

LA (AMMISSIBILE) CONVIVENZA DI MEZZI DI IMPUGNAZIONE ETEROGENEI AVVERSO LO STESSO PROVVEDIMENTO

L'apparenza e il principio di consumazione del potere di impugnare.

1. Premessa.

La fattispecie, che ha occasionato l'approfondimento sul principio giurisprudenziale della c.d. apparenza, inerisce all'indagine sulla ammissibilità di proporre diversi e contestuali mezzi di impugnazione rispetto allo stesso provvedimento.

Più segnatamente, l'analisi trae spunto da una sentenza del Tribunale, resa all'esito del giudizio di merito di un'opposizione endoesecutiva, e dalla equivoca qualificazione giuridica della domanda che ne è emersa (opposizione all'esecuzione ovvero opposizione agli atti esecutivi?).

2. Individuazione della fattispecie: la simultanea pendenza di due differenti mezzi di impugnazione non dà luogo a litispendenza.

Per l'ipotesi ove siano proposti avverso lo stesso provvedimento due mezzi di impugnazione di diversa specie (ad esempio, appello e ricorso per cassazione), dei quali uno solo previsto dalla legge, è esclusa la litispendenza perché il giudice

dinanzi al quale è stato proposto il gravame -ammissibile- dovrà decidere sulla impugnazione, mentre l'altro dovrà dichiarare inammissibile il mezzo del quale è stato investito.

• Sul punto, si legge in Corte di Cassazione, Sezione 6 2 civile, Ordinanza 2 agosto 2017, n. 19294: "*Non si versa in ipotesi di litispendenza nel caso siano proposti avverso lo stesso provvedimento due diversi mezzi di impugnazione, dei quali uno solo previsto dalla legge, perché il giudice dinanzi al quale è stato proposto il gravame ammissibile dovrà decidere sulla impugnazione, mentre l'altro dovrà dichiarare inammissibile il mezzo del quale è stato investito*"¹. In Corte di Cassazione, Sezione 3 civile, Sentenza 6 dicembre 2007, n. 25452, la S.C. ha escluso che potesse ravvisarsi la litispendenza nella contemporanea proposizione di ricorso per cassazione e di appello, avverso sentenza di tribunale su decisione di primo grado del giudice di pace, affermando altresì che l'unico rimedio esperibile era appunto il ricorso per cassazione, che doveva essere deciso in base ai relativi motivi d'impugnazione.

¹ conformi Corte di Cassazione, Sezione 3 civile, Sentenza 27 agosto 2014, n. 18312; Corte di Cassazione, Sezione 3 civile, Sentenza 6 dicembre 2007, n. 25452 in massima: "*(...) mentre un tale problema non si pone nel caso in cui siano stati proposti avverso lo stesso provvedimento due*

diversi mezzi di impugnazione, dei quali uno solo previsto dalla legge, perché in siffatta ipotesi - venendo in questione l'ammissibilità dell'impugnazione, sulla quale non spiega alcun effetto la contemporanea proposizione di altro diverso mezzo di gravame (...)" (enfasi aggiunta).

3. Qualificazione della domanda e rimedio impugnatorio.

Per comprendere nel migliore dei modi la questione di diritto *de qua*, occorre partire da alcune considerazioni di carattere generale.

3.1. Il principio della c.d. apparenza.

Secondo il consolidato criterio giurisprudenziale (altrimenti detto dell'apparenza) l'identificazione del mezzo di impugnazione -esperibile verso un provvedimento giurisdizionale- deve essere fatta con riferimento esclusivo alla qualificazione effettuata dal giudice a quo dell'azione proposta, della controversia e della sua decisione, prescindendo sia dalla sua esattezza, sia dal tipo di procedimento scelto dalla parte², onde consentire di identificare immediatamente il mezzo di gravame, escludendo che si possa conoscerne *ex post* a impugnazione avvenuta³. La giurisprudenza sul tema è vasta e costante⁴, come è univoca nel fare applicazione del consolidato principio dell'apparenza anche in sede di opposizioni al processo esecutivo⁵.

