



FERRUCCIO AULETTA

Cass., sez. III, 28-02-2019, n. 5823

In materia di esecuzione forzata, le scritture private autenticate formate anteriormente al primo marzo 2006 – data di entrata in vigore della modifica dell'art. 474 c.p.c. ad opera del d.l. n. 35 del 2005 – hanno efficacia di titolo esecutivo, se poste in esecuzione successivamente a tale data, atteso che la citata novella legislativa, annoverandole tra i titoli esecutivi stragiudiziali, ne ha modificato la sola efficacia processuale, con la conseguenza che, in ossequio al principio tempus regit actum, ad esse si applica la legge processuale vigente nel momento in cui vengono azionati (in applicazione del principio, la suprema corte ha cassato la sentenza di merito che aveva respinto l'opposizione ex art. 617 c.p.c. avverso l'ordinanza di cui all'art. 512 c.p.c., con la quale il giudice dell'esecuzione aveva escluso dal piano di riparto il credito di una banca in quanto fondato su di una scrittura privata autenticata formata anteriormente all'entrata in vigore della riforma dell'art. 474 c.p.c. ancorché posta in esecuzione successivamente).

La teoria del potere unitario:

il titolo esecutivo senza legge e il diritto (sempre e comunque) giudiziario

La decisione è emblematica del corso culturale della Corte di cassazione: corso nel quale il timbro dell' autoritarismo rimane a fatica opacizzato dal velo argomentativo stesovi sopra, con qualche orlo in stile *wikipedia* e intessuto di artificio retorico. Valori di fondo vengono così ricacciati nell' irrilevanza, reputati ormai d'intralcio alla continuamente nuova intrapresa ricostruttiva di uno dei tanti micro sistemi nei quali gravita isolatamente il pensiero di questo o quel collegio, quando non di questo o quel relatore. E l'esecuzione forzata appare così tanto decomposta sul piano normativo (con regole scritte in guisa di circolari organizzative di chiarissima matrice magistratuale) da offrirsi in sacrificio pressoché naturale per l'affermazione del primato assoluto del diritto giudiziario.

L'enunciato finale della Sentenza, che anche le scritture autenticate anteriormente alla legge che ha loro dato efficacia di titolo esecutivo possono valere come tali, "se poste in esecuzione successivamente a tale data", appare – a parte il tono, che meglio avrebbe potuto dar conto dell'intima dubbiosità della soluzione, sembrando qua e là assertivo e supponente oltre misura non foss'altro che veniva sovvertendo una ragionata decisione di segno contrario e solide opinioni accademiche – un potente slogan



pubblicistico coniato dalla dominante dottrina di corte sul processo, l'insegna per un'amministrazione della giustizia in cui la dimensione individuale e liberale è sempre più sofferta quale vero e proprio inciampo da rimuovere.

Nella Sentenza, ogni considerazione della posizione soggettiva viene liquidata così: "L'efficacia esecutiva d'un contratto o d'un negozio unilaterale non è un effetto che discenda dalla volontà delle parti, ma è un effetto che discende dalla volontà della legge. Se un atto quell'efficacia non l'avesse, le parti non potrebbero attribuirgliela. Se la legge gliela attribuisse, le parti non potrebbero cancellarla". *E allora?*, vien fatto di dire: non si direbbe lo stesso, quasi specularmente (trattandosi di sottrarre anziché aggiungere effetti), dell'annullabilità di un contratto? Eppure, nessun giudice potrebbe mai ignorare, nonostante l'indisponibilità dell'effetto e l'altrettanto rigido monopolio *legislativo* sopra di questo (cfr. art. 474 c.p.c. e 2908 c.c.), la volontà della parte.

