultimi rilievi forniscono l'occasione per soffermarsi, come anticipato, sul tema della parte di sentenza.

4.1. Essi dovrebbero indurre una preferenza fra le due opzioni estreme, che si offrono all'interprete chiamato ad individuare con maggior precisione le questioni, la cui decisione può costituire «parte» della sentenza appellata e, per questa via, l'unità minima suscettibile di essere sottratta al giudicato o all'inverso di stabilizzarsi ai sensi dell'art. 329, 2° co., c.p.c., ove non toccata da uno specifico motivo di gravame.

Vale a dire: per «questione» si può intendere, nella sua interezza, ciascuna delle questioni processuali impedienti e ciascuna delle fattispecie ad effetti costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi del diritto in contesa. Oppure, all'estremo opposto, si può intendere ciascun punto di fatto o di diritto controverso fra le parti.

Ebbene, questa seconda e minutissima nozione, che forse trova più frequente riscontro nella giurisprudenza recente, parrebbe in grado di assicurare in maniera più incisiva la progressiva riduzione della materia del contendere e così l'affinamento del riesame cui è chiamato il secondo giudice.

4.2. A favore dell'altra e più lata nozione – che pure talvolta la giurisprudenza ha applicato¹⁹ – potrebbero tuttavia militare due argomenti.

Il primo²⁰.

Prevedere il frazionamento delle decisioni di domande, contenute nella sentenza definitiva, in parti di minore ampiezza e la loro separata stabilizzazione a seguito della mancata impugnazione significa far calare in corso di giudizio il giudicato formale su statuizioni non idonee a costituire l'esito finale di autonome richieste di tutela e così a produrre il giudicato sostanziale. Limitare questo fenomeno alle sole questioni, che possono essere oggetto di sentenza non definitiva, permette di individuare un addentellato normativo, atteso che la disciplina del codice di rito (spec. artt. 187, 279 e 340 c.p.c.) contempla appunto la possibilità che, in caso di mancata impugnazione delle sentenze non definitive, la preclusione del giudicato interno si formi su questioni.

¹⁹ Cfr. Cass. 15 gennaio 1997, n. 355; Cass. 10 luglio 1998, n. 6769; Cass. 29 ottobre 1998, n. 10832; Cass. 21 dicembre 1999, n. 14421. E v. pure App. Torino, 23 maggio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 540.

²⁰ Per il quale, con più ampi sviluppi, RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 115 ss. Ma in precedenza v. già R. PROVINCIALI, *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962, 264-266, e MONTELEONE, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 724-726.

Rimane, non v'è dubbio, un compito all'interprete, chiamato ad individuare con precisione quali sono le questioni, per le quali effettivamente è consentita la decisione con sentenza non definitiva (e di riflesso la stabilizzazione in via di acquiescenza tacita qualificata). Ma si tratta di un compito per il quale – almeno a mio avviso – l'ordinamento offre coordinate ben precise²¹.

Il secondo.

Una recente, elaborata ricostruzione²², prendendo le mosse dal dato giurisprudenziale giunge ad individuare, con riferimento alle singole fattispecie (ad effetti costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi), distinte parti di sentenza: *a*) per ciascuno dei fatti principali complessi che compongono una fattispecie ad effetti costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi (ad esempio: continuità di prestazione, vincolo di dipendenza e responsabilità di un servizio per la fattispecie costitutiva del rapporto di lavoro subordinato come giornalista collaboratore fisso); *b*) per le circostanze semplici, in cui il fatto principale complesso a sua volta si scompone (ad esempio, per il vincolo di dipendenza: la costante osservanza di istruzioni, la permanente messa a disposizione delle energie lavorative, l'assoggettamento al potere direttivo e disciplinare, il numero di articoli commissionati, ...); *c*) per ciascuno dei fatti secondari semplici, di cui il giudice abbia affermato o negato l'esistenza; *d/e/f/g*) per l'ammissibilità, la rilevanza, la regolare assunzione, la valutazione di ciascun mezzo di prova; *h/i*) per la qualificazione giuridica del rapporto e dei singoli elementi della fattispecie; *l/m*) per l'individuazione e per l'interpretazione della legge applicabile; *n*) per la determinazione dell'effetto giuridico.

