

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DE STEFANO Franco - Presidente -
Dott. CONDELLO Pasqualina A.P. - Consigliere -
Dott. TATANGELO Augusto - Consigliere -
Dott. PORRECA Paolo - Consigliere -
Dott. Spa ZIANI Paolo - rel. Consigliere –

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. xxxxx/2020 R.G., proposto da:

GARANTE;

- ricorrente -

nei confronti di:

SERVICER (nuova denominazione di **OMISSIS**) in qualità di mandataria di **CESSIONARIA;**

- controricorrente -

avverso la sentenza n. xxx/2020 della CORTE d'APPELLO di TRIESTE, depositata il 17 marzo 2020;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 1 dicembre 2022 dal Consigliere Relatore, Paolo Spaziani.

Svolgimento del processo

GARANTE propose opposizione al precetto con cui **CESSIONARIA**, cessionaria dei crediti di **BANCA**, le aveva intimato, quale garante dell'adempimento di un'obbligazione contratta dall'ex coniuge, **DEBITORE**, il pagamento della somma di Euro 19.397,48, oltre interessi e spese, sulla base di un decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Trieste.

A fondamento dell'opposizione dedusse, per un verso, sotto il profilo formale, che non le era stato mai notificato il titolo esecutivo; per altro verso, sotto il profilo sostanziale, l'inesistenza del contratto di garanzia, l'avvenuto adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore, la prescrizione del credito, la mancata preventiva escussione del debitore principale, la decadenza della creditrice dall'azione esecutiva.

Costituitasi la società opposta, il Tribunale di Trieste ritenne generica l'eccezione di decadenza e rigettò quelle di inesistenza del contratto, di adempimento, di prescrizione e del *beneficium excussionis*, sul presupposto che avrebbero dovuto essere formulate con l'opposizione ex art. 645 c.p.c.; accolse invece la doglianza relativa alla mancata notifica del titolo esecutivo, sul rilievo che l'onere di dimostrare l'avvenuta notifica spettasse alla precettante, e che, diversamente da quanto sostenuto da quest'ultima,

tale dimostrazione non potesse trarsi dal decreto di esecutorietà e dalla formula esecutiva, posti in calce al decreto ingiuntivo, non essendo tali elementi sufficienti a fondare un'ideale prova neppure presuntiva.

La Corte d'appello di Trieste - adita con appello principale dalla creditrice opposta e da appello incidentale condizionato da parte dell'opponente - ha accolto la prima impugnazione e ha di conseguenza integralmente rigettato l'opposizione.

La Corte territoriale, sulla premessa che occorre distinguere la fattispecie dell'inesistenza della notifica del decreto ingiuntivo (denunciabile con opposizione all'esecuzione, ex art. 615 c.p.c.) da quella della nullità della stessa (denunciabile con opposizione tardiva al decreto, ex art. 650 c.p.c.), ha reputato che nel caso di specie, "il vizio fatto valere attiene all'inesistenza della notifica" (p.4 della sentenza).

Ciò posto, ha ritenuto che, in linea generale, nell'ipotesi di opposizione a precetto basata sulla deduzione di inesistente notifica del titolo esecutivo, graverebbe sull'opponente, ai sensi dell'art. 2697 c.c., l'onere della prova della dedotta mancata notifica, quale fatto impeditivo dello svolgimento dell'azione esecutiva, da provarsi, in quanto circostanza negativa, mediante dimostrazione dei fatti positivi contrari; e che, pertanto, nella fattispecie, la **GARANTE** fosse onerata di dimostrare le circostanze positive (ad es., provando di risiedere in un indirizzo diverso da quello indicato nel decreto ingiuntivo) dalle quali avrebbe potuto trarsi la prova del fatto negativo dell'inesistenza della notifica, così vincendo la presunzione di avvenuta notificazione costituita dal decreto di esecutorietà.

Propone ricorso per cassazione **GARANTE** sulla base di due motivi.

Risponde con controricorso **SERVICER** (già **OMISSIS**) quale mandataria di **CESSIONARIA**.

La trattazione del ricorso è stata fissata in adunanza camerale ai sensi dell'art. 380-bis.1 c.p.c.

Il pubblico ministero non ha presentato conclusioni scritte.