Non intendo, naturalmente, occuparmi della soluzione e della sua specifica correttezza, ne darei per scontata la questionabilità in ogni caso, ma non può tacersi la rozzezza di una semplificazione suggestiva quanto deviante che sta nell' assumere in modo assoluto che "non potrebbe giammai qualificarsi come 'meritevole' l'interesse di chi, al momento della stipula d'un negozio, abbia optato per la forma della scrittura privata autenticata (invece che per quella dell'atto pubblico) con l'*arriere pensè* che, con quel negozio, avrebbe potuto evitare una pronta esecuzione da parte del creditore, in caso di inadempimento". "Quel negozio" è(ra), difatti, la risultante di un assai (più) complesso intreccio di interessi, valutazioni, diagnosi, prognosi e tanto altro da impedire l'isolamento di un solo (retro-)pensiero unilaterale per farne il cardine dell'argomento.

Ho in animo piuttosto di dire che è la più generale, continente idea propalata dalla Sentenza a dover essere rivista, tanto quanto lo sarebbe, per esempio, quella di affermare che le parti possono scegliere di far decidere la lite per arbitrato irrituale, ma poi la legge correttamente dare a quel lodo l'efficacia di sentenza che ognuna di esse aveva escluso; che le parti potrebbero insieme aver proceduto al contratto di locazione senza atto pubblico, ma poi la legge giustamente attribuire a una di loro di far valere allo stesso modo anche la scrittura privata registrata; che una parte potrebbe non aver disconosciuto la scrittura prodotta contro di sé in giudizio rimanendo contumace ma la legge sopravvenire a equiparare la scrittura così riconosciuta a una invece autenticata, aprendo immediatamente la via di un procedimento (esecutivo). Sono tutte ipotesi nelle quali una complessa relazione normativa deriva da scelte istantanee, operate di necessità in un dato regime legislativo del rapporto, risultando però destinate a proiettarsi



solamente nel futuro e del tutto eventualmente: la convenzione di arbitrato non si fa per ottenere un lodo; né il contratto di locazione per farsi rilasciare il bene, né l'opzione della contumacia si tiene per ragioni diverse da quelle del giudizio in corso. E se il legislatore sopravviene a modificare il regime del lodo quando questo fosse stato pronunciato, o del titolo per il rilascio quando ne fosse giunto il tempo, o del documento negoziale quando il processo che lo avesse raccolto sia finito, allora si rende(rebbe) evidente il bisogno *giudiziale* di attualizzare *tutti* gli elementi, in analisi e nel complesso, sopra i quali si era formata la scelta sostanziale o processuale di un tempo, preservandone i valori basilari di riferimento e verificandone la giusta modalità di manifestazione corrente; valori dei quali la coercibilità dell'autodeterminazione individuale non potrebbe mai diventare pregiudizialmente subvalente.

Peraltro, appare davvero insensato dare enfasi come di novazione degli effetti processuali esclusivamente al (tempo del-) l'avvalimento dell'atto dei cui effetti si discute: chi mai – infatti – avrebbe pensato di usare come titolo esecutivo la determinazione contrattuale o la scrittura privata per il rilascio forzato o una scrittura senza autentica per l'espropriazione? Comincerà a farlo soltanto se e quando un legislatore gliene darà l'agio, evidentemente; senonché, profittando dello stravolgimento dell'orizzonte normativo d'origine, la parte che pur si giova dell'ingrediente inaspettato, la quale aveva magari costruito una sua più consapevole determinazione o finanche un diverso atteggiamento strategico, troverà sollecitati e infine attrattivi altri comportamenti, non più coerenti con quelli del passato, mentre la coerenza dell'interpretazione dalla Corte dovrebbe venir salvaguardata e costantemente esatta verso ciascuna parte per la razionalità, la stabilità e l'efficienza del sistema nel lungo periodo.