Su ciascuna di queste parti di sentenza, se non fatta oggetto di specifico motivo di appello, si formerebbe il giudicato, salvo che un allargamento della cognizione consentita al giudice di appello non possa giustificarsi per la presenza di particolari vincoli di dipendenza fra le statuizioni: e dunque, proseguendo nell'esemplificazione, se il motivo di appello tocca l'interpretazione della legge applicata, non solo la ricostruzione del fatto, bensì pure l'individuazione della legge applicabile sono sottratte al riesame; viceversa l'impugnazione della parte di sentenza relativa alla individuazione della legge applicabile sarebbe in grado di devolvere, ma «nei soli limiti del condizionamento», la questione della sua interpretazione.

²¹ Cfr. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 118 ss.

²² POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, 181 ss.

Ma, viene da chiedersi, cosa impedisce allora di sezionare la sentenza in parti sempre più minute? E così, ad esempio, l'affermazione circa l'ammissibilità o meno della prova per testi non potrebbe ulteriormente scindersi rispetto all'oggetto (essendo stata prospettata la qualificazione come transazione del contratto, da provare, di cui è chiesto l'adempimento) e rispetto a ciascuno dei testimoni (essendone stata contestata la capacità)? E la soluzione della questione relativa alla capacità del singolo testimone non presuppone a sua volta uno o più fatti (lo svolgimento di una certa attività da parte del testimone), la loro qualificazione giuridica (di questa attività come mediazione), l'individuazione e l'interpretazione della legge applicabile (per verificare se, nel caso concreto, sussiste o meno la capacità a testimoniare del mediatore)? Ed ancora il vincolo di dipendenza fra le statuizioni, con conseguente allargamento della cognizione, opera sempre nella medesima direzione? O invece impugnando la qualificazione del contratto invocato (che in realtà avrebbe avuto funzione transattiva) vengono altresì rimesse in gioco la statuizione, che aveva dato ingresso alla testimonianza, e per questa via anche l'affermazione in fatto relativa alla raggiunta prova della stipulazione?

Insomma, il frazionamento ulteriore della sentenza, all'interno della questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, nel concreto comporta indubbe difficoltà applicative, se non anche margini di discrezionalità, difficilmente controllabili.

4.3. Un ulteriore argomento, che pure è stato prospettato, non mi pare in grado di far pendere il piatto della bilancia dal lato della nozione minimale di parte di sentenza.

Si è detto che l'opzione opposta, consentendo al giudice di appello, un riesame integrale, pure oltre l'ambito della specifica censura sollevata, della fattispecie costitutiva, impeditiva, modificativa, estintiva sottratta al giudicato, favorirebbe violazioni del contraddittorio e del diritto di difesa²³.

Si potrebbe anzitutto obiettare che neppure la massima frantumazione della parte di sentenza inibisce al giudice di appello, «nell'ambito delle questioni riaperte, di fondare le relative decisioni su ragioni ... diverse da quelle svolte dall'impugnante nell'ambito delle specifiche censure proposte»²⁴; e di estendere il suo esame alle statuizioni dipendenti da quelle impuginate, sia pure «nei soli limiti del condizionamento»²⁵.

²³ POLI, *I limiti oggettivi*, cit., 182-183.

²⁴ POLI, *I limiti oggettivi*, cit., 212-213 e 348-349.

²⁵ POLI, *I limiti oggettivi*, cit., 346.

Ma soprattutto, direi, se l'interprete percepisce spazi per poteri officiosi del giudice dell'impugnazione, è corretto pretendere che il loro esercizio sia preventivamente segnalato alla parti, non anche escluderli in nome del principio del contraddittorio. Se non bastasse quanto dispone l'art. 183 c.p.c. («... il giudice ... indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione»), applicabile in appello per il tramite dell'art. 359 c.p.c., la previsione del 3° comma del novellato art. 384 c.p.c. (per la quale persino la S.C., «Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, ... riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione») dovrebbe bastare a dissolvere ogni eventuale dubbio.