² Cass., Sez. un., 24 febbraio 2005, n. 3816; Cass., Sez. un., 1° febbraio 2008, n. 2434

³ in dottrina E. OCCHIPINTI, *L'appello: appellabilità, competenza, atti introduttivi*, in F.P. LUIO - R. VACCARELLA, *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, 200).

⁴ Cassazione sez. 6 ordinanza n. 14302 del 05.06.2018; *ex plurimis*: Cass., Sez. U, Sentenza n. 10073 del 09/05/2011, Rv. 616877- 01; Sez. U, Sentenza n. 4617 del 25/02/2011, Rv. 616599 -01; Sez. 3, Sentenza n. 12872 del 22/06/2016, Rv. 640421 -01; Sez. L, Sentenza n. 21520 del 22/10/2015, Rv. 637395 -01; Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 3338 del 02/03/2012, Rv.621960 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 17791 del 30/08/2011, Rv.619365 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 3712 del

Così, nel caso di sentenza emessa in sede di opposizione endoesecutiva, la stessa sarà impugnabile con l'appello se l'azione è stata (inequivocamente) qualificata come opposizione all'esecuzione, mentre sarà esperibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., qualora l'azione sia stata *definita* come opposizione agli atti esecutivi.

Ipotesi a sé, senz'altro ben più peculiare, è il caso del giudice dell'esecuzione che:

- i) non abbia dato alcuna qualificazione giuridica all'opposizione proposta_ovvero
- ii) la summenzionata qualificazione sia incerta.

Ed è in tali contesti che l'interpretazione della *tipologia* dell'azione spetta, d'ufficio, al giudice della impugnazione, non solo ai fini del merito, ma anche ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione medesima (cfr. Corte di Cassazione, Sezione 3 civile, Sentenza 20 febbraio 2004, n. 340).

3.2. L'interpretazione della domanda e la fattispecie della qualificazione equivoca.

Le modalità con cui l'interpretazione della domanda deve essere compiuta non sono disciplinate da alcuna norma e, al silenzio

15/02/2011, Rv.616508 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 9923 del 26/04/2010, Rv.612491 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 26919 del 21/12/2009, Rv.610652 - 01; Sez. U, Sentenza n. 2434 del 01/02/2008, Rv. 601595 - 01; Sez. 3, Ordinanza n. 30201 del 23/12/2008, Rv. 606106 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 26294 del 14/12/2007, Rv. 601090 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 11012 del 14/05/2007, Rv. 597778 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 8103 del 02/04/2007, Rv. 597623 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 4507 del 28/02/2006, Rv. 588209 - 01).

⁵ Cass. 23 febbraio 2006, n. 4001 (Cass. n. 3712/11; nonché Cass. n. 26294/07, n. 6054/10, ord. n. 2261/10 e ord. n. 171/12, tutte riferite alle opposizioni esecutive, così come da ultimo, Cass. n. 27532/14).

del legislatore, ha cercato di sopperire la giurisprudenza con la formulazione di alcuni canoni interpretativi.

Nonostante la varietà, la giurisprudenza ha cercato di circoscrivere in confini ben definiti l'esercizio di tale potere-dovere.

La Corte di Cassazione⁶, nell'affrontare un caso -qui sintetizzabile nell'ipotesi della sentenza in cui una esplicita qualificazione del genere (della domanda) risulta omessa- ha rilevato che ai fini della qualificazione della domanda da parte del Giudice:

i) è priva di significato l'indicazione ricavabile dall' "oggetto" del giudizio semplicemente riportato nell'epigrafe del provvedimento ("opposizione all'esecuzione") ovvero

ii) va accertato se nell'intero provvedimento il giudice, reiterando tanto in motivazione quanto in dispositivo -la indefinita locuzione "opposizione"- non ha proceduto, nemmeno in via implicita ovvero attraverso l'enunciazione della disposizione normativa di riferimento, a ricondurre la iniziativa dell'attore ad una delle due tipologie di giudizi oppositivi astrattamente prospettabili.