A usare il metro di giudizio *inventato* adesso, non vedrei troppe differenze nel giudicare pure che, per esempio, il regime della sentenza non sia (più) quello del giorno in cui è stata pubblicata, ma (magari) quello del tempo in cui viene notificata come titolo esecutivo o impugnata, trattandosi di impieghi processuali tutt'altro che necessari e parimenti suscettibili di prestarsi al gioc(hin)o dialettico di modificare - trasferendolo in avanti nel tempo - l'orizzonte normativo rilevante, ancora rendendolo instabile, inaffidabile, incalcolabile. Per giunta, siffatto modo di ragionare non mette(rebbe) al riparo, in termini logici, dall'espore un titolo esecutivo finanche al venir meno degli effetti suoi propri giusto al tempo in cui ne maturi il bisogno di avvalimento, senza riguardo, cioè, per la circostanza di esserne stato dotato all'atto della relativa formazione: un tema, quest'ultimo, che sarebbe assai difficile svolgere in misura esattamente simmetrica rispetto a quanto stabilito adesso dalla Corte (né mancherebbero occasioni legislative recenti a dar modo di dibatterne: per es., l'art. 560 c.p.c.).



In breve, è un altro e non piccolo contributo, quello che viene da questo modello di decisione, alla sostituzione del diritto processuale col *diritto giudiziario* senz'altro, nell'accezione nuova che l'autorità è in grado di dare alla procedura civile: un processo in cui le parti sono esposte a tecniche sedative del conflitto prima che compositive di una controversia, e nel quale il ruolo della Corte di cassazione (col concorso della magistratura requirente, nella specie solidale con la soluzione divisata e inavvertita dell'interesse della *legge*, che ne costituirebbe la missione sempre meno attuale) denuncia con sempre maggiore evidenza una sovraesposizione funzionale, secondo la logica del potere pubblico unitario. E' quanto viene del resto esplicitamente enunciato: "non sono le parti che eseguono, è il potere pubblico che presta loro il suo appoggio per ottenere l'esecuzione forzata". Come a dire: un potere ormai unico e indistinto, un'autorità fatta inscindibilmente di *legge e diritto*.

Di contro, dev'essere riaffermato che in materia di titoli esecutivi il "potere pubblico" va scisso, e la riserva di *legge* predicata dall'art. 474 c.p.c., con l'attribuzione soltanto a quest'ultima del potere di indicazione "espressa" degli atti in ultimo destinati a integrare "casi e modi" di restrizione della libertà individuale, non può essere confusa con la (altrettanto costituzionalmente essenziale) riserva di *giurisdizione*: si tratta di garanzie concorrenti e irriducibili all'unità dei rispettivi poteri di emanazione.

L'unitarietà del potere (come infine concepita, cioè con il legislativo dis-solto nel giudiziario), quale che sia quello in cui si riassume l'intero, ha già fatto guasti nella storia. E non è un caso che, contro il dogma della divisione, l'annuncio del potere unitario di Benito Mussolini sia stato fatto il 30 ottobre 1939 ai magistrati d'Italia riuniti nella Sala delle battaglie di Palazzo Venezia, sigillato dall'indicare tra le funzioni quella "fondamentale" della Magistratura, e della Corte suprema: "Nella mia concezione non esiste una divisione di poteri nell'ambito dello Stato. [...]. Ma nella nostra concezione il potere è unitario: non c'è più divisione di poteri, c'è divisione di funzioni. La vostra è tra le preminenti e le fondamentali dello Stato, la fondamentale. Anzi, quando si trattò di stabilire le gerarchie statali, io volli pensatamente che il primo posto toccasse al primo magistrato della Corte Suprema" (1).

(1) In quell'anno fu proprio un giudice, Salvatore Foderaro, *Le teorica della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista*, in *Riv. diritto pubblico*, 1939, 745 ss., ad opporsi al professor Luigi Rossi, *Analisi della divisione dei poteri, ibidem* (poi in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1939, 45 ss.), che aveva sottolineato la perdurante validità del principio della divisione dei poteri mentre con lo Stato fascista si sosteneva che il potere era uno e indivisibile, potendo concepirsi soltanto una separazione di funzioni.