5. *Di nuovo sugli sviluppi giurisprudenziali: una spiegazione (con riflessi in prospettiva futura)*. – La valutazione disgiunta, se non contrapposta, data in precedenza agli orientamenti giurisprudenziali diretti ad introdurre limiti alla devoluzione delle questioni già sottoposte al giudice di primo grado e allo *ius novorum*, non deve far trascurare che nella prospettiva, da cui si pone la S.C., essi concorrono, con pari efficacia ancorché in ambiti complementari, a circoscrivere le questioni di merito rispetto alle quali risultano ammissibili motivi di ricorso per cassazione.

In un momento storico, nel quale la riduzione del carico di lavoro della S.C. appare senz'altro obiettivo da perseguire – anche mediante la generalizzata appellabilità delle sentenze (si pensi all'appello introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, avverso le sentenze secondo equità del giudice di pace e avverso quelle pronunciate nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa; ed ancora all'art. 36 del disegno di legge Mastella recante «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile») nonché, secondo note proposte *de iure condendo*, modificando la struttura dell'appello civile appunto al fine di esaltarne la funzione di filtro rispetto al ricorso per cassazione²⁶

²⁶ PROTO PISANI, *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, in *Foro it.*, 1991, I, 115 ss.; BALENA, *Il sistema delle impugnazioni civili nella disciplina vigente e nell'esperienza applicativa: problemi e prospettive*, *ivi*, 2001, V, 133 ss., dove pure altre indicazioni.

– non può allora destare sorpresa la predilezione della S.C. per soluzioni interpretative che, piacciono o meno, circoscrivono rigorosamente i poteri cognitivi e decisorii del giudice di secondo grado.

Sicché, provando a volgere lo sguardo in avanti, di queste soluzioni non è prevedibile l'abbandono.

E semmai non ci sarebbe da stupirsi se prossimi interventi delle S.U. giungessero a comporre contrasti più o meno latenti (in special modo in punto di appello incidentale del soccombente virtuale e proposizione in appello di eccezioni non riservate, se non anche sulla nozione di parte di sentenza) adottando l'alternativa più rigorosa.

6. *Uno sviluppo ulteriore, sui motivi di appello.* – Nel frattempo proprio la considerazione congiunta dei caratteri dell'appello-revisio, come scolpiti dall'elaborazione giurisprudenziale degli artt. 329, 342, 345 e 346 c.p.c., sorregge le conclusioni dell'assai discusso arresto del 2005 in cui le S.U., pur confermando che l'appello «non è impugnazione rescindente come il ricorso per cassazione», hanno statuito che l'appellante, «quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale», sarebbe tenuto «a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni dalla sentenza impugnata»: dimostrazione in mancanza della quale «l'appello ... deve essere, in base ai principi, respinto, con conseguente conferma sostitutiva dei capi di sentenza appellati»²⁷.

Se nella sentenza del 2000 la denuncia degli errori commessi dal primo giudice era condizione di ammissibilità dell'appello; nella decisione più recente la positiva verifica della loro sussistenza diviene requisito di fondatezza dell'impugnazione. Al di là del richiamo, a questo punto incongruo, alla natura sostitutiva dell'appello, i motivi finiscono per assurgere ad oggetto della cognizione del secondo giudice.

D'altro canto pure la dottrina recente registra voci consonanti.