La ricorrente ha depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1. Con il **PRIMO MOTIVO** viene denunciata violazione dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

La ricorrente deduce che la Corte territoriale, nel ritenere che gravasse su di lei, in quanto debitrice opponente, l'onere di dimostrare la dedotta circostanza negativa dell'inesistenza della notifica del titolo esecutivo, avrebbe violato le regole che presidono al riparto dell'onere probatorio, in base alle quali avrebbe dovuto ritenersi, al contrario, che spettava al creditore opposto fornire la dimostrazione del fatto positivo dell'avvenuta notificazione; ciò, in applicazione sia del principio generale, secondo cui l'onere di dimostrare i fatti costitutivi di un diritto grava sul soggetto che lo fa valere in giudizio, sia del principio di vicinanza/inerenza della prova, sia, infine, della regola per cui l'*onus probandi* grava su colui che deduce la sussistenza di un fatto, non già su colui che la nega.

Soggiunge, poi, che tale onere probatorio non avrebbe potuto ritenersi soddisfatto attraverso il mero deposito della copia del provvedimento monitorio munita del decreto di esecutorietà ex art. 647 c.p.c. (ma privo della relata di notifica, asseritamente effettuata ex art. 140 c.p.c., e delle relative cartoline di ricevimento), poichè da tale deposito non sarebbe possibile evincere alcuna informazione o conferma circa il luogo, il tempo e le modalità della notificazione medesima; pertanto, la circostanza che sul decreto ingiuntivo sia apposta la formula esecutiva, ai sensi dell'art. 647 c.p.c., non concreterebbe alcuna presunzione di avvenuta notifica dello stesso.

1.2. Con il SECONDO MOTIVO viene denunciata violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4.

La ricorrente deduce che la Corte territoriale, dopo avere accolto l'appello principale della società creditrice, avrebbe, però, omesso di pronunciare sull'appello incidentale da lei proposto avverso le statuizioni della sentenza di primo grado con cui erano state ritenute infondate le ulteriori doglianze poste a fondamento dell'opposizione a precetto, concernenti l'inesistenza del contratto di garanzia, l'adempimento del debitore principale, la prescrizione del credito azionato, il *beneficium excussionis*, la decadenza della creditrice dall'azione esecutiva; appello incidentale che era condizionato proprio all'accoglimento dell'impugnazione principale.

2. È fondato il PRIMO MOTIVO e dal suo accoglimento resta assorbito il SECONDO.

2.1. Questa Corte, con orientamento risalente, mai smentito e di recente ribadito - sulla premessa che di fronte alla minaccia dell'esecuzione forzata in base ad un decreto d'ingiunzione dichiarato esecutivo per mancata opposizione, l'ingiunto, che sostenga l'inesistenza della notificazione del decreto stesso, può proporre opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., e che tale rimedio è proponibile, ove l'esecuzione inizi, fintanto che il processo esecutivo non si sia concluso -, ha affermato, in relazione all'onere della prova dell'avvenuta notificazione del decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 644 c.p.c., che questa, concretando un fatto costitutivo dell'efficacia dello stesso, deve essere dimostrata, ove l'ingiunto contesti di averla mai ricevuta, dal creditore opposto.

Ciò, tenuto conto non solo della regola generale che pone in capo all'attore l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto azionato, ma anche in ragione della considerazione che il debitore ingiunto opponente si troverebbe nella sostanziale impossibilità pratica di dimostrare il fatto negativo della inesistenza della notificazione, asseritamente mai ricevuta, mentre è evidente che al creditore è sufficiente documentarla mediante la produzione della relazione di notificazione in suo possesso (cfr. Cass. 16/03/1977, n. 1045; Cass. 18/05/2020, n. 9050).

Ai principi enunciati nei richiamati precedenti il collegio intende dare continuità, con la specificazione che tale produzione non è solo sufficiente, ma anche necessaria: è, infatti, evidente che il creditore opposto non può sottrarsi al predetto onere adducendo - come nella specie (p. 2 del controricorso) - di aver perduto l'originale del titolo esecutivo; il creditore, infatti, non può riversare sul debitore gli effetti negativi (nella specie, in ordine all'inversione dell'onere della prova) della concretizzazione di un rischio causalmente riconducibile dalla propria negligenza.