In tesi, il Supremo Consesso ha ribadito il principio in forza del quale è riservato d'ufficio al giudice dell'impugnazione il compito di qualificare la domanda proposta dal debitore come opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi. Corte di Cassazione, Sezione 3 civile Sentenza 12 dicembre 2017, n. 29652: "(...) qualora,

tuttavia, una qualificazione ad opera del giudice a quo sia mancata **oppure non possa reputarsi effettiva (quando cioè essa si risolva in affermazioni a carattere generico, anodino o meramente apparente), l'attività di qualificazione deve essere svolta, anche di ufficio, dal giudice ad quem, adito con la impugnazione, non solo ai fini del merito, ma anche dell'ammissibilità stessa del gravame**⁷ (enfasi del redattore) e sulla quale non spiega alcun effetto la contemporanea proposizione di altro diverso mezzo di gravame.

4. Il (complementare) principio di consumazione dell'impugnazione.

Per completezza di analisi e di relazione - sulla tematica della (ammissibile) convivenza di differenti mezzi di impugnazione- in appresso, alcuni apprezzamenti sul parallelo (e differente) principio di consumazione dell'impugnazione.

4.1. L'inquadramento normativo e le fattispecie "tipizzate" di inammissibilità e/o improcedibilità in cui opera. I rimedi impugnatori della stessa specie.

Gli artt. 358 e 387 c.p.c. disciplinano, con una formulazione letterale pressoché identica, rispettivamente per l'appello e per il ricorso per cassazione, il c.d. principio di consumazione o consumazione del potere di impugnazione⁸.

⁶ Corte di Cassazione, Sezione L civile, Sentenza 26 maggio 2017, n. 13381.

⁷ In tema di opposizioni esecutive, Cass. 21/09/2017, n. 21379; Cass. 26/05/2017, n. 13381; Cass. 17/06/2014, n.

13578; Cass. 20/11/2012, n. 20297; Cass., 29/07/2011, n. 16781; Cass., 21/09/2009, n. 26919.

⁸ S. CAPORUSSO, *La consumazione del potere di impugnazione*, Napoli, 2011.

Più precisamente, la dichiarazione giudiziale di inammissibilità o di improcedibilità, tanto dell'appello quanto del ricorso per cassazione, esclude la possibilità di reiterare il gravame irritualmente proposto, sebbene non ne siano ancora decorsi i termini.

La regola appena esposta trova applicazione anche nei casi di intervenuta dichiarazione di estinzione dell'impugnazione⁹ nonché, più in generale, in tutte le ipotesi di sua dichiarata «irricevibilità»¹⁰.

Un'ulteriore situazione di consunzione del diritto di impugnativa, ancorché non espressamente prevista, ma per così dire «naturale», si ha nei casi di suo rituale esercizio: a questo proposito, infatti, la giurisprudenza di legittimità (v. Cass., 16 maggio 2016, n. 9993; Cass., 3 maggio 2010, n. 13257; Cass., sez. un., 10 marzo 2005, n. 5207) è solita affermare che non è possibile presentare motivi aggiunti, che integrino o modifichino quelli originariamente proposti, né, a maggior ragione, ammette l'interposizione di una nuova impugnazione che possa sostituirsi alla prima validamente proposta.

Dalla congiunta lettura dei già menzionati articoli 358 e 387 c.p.c., si ricava, *a contrario*, la seguente indicazione: la potenziale inammissibilità e/o improcedibilità dell'impugnazione -purché non giudizialmente accertata e dichiarata- non preclude la riproposizione del gravame, a

condizione ovviamente che siano ancora aperti i relativi termini. Con altre e più efficaci parole, come autorevolmente evidenziato in dottrina¹¹, la seconda impugnazione sana per rinnovazione i vizi che infirmano la prima.