²⁷ Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, 1433, con nota di BALENA - ORIANI - PROTO PISANI - RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle Sezioni Unite*; in *Corr. giur.*, 2006, 1083, con nota di A. PARISI, *Oggetto dell'appello, onere della prova e principio di acquisizione processuale al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1397, con nota di POLI, *L'oggetto del giudizio di appello*; in *Giur. it.*, 2007, 672, con nota di A. RONCO, *Appello e mancata (ri)produzione di un documento già prodotto in primo grado: onere della prova sulla fondatezza del motivo di gravame od onere della prova sulla fondatezza della domanda devoluta al giudice dell'impugnazione?*

E così, stando ad una prima impostazione²⁸, la necessità dell'indicazione di uno specifico vizio della sentenza impugnata implicherebbe, come conseguenza «inevitabile, ... che vi sia un momento in cui l'organo giurisdizionale d'appello verifichi la sussistenza degli errori denunciati attraverso la citazione». Per quanto, laddove detti errori non sussistano, il giudice dovrebbe comunque emettere una nuova decisione sul rapporto controverso, confermativa di quella precedente, anziché una sentenza di rigetto dell'appello per infondatezza dei motivi. Mentre solo in caso di fondatezza dei motivi sarebbe possibile dare nuova soluzione alle questioni malamente decise in primo grado.

Più radicalmente, altri sostiene che «ove si muova dalla premessa, ... che parte di sentenza corrisponde a decisione di questione ... non si può disconoscere la esistenza di un duplice oggetto – diretto ed indiretto – del giudizio di impugnazione: oggetto diretto è sempre la sentenza impugnata, di cui si chiede (comunque) la eliminazione; oggetto indiretto è sempre la situazione giuridica sostanziale». I giudizi di appello e di cassazione avrebbero perciò «oggetto, struttura e funzione sostanzialmente identici»: anche quest'ultimo può concludersi con una sentenza di merito che si sostituisce a quella impugnata, nei casi previsti dal 2° comma dell'art. 384 c.p.c.; e pure in appello una nuova sentenza di merito potrebbe aversi solo «nei casi di riforma e nei casi di conferma del dispositivo con riforma di una o più delle premesse di fatto e/o di diritto della decisione»²⁹.

7. *Un interrogativo rovesciato.* – La prospettiva ricordata all'esordio si inverte. Si capovolge l'interrogativo.

Data la presenza di limiti da giudicato interno alla cognizione, è tuttavia concepibile che oggetto dell'appello non sia, neppure in prima battuta, la sentenza, per verificare la fondatezza dei motivi di impugnazione, bensì senz'altro e direttamente il rapporto o diritto controverso, della cui esistenza il secondo giudice deve nuovamente decidere attraverso il riesame delle sole questioni sottratte al giudicato (nonché attraverso l'esame di quelle non decise e riproposte e di quelle nuove in ipotesi ammissibili)? O si tratta di un modello contraddetto dal dato normativo, se non anche di un assurdo logico?

²⁸ A.A. ROMANO, *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione del giudizio d'appello civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1239 ss.

²⁹ POLI, *I limiti oggettivi*, cit., spec. 447 ss. e 508 ss.; ID., *L'oggetto del giudizio di appello*, cit., 1402 ss.

7.1. È prossima a compiere cinquanta anni una complessiva sistemazione dei mezzi di impugnazione, che, pur non provenendo da uno studioso "puro" del processo civile, oltre ad aver assunto la dignità di un classico, continua ad essere estremamente attuale, specie in ragione della sua elasticità.

Nel 1960 Mario Nigro – riprendendo l'insegnamento di Calamandrei e la contrapposizione fra azioni di impugnativa e mezzi di gravame – distingue dai rimedi eliminatori, aventi come funzione «immediata e diretta» la rescissione della sentenza impugnata, i rimedi sostitutori, aventi come funzione «immediata e diretta» l'emanazione di un nuovo provvedimento di merito in luogo del precedente³⁰.

A queste funzioni corrispondono, sul piano logico, strutture differenti, in ragione di svariati indici.

I rimedi con struttura impugnatoria, tipica della funzione eliminativa, sono a critica vincolata; investono una sentenza già passata in giudicato o comunque produttiva di effetti; hanno per oggetto immediato il controllo della sentenza medesima, in relazione ai motivi di impugnazione; presentano una pronuncia rescindente distinta (almeno sul piano logico) dalla eventuale, successiva nuova decisione sulla controversia originale.