2.2. Ribadito il principio secondo il quale grava sul creditore opposto l'onere di dimostrare l'avvenuta notifica del titolo esecutivo della quale il debitore opponente abbia dedotto l'inesistenza, mediante la produzione della relata di notificazione, deve, poi, escludersi che tale mezzo di prova possa essere surrogato da altre modalità di assoluzione dell'onere stesso, in particolare attraverso il mero deposito della copia del provvedimento monitorio munita del decreto di esecutorietà ex art. 647 c.p.c., cui va negata ogni efficacia presuntiva in tal senso.

Va, infatti, condiviso il rilievo della ricorrente secondo cui, dinanzi ad una notificazione che si asserisce essere avvenuta ai sensi dell'art. 140 c.p.c., la circostanza che il decreto ingiuntivo che ne sarebbe stato oggetto sia munito della formula di esecutorietà non fornisce alcuna, invece indispensabile, informazione circa il luogo, il tempo e le modalità della sua consegna al debitore ingiunto, a tutela del diritto di difesa di questi.

Ciò, tanto più se si consideri che la declaratoria di esecutività non implica la necessità della verifica della regolare notificazione del provvedimento monitorio, atteso che essa segue, oltre che alla mancata costituzione dell'opponente, anche alla mancata opposizione.

In questa ipotesi, può non esservi la certezza che l'intimato abbia avuto conoscenza del decreto, tanto che, se risulta o appare probabile che tale conoscenza manchi, il giudice deve ordinare il rinnovo della notificazione (arg. ex art. 647 c.p.c., comma 1).

Dal fatto noto della dichiarazione di esecutività non può risalirsi, dunque, logicamente, al fatto ignoto della notificazione del decreto su cui essa è apposta, per modo che tale declaratoria non appare idonea a surrogare, sul piano presuntivo, la necessaria produzione della relazione di notificazione.

Il provvedimento previsto dall'art. 647 c.p.c., che è meramente dichiarativo e dà conto di una verifica o delibazione operata dal giudice al momento della sua pronuncia, comunque non può supplire alla totale carenza dei documenti sia pure evidentemente sottoposti a quel giudice, visto che questi non dà conto del contenuto dei medesimi e che invece tanto è indispensabile a tutela del diritto di difesa della parte nei cui confronti quelli sono stati prodotti: diritto che può essere esercitato solo sui documenti in quanto tali ed offerti al destinatario in ogni loro articolazione, ma non anche dinanzi ad una generica indicazione del controllo da parte del giudice che quel provvedimento ha pronunciato, ove si sia in difetto di disponibilità dei documenti stessi.

3. Deve allora essere accolto il primo motivo di ricorso per cassazione, con assorbimento del secondo.

La sentenza impugnata deve essere cassata in relazione al motivo accolto.

Poichè non sono necessari ulteriori accertamenti in fatto, questa Corte può decidere nel merito, con l'accoglimento dell'opposizione all'esecuzione proposta da **GARANTE**, dichiarando che la società creditrice opposta non può procedere ad esecuzione forzata nei confronti dell'opponente per il credito di cui al precetto opposto, per mancata prova della notifica del titolo esecutivo (decreto ingiuntivo) su cui esso era stato fondato.

4. Le spese di tutti i gradi di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte accoglie il **PRIMO MOTIVO** di ricorso e dichiara assorbito il **SECONDO**; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e, decidendo nel merito, in accoglimento dell'originaria opposizione di **GARANTE**, dichiara che la società creditrice opposta non può procedere ad esecuzione forzata nei confronti dell'opponente in base al precetto opposto.

Condanna la controricorrente a rimborsare alla ricorrente le spese di tutti i gradi di giudizio, che liquida: per il primo grado, in Euro 3.500,00 per compensi (oltre esborsi pari ad Euro 295,00, spese forfetarie ed accessori); per il secondo grado, in Euro 4.000,00 per compensi (oltre spese forfetarie ed accessori); e per il giudizio di legittimità, in Euro 3.100,00 (oltre esborsi pari ad Euro 200,00, spese forfetarie ed accessori).

Conclusione

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, il 1 dicembre 2022.

Depositato in Cancelleria il 3 gennaio 2023