4.2. I presupposti che legittimano il ri-esercizio sanante della potestà impugnatoria.

Due sono i presupposti per l'applicazione del principio in commento: *i)* da un lato, l'assenza di una declaratoria giudiziale di inammissibilità e/o improcedibilità del primo gravame; *ii)* dall'altro lato, la tempestività della seconda impugnazione ossia la circostanza che la stessa sia proposta prima della scadenza dei termini di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c..

In riferimento a quest'ultimo requisito, va anzitutto osservato che la **Corte di Cassazione, SS.UU. con sentenza 9 giugno 2016, n. 12084**, ha ribadito il tradizionale orientamento, avverso in dottrina¹², secondo cui, in caso di riproposizione di una nuova impugnazione immune da vizi, il c.d. termine breve, in assenza di notificazione della sentenza *ex art.* 285 c.p.c., decorre dalla notificazione della prima impugnazione.

4.3. Eccezioni per le quali non opera il principio di consumazione a seguito

termine breve per impugnare, in *Foro it.*, 1994, I, 330 e ss.) e messo in dubbio da Cass., 13 maggio 2015, n. 9782 (v. M. CICCARE', *Notifica dell'impugnazione e decorrenza del termine breve*).

⁹ cfr. Cass., 22 agosto 2006, n. 18236

¹⁰ cfr. Cass., 5 giugno 2007, n. 13062.

¹¹ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1966, 171),

¹² G. IMPAGNATIELLO, *Proposizione di impugnazione inammissibile, conoscenza della sentenza e decorrenza del*

dell'intervenuta dichiarazione di inammissibilità e/o di improcedibilità.

L'intervenuta dichiarazione di inammissibilità (e/o di improcedibilità) del gravame provoca, in genere, una situazione di consumazione del relativo potere di critica.

In talune occasioni l'effetto in discorso non si realizza proprio in ragione della peculiare natura del vizio che inficia la validità dell'atto.

In tali casi la dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione non ne preclude la riproposizione, da un lato, a seguito dell'emanazione della sentenza che definisce il giudizio (cfr. Cass., 22 novembre 1991, n. 12577) e, dall'altro, a seguito del deposito del provvedimento completo dei suoi elementi strutturali, tra i quali, per l'appunto, la motivazione (cfr. Cass., sez. un., 2 luglio 2007, n. 14954; Cass., 10 novembre 2006, n. 24100).

- A conclusioni analoghe si deve altresì pervenire rispetto al caso in cui le ragioni della intervenuta inammissibilità risiedano in un difetto di legittimazione ad impugnare: ciò, infatti, non esclude che il soggetto legittimato possa riproporre l'impugnazione.

- Inoltre, la stessa declaratoria di inammissibilità, collegata ad un errore nell'individuazione del mezzo di impugnazione da esperire, non è di per sé

ostativa alla proposizione del giusto mezzo: dalla quale affermazione, si ricava conseguentemente che il principio di consumazione del diritto di impugnativa opera solamente rispetto a mezzi di impugnazione della stessa specie¹³.

4.4. La tempestività della "seconda" impugnazione.

Il discorso introdotto dalla convivenza di due processi di gravame, verso lo stesso provvedimento, va completato a confronto con l'individuazione del termine *a quo* per la tempestività della seconda impugnazione¹⁴.

Mette conto ripetere testualmente quanto le Sezioni Unite hanno affermato in **Cass. Civ., Sez. Un., sentenza 9 giugno 2016, n. 12084**: «(...) La notifica di un primo atto di appello (o ricorso per cassazione) avvia una dinamica impugnatoria al fine di pervenire alla definizione della lite e dimostra conoscenza legale della sentenza da parte dell'impugnante. Ne consegue che qualora questi, prima che sia giunta declaratoria di inammissibilità od improcedibilità, notifichi una seconda impugnazione, quest'ultima deve risultare tempestiva in relazione al termine breve decorrente dalla data di proposizione della prima impugnazione» (enfasi del redattore).