I rimedi con struttura appellatoria, tipica della funzione sostitutiva, presentano caratteri opposti: la critica è libera e può limitarsi all'affermazione dell'ingiustizia della decisione; investono una sentenza che non produce effetti al di fuori del processo in cui è stata pronunciata (effetto sospensivo); hanno per oggetto immediato lo stesso rapporto sostanziale controverso, con riemersione automatica del materiale di cognizione di primo grado (effetto devolutivo) e possibilità di un suo ampliamento (*ius novorum*); non conoscono un'autonoma pronuncia rescindente, la nuova decisione sulla controversia essendo destinata a sovrapporsi comunque (cioè anche in caso di conferma) a quella impugnata.

L'elasticità, e così la perdurante attualità di questa ricostruzione dipende dal riconoscimento, che la disciplina di legge può dare in concreto vita a rimedi, in cui ad una funzione sostitutiva si accompagnano uno o più elementi strutturalmente impugnatori: e viceversa.

Con una sola esclusione: il rimedio sostitutorio può subire una limitazione nell'ampiezza della cognizione, ma non può mai ridursi ad un controllo della sentenza, perché altrimenti assumerebbe la funzione propria del tipo eliminatorio.

³⁰ M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 131 ss.

7.2. La lezione non va dimenticata.

Sul piano logico essa sgombra il campo dal preconconcetto, secondo cui i «mezzi per impugnare le sentenze» dovrebbero, in quanto tali, necessariamente presentare come oggetto immediato della decisione il provvedimento.

Sul piano ermeneutico impone di non svalutare il dato positivo, di non trascurare i tratti distintivi che da esso emergono, di non appiattare in una considerazione unificante i diversi rimedi che esso disciplina.

Meritano perciò di essere ricordati e riaffermati i numerosi e concordanti indici, che la dottrina ha da tempo individuato a fondamento della ricostruzione dell'appello come impugnazione sullo stesso oggetto³¹.

7.2.1. L'art. 342 c.p.c. richiama nella citazione di appello, accanto all'esposizione sommaria dei fatti e ai motivi specifici, «le indicazioni prescritte nell'art. 163», senza esclusione alcuna.

A meno di non voler procedere a letture correttive, questo significa che la legge esclude la qualificazione dei motivi di appello come «ragioni della domanda» (art. 163, n. 4, c.p.c.) e suggerisce piuttosto che nella citazione di appello deve essere svolta la medesima richiesta di tutela sottoposta al primo giudice; ovvero una ad essa speculare, qualora ad appellare sia il convenuto.

La replica, per la quale «nessuno dubita che oggetto (almeno) indiretto del giudizio di appello, come del giudizio di cassazione sia il rapporto giuridico controverso»³², è un esempio di ingiustificata svalutazione del dato positivo: l'art. 366 c.p.c. non richiama neppure in parte l'art. 163; e viceversa richiede l'indicazione dei motivi, «per i quali si chiede la cassazione», così chiarendo qual è il *petitum* e quali sono le *causae petendi* del giudizio di legittimità.

Aggiungo che i requisiti di contenuto-forma della citazione di primo grado, in particolare quelli relativi alla *editio actionis*, non sono oggetto di menzione neppure nell'art. 398 c.p.c. (revocazione) e nell'art. 828 c.p.c. (impugnazione per nullità del lodo). Mentre lo sono – ma, direi, non si tratta di circostanza da cui possano trarsi argomenti contrari – nell'art. 405 c.p.c. (opposizione di terzo).

³¹ Cfr. in particolare A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 197-198, testo e nota 5, e 463 ss.; V. TAVORMINA, *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 662 ss.; ID., *Azione di impugnativa e potere di impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 58 ss.

³² POLI, *L'oggetto del giudizio di appello*, cit., 1402.

7.2.2. In più luoghi il codice di rito individua l'accoglimento del ricorso e la cassazione della sentenza quali pronunce conseguenti alla positiva verifica della fondatezza dei motivi nel giudizio di legittimità; nel rigetto del ricorso e nel passaggio in giudicato della sentenza impugnata la conseguenza dell'infondatezza dei motivi (cfr. gli artt. 375, n. 5; 382, 2° e 3° co.; 383, 1° co.; 384, 2° co.; 391-bis, 5° e 6° co.).

