

**Civile Sent. Sez. 3 Num. 17440 Anno 2019**

**Presidente: VIVALDI ROBERTA**

**Relatore: PORRECA PAOLO**

**Data pubblicazione: 28/06/2019**

**SENTENZA**

sul ricorso 11082-2015 proposto da:

AZIENDA AGRICOLA S ANTONIO DI MONZARDO GILBERTO & C  
SAS , in persona del legale rappresentante,  
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA SABOTINO 46,  
presso lo studio dell'avvocato FRANCESCO FERRONI, che  
la rappresenta e difende;

**- ricorrente -**

2019

**contro**

1028

FINESSI ELISEO, FINESSI RAFFAELE, RESTUCCIO RITA,  
FINESSI VILIANO, domiciliati ex lege in ROMA, presso  
la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE,

rappresentati e difesi dall'avvocato FRANCO MODENA;

- **controricorrenti** -

**nonchè contro**

PORTESAN ORESTINA, PASSANITI SANTA;

- **intimati** -

avverso la sentenza n. 585/2015 della CORTE D'APPELLO  
di BOLOGNA, depositata il 23/03/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 30/04/2019 dal Consigliere Dott. PAOLO  
PORRECA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. ANNA MARIA SOLDI che ha concluso per  
l'accoglimento con cassazione senza rinvio della  
sentenza impugnata;

udito l'Avvocato DI RIENZO PASQUALE per delega;

udito l'Avvocato MODENA FRANCO;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

## **Rilevato che**

L'azienda Agricola S. Antonio di Monzardo Gilberto &c. s.a.s. ha proposto ricorso per cassazione nei confronti di Eliseo Finessi, Orestina Portensan, Raffaele Finessi, Santa Passaniti, Viliano Finessi, Rita Restuccio, contro una sentenza con cui la Corte di appello di Bologna si è pronunciata sul gravame interposto dagli intimati nei confronti di tre ordinanze adottate dal giudice dell'esecuzione di una procedura afferente a obblighi di fare promossa, a sua volta, in forza di sentenza che aveva accertato la linea di confine tra gli immobili delle parti ordinando la corrispondente apposizione di cippi, e condannato l'azienda soccombente alla ricostruzione della canalina già presente nel fosso corrente lungo il confine quale regolato;

esponeva la ricorrente che con la prima delle tre ordinanze il giudice dell'esecuzione aveva dichiarato allo stato ineseguibile la sentenza azionata, con la seconda aveva implicitamente revocato la previa ordinanza invitando le parti a dare un'interpretazione condivisa del titolo, e con la terza aveva nuovamente dichiarato ineseguibile il titolo e improcedibile l'esecuzione;

il giudice dell'esecuzione aveva evidenziato l'assenza di accordo tra le parti sulla portata del titolo, e, per un verso, aveva indicato, già con la seconda ordinanza, l'impossibilità d'interpretare il titolo avendo egli da pronunciarsi solo sulle modalità esecutive, mentre, per altro verso, all'esito di consulenza tecnica d'ufficio, aveva registrato che le difficoltà ostative all'attuazione forzata della sentenza in parola inerivano:

- all'esatta individuazione del confine tra i fondi delle parti, essendosi verificato uno sconfinamento di superficie a sfavore del fondo di proprietà Monzardo, circostanza peraltro evidenziata già dal consulente tecnico d'ufficio del giudizio di merito sotteso;
- a un mutamento dei luoghi, posto che non vi era più traccia della canalina e che era cambiata, a causa di una escavazione, la quota del terreno;

gli istanti in esecuzione avevano appellato le pronunce del giudice dell'esecuzione assumendo che avessero complessivamente valore di sentenza

negatoria del diritto di agire esecutivamente, e, nel merito, sostenendo l'eseguibilità del titolo, dovendo solo conformarsi materialmente i luoghi a quanto stabilito in sede di cognizione;

la corte di appello aveva affermato l'ammissibilità dell'appello in quanto proposto contro una pronuncia che non aveva regolato le modalità dell'esecuzione ma aveva negato la possibilità di procedervi, assumendo natura oggettiva di sentenza;

nel merito il collegio di seconde cure statuiva l'eseguibilità del titolo non potendo ritenersi ostativo il complessivo mutamento dello stato dei luoghi, ricostruibili secondo il dettato giudiziale azionato;

il ricorso per cassazione contro questa pronuncia è articolato con un motivo;

hanno resistito con controricorso Eliseo Finessi, Orestina Portesan, Viliano Finessi, Rita Restuccia;

con ordinanza interlocutoria del 18 ottobre 2018 la sottosezione sesta terza civile di questa Corte ha rimesso la causa alla pubblica udienza;

nel procedimento davanti alla sottosezione le parti hanno depositato memorie, i controricorrenti costituendosi a mezzo di nuovo difensore a seguito di decesso di entrambi i precedenti patrocinanti;

le parti hanno depositato memorie in vista della pubblica udienza;

### **Rilevato che**

con l'unico motivo si prospetta la nullità del procedimento di appello per omessa dichiarazione di sua inammissibilità, essendo esperibile solo l'opposizione agli atti esecutivi a fronte della dichiarazione d'improcedibilità e quindi di estinzione atipica dell'esecuzione;

### **Rilevato che**

con l'ordinanza interlocutoria della sottosezione è stato evidenziato che:  
-l'orientamento giurisprudenziale richiamato in ricorso, per cui l'appello sarebbe inammissibile essendo possibile reagire, nella fattispecie in

- parola, solo con l'opposizione agli atti esecutivi, potrebbe essere ritenuto inapplicabile alle esecuzioni in forma specifica perché ogni constatazione di una situazione che rende impossibile procedere esecutivamente si risolverebbe in una negazione del diritto di agire per le vie coattive, a differenza di quanto avviene nell'esecuzione per espropriazione dove l'improseguibilità può lasciare intatto il diritto versato nel titolo;
- la ricostruzione che ritiene esperibile solo l'opposizione agli atti esecutivi potrebbe ritenersi sottrarre, quindi, la pronuncia in questione, al naturale ambiente di controllo costituito dall'opposizione all'esecuzione;
  - nella più recente giurisprudenza si trova poi affermato che, in ragione della struttura necessariamente bifasica dell'opposizione all'esecuzione già iniziata, l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 612, cod. proc. civ., che abbia assunto contenuto decisorio riguardo alla portata sostanziale del titolo esecutivo, deve ritenersi consistere nella definizione della fase sommaria, sicché la parte potrà tutelarsi iniziando il giudizio di merito ai sensi dell'art. 616, cod. proc. civ.;
  - a mente di questa giurisprudenza andrebbe valutata l'ipotizzabilità di un giudicato interno ostativo poiché la censura sollevata è stata specificatamente formulata nel senso dell'inammissibilità dell'appello per non essere stata proposta opposizione agli atti esecutivi, sicché potrebbe non essere ritenuto esaminabile il profilo dell'inammissibilità dell'appello per altra ragione, non essendo stata impugnata la statuizione con cui la corte di appello ha implicitamente ma univocamente escluso che l'ordinanza del giudice dell'esecuzione avesse definito la sola fase sommaria;
  - in ogni caso andrebbe valutata l'ipotizzabilità di una tutela da "overruling" a fronte del sopravvenire, all'introduzione dell'appello avvenuta nel 2012, della giurisprudenza da ultimo ricordata;
  - ancor più di recente, alcuni arresti di questa Corte, pronunciati anche nella materia in scrutinio, hanno precisato che a fronte di una

dichiarazione d'improcedibilità ovvero estinzione atipica, il rimedio esperibile è solo l'opposizione agli atti, salvo sia adottato in séguito a contestazioni prospettate mediante formale opposizione all'esecuzione, in relazione alle quali il giudice dell'esecuzione abbia indicato di voler pronunciare in fase sommaria, con provvedimento pertanto reclamabile ai sensi dell'art. 624, cod. proc. civ., con conseguente esclusione, in ogni caso, dell'appello;

- infine, la questione involgeva un tema ancor più generale, ossia se sia possibile anche per il creditore procedente, e non solo per il debitore esecutato, introdurre una controversia sull'esistenza del diritto di procedere all'esecuzione forzata, che necessariamente, tanto più in considerazione del differente regime dei gradi di merito, sia da configurare con opposizione all'esecuzione e non alle modalità procedurali della stessa;

### **Rilevato che**

il motivo di ricorso è fondato e deve disporsi la cassazione senza rinvio della sentenza impugnata, poiché l'appello non poteva proporsi;

la giurisprudenza classica ha reiteratamente affermato che il provvedimento adottato dal giudice dell'esecuzione in sede di attuazione coattiva degli obblighi di fare e non fare, ai sensi dell'art. 612, cod. proc. civ., al fine di determinare le concrete modalità attuative e risolvere le difficoltà insorte al riguardo, ha natura e forma di ordinanza opponibile ex art. 617 cod. proc. civ., e non impugnabile con i mezzi previsti per reagire alle sentenze ovvero ai provvedimenti conclusivamente decisorii, mentre quando quel giudice, abbia deciso, nel contrasto tra le parti, questioni di natura sostanziale inerenti, in particolare, al diritto di procedere, assume oggettivamente quel contenuto decisorio divenendo impugnabile con i relativi mezzi, e in specie con l'appello (cfr., ad esempio, Cass., 17/01/1968, n. 124, Cass., 21/07/1969, n. 2742, Cass., 06/10/1973, n. 2509, Cass., 17/06/1974, n. 1715, Cass., 24/09/1981, n. 5178, Cass., 24/02/1987, n. 1926, Cass., 06/06/1988, n.

3802, Cass., 10/04/1992, n. 4407, Cass., 01/02/2000, n. 1071, Cass., 18/03/2003, n. 3992, Cass., 08/10/2008, n. 24808, Cass., 18/07/2011, n. 15727, Cass., 09/03/2012, n. 3722, Cass., 23/06/2014, n. 14208);

questo orientamento ha costantemente sottolineato che, nel primo caso, il contenuto del provvedimento non si manifesta come definitivo, e deve pertanto ritenersi anche modificabile ex art. 487, cod. proc. civ.;

nel secondo caso, viceversa, accade l'opposto, poiché il giudice dell'esecuzione non si limita a quell'attività interpretativa che può essere imposta dall'esigenza di superare possibili margini di genericità e incertezza del titolo, raggiungendo la questione sostanziale tipicamente afferente all'"an" dell'esecuzione, che può essere sollevata anche officiosamente in senso ostativo;

in questa cornice, per rispondere a una delle sollecitazioni dell'ordinanza interlocutoria richiamata, non viene tanto in questione il generale portato dell'interesse ad agire ex art. 100, cod. proc. civ., in