¹³ •Cassazione civ. Sez. III, 17/05/2013, n.12113;
 •Cassazione civ. Sez. II, Sent., 27-01-2011, n. 1902 (in motivazione): "(...) la consumazione del potere di impugnazione presuppone, da un canto, l'esistenza di due impugnazioni della stessa specie (...)" (enfasi aggiunta);
 •Cassazione civ. Sez. Un., 15/11/2002, n.16162.
 •FRANCESCO PAOLO LUISSO, ROMANO VACCARELLA, *Le impugnazioni civili* (pag. 126) G

Giappichelli Editore, 2013 - 649 pagine; (in nota: *In tal senso F. CARNELUTTI, Istituzioni del nuovo processo civile italiano, ribadito costantemente ribadito in dottrina: F.P. LUISSO; Diritto processuale civile, p. 335 e ss.*
¹⁴ Cass. 28.2.2018, n. 4754; Cass. 29.2.2016, n. 24332; Cass. 29.11.2016, n. 24332; Cass. 26.5.2010, n. 12898).

Notevole è poi la **pronuncia Corte di Cassazione, Sezione 2 civile, Ordinanza 16 luglio 2018, n. 18861** ove si legge in motivazione «(...) l'esperimento di uno specifico mezzo di impugnazione (...) non esclude che, fino a quando non intervenga una declaratoria d'inammissibilità del rimedio esperito per primo, possa proporsi una nuova impugnazione, a condizione che, però, quest'ultima risulti tempestiva non in relazione al termine annuale (ndr lungo), ma quello breve decorrente dalla data di proposizione della prima impugnazione¹⁵.

(...) Tale principio opera non soltanto allorquando la parte abbia proposto più volte la medesima impugnazione ma anche quando siano state proposte, come nel caso in esame, impugnazioni successive di natura eterogenea (appello e ricorso per cassazione), poiché anche in tal caso la prima notifica produce la decorrenza del termine breve ai fini della proposizione della successiva impugnazione»¹⁶ (il sottolineato è di chi scrive).

5. Conclusioni.

La criticità connessa all' indefinita qualificazione della domanda presentata dal Giudice *a quo*, ai fini impugnatori, può essere superata esplorando il panorama giurisprudenziale, che contempla come ammissibile la convivenza di mezzi di gravame differenti, non ancora spirato il termine di impugnazione (il termine decorre, in caso di coesistenza dei mezzi di impugnazione, dalla notifica del primo); è difatti rimessa (ad ambedue) i giudici del gravame la determinazione sull'inammissibilità dell'uno o dell'altro,

non spiegando alcun effetto preclusivo la simultanea introduzione di altro diverso rimedio impugnatorio.

Nell'agevolare il lettore, posto dinanzi al bivio ermeneutico della opzione del mezzo di riforma del provvedimento, si suggerisce la contestuale presentazione di (due) mezzi di gravame di diversa specie (appello e ricorso per cassazione) così da preservare e salvaguardare gli interessi della parte dal rischio conseguente a una discorde interpretazione della domanda.

Avv. Eleonora Piccioni
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Roma

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di MFLaw, in conformità ai termini e alle condizioni del servizio.

¹⁵ (cfr., Cass. 28.2.2018, n. 4754; Cass. 29.2.2016, n. 24332; Cass. 29.11.2016, n. 24332; Cass. 26.5.2010, n. 12898).

¹⁶ Cass. 13.7.2017, n. 17309; Cass. 23.5.2011, n. 11308; Cass. 20.10.2004, n. 20547; Cass. 18.5.1999, n. 4807.