Come pure il codice isola «la sentenza che pronuncia la revocazione» (art. 402) e quella con cui la corte di appello, «se accoglie» l'impugnazione, «dichiara ... la nullità del lodo» (art. 830).

La circostanza, che in queste ipotesi sia altresì consentita – talora solo a certe condizioni – una nuova decisione nel merito della controversia da parte del medesimo giudice che ha cassato, revocato o dichiarato la nullità (artt. 384, 2° co.; 402; 830, 2° co.), non va sopravvalutata, né basta ad eliminare la differenza con il giudizio di appello.

Ed infatti il legislatore – eccezion fatta per le ipotesi, espressamente individuate negli artt. 353 e 354 c.p.c., in cui va disposta la remissione della causa al primo giudice – non detta una specifica disciplina della decisione in appello, né in qualche luogo pone l'accoglimento o il rigetto del gravame come conseguenza della fondatezza o dell'infondatezza dei motivi.

Semmai, attraverso l'art. 359 (e l'art. 356, 1° co.) c.p.c., richiama senz'altro i precedenti artt. 275 ss., in cui si consente la pronuncia della condanna generica e provvisoria (art. 278); si prevede la definizione del giudizio per decisione totale sul merito ovvero per decisione su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, come pure l'emaneazione di sentenze non definitive (art. 279); e soprattutto si impone al giudice di «decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni» (art. 277).

7.2.3. Ed ancora.

L'art. 393 c.p.c., per il quale l'estinzione del giudizio di rinvio travolge l'intero processo (e non comporta invece il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado), presuppone l'efficacia comunque sostitutiva della sentenza di appello. Che invece, in presenza di un'impugnazione rescindente, non dovrebbe prodursi in caso di rigetto dei motivi di impugnazione: con conseguente incongruità (anche sul piano dell'economia) della disciplina di legge.

Non diversamente dagli artt. 395 e 396 c.p.c. si ricava che se, dopo la decisione in appello, una prova viene dichiarata o riconosciuta falsa ovvero viene scoperto un documento decisivo, la revocazione straordinaria andrà proposta contro la sentenza di secondo grado, in-

dipendentemente dall'esito che aveva avuto il giudizio di impugnazione.

8. Ancora sui motivi di appello. – Mi avvio alla conclusione, tornando sui motivi.

Ci è stato insegnato che «gli atti ... causativi ... rappresentano l'eccezione»; e che «Il mezzo di impugnazione ... è un atto processuale della parte, di natura induttiva»³³: vale a dire, mero presupposto del provvedimento giudiziale produttivo dell'effetto, che la parte aspira a conseguire.

La capacità, riconosciuta ai motivi specifici dell'impugnazione, di sottrarre al giudicato le corrispondenti statuizioni della sentenza appellata, non sconfessa questi assunti. Ma neppure la sconfessa l'ulteriore capacità – che è eventuale solo perché dipende dalla struttura del rimedio disegnata dal legislatore – di aprire allo sguardo del giudice la vista diretta sui materiali di causa, che altrimenti sarebbe stata ostruita, una volta per tutte, dalla statuizione passata in giudicato.

Il dato normativo (cfr. gli artt. 338 e 358 c.p.c.) suggerisce infatti che la sostituzione delle statuizioni appellate (e così la loro dissoluzione), continua ad essere effetto della pronuncia del giudice superiore, che potrebbe trovare ostacolo in vicende quali l'inammissibilità, l'improcedibilità, l'estinzione del gravame, ovvero nell'assorbimento di determinati motivi.

Non essendo la sentenza di primo grado l'oggetto del giudizio di appello, né i motivi di impugnazione la *causa petendi* della domanda sottoposta al giudice del gravame³⁴, si comprende il dissenso manifestato da una parte della dottrina per la ricordata decisione delle S.U., che hanno addossato all'appellante l'onere della «dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni dalla sentenza impugnata».

E si comprende pure la ragione, per la quale l'ambito della cognizione del giudice di appello risulta diverso e tendenzialmente più esteso di quanto non lo sia in sede di legittimità, pur rimanendo immutata la nozione di parte di sentenza: abbraccia, infatti, l'intera que-

³³ V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 477-478 e 759.

³⁴ In questi termini, di recente, v. ad esempio BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, Bari, 2007, 309-310 e 355-357; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 88-89 e 95 ss.; MONTELEONE, I, Padova, 2007, 579 ss.

stione (pregiudiziale di rito o preliminare di merito) sottratta al giudicato, semmai con le sole semplificazioni derivanti dall'applicazione (a mio avviso concepibile anche in appello, ma al di fuori del meccanismo dell'art. 329, 2° co., c.p.c., non venendo in considerazione una distinta parte della sentenza) del principio di non contestazione ai profili di fatto della questione riaperta.

Simile latitudine del riesame, notavo prima, non lede di per sé, in alcun modo, il principio del contraddittorio. Sta al giudice di appello esercitare, ove occorra, i doverosi poteri di segnalazione degli aspetti rilevanti per la decisione, eventualmente sfuggiti alle parti.

Né l'onere di sviluppare motivi specifici di impugnazione si riduce in questo modo ad un orpello inutile. Al contrario, imporre all'appellante di individuare errori del primo giudice che, con valutazione *ex ante*, giustificherebbero il capovolgimento della decisione sulla domanda, contribuisce all'affinamento della composizione giudiziale della lite, escludendo dal riesame le questioni per le quali la parte non sia in grado di svolgere censure idonee e indirizzando l'opera del giudice chiamato alla nuova decisione.

STEFANO RECCHIONI

L'IMPEDIMENTO DELL'EFFICACIA DEL TITOLO
E DEL PROCESSO ESECUTIVO
NELLOPPOSIZIONE EX ART. 615, COMMA PRIMO, C.P.C.

SOMMARIO: 1. La modifica del primo comma dell'art. 615 da parte della legge 80/2005: l'attribuzione del potere di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo al giudice dell'opposizione pre-esecutiva. Critica alla tesi della natura cautelare della sospensione. – 2. La sospensione della *vis executiva* del titolo e dell'esecuzione come fenomeno sospensivo tecnico. – 3. Questioni e vicende della sospensione nella prospettiva della natura cautelare. – 4. Gli "effetti" della "sospensione" dell'esecutività. – 5. (*Segue*) L'ambito oggettivo e soggettivo della sospensione. – 6. Il coordinamento fra il potere sospensivo del giudice dell'opposizione e di quello dell'esecuzione.

1. *La modifica del primo comma dell'art. 615 da parte della legge 80/2005: l'attribuzione del potere di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo al giudice dell'opposizione pre-esecutiva. Critica alla tesi della natura cautelare della sospensione.* – La legge n. 80 del 2005, recependo le indicazioni di dottrina di lunga data, ha finalmente novellato l'art. 615 primo comma, attribuendo al giudice dell'esecuzione a precetto – cioè della opposizione c.d. preesecutiva – il potere di sospendere la *vis executiva* del titolo azionato con la notifica del precetto, paralizzando l'avvio dell'esecuzione forzata minacciata.

La previsione, secondo una diffusa idea, era necessaria perché, come noto, il potere di sospendere (non già l'efficacia esecutiva del titolo, bensì) l'esecuzione avviata era rimessa al giudice dell'esecuzione (art. 624, comma primo), nel solo caso di opposizione successiva all'avvio dell'esecuzione forzata¹; nel caso di quella pre-esecutiva, invece, mancando per definizione il giudice dell'esecuzione, appunto non an-

¹ Sul *dies a quo* di tale inizio, v. S. RECCHIONI, *sub art. 615*, in *Codice di procedura civile commentato*, III, a cura di CONSOLO e LUISO, Milano, 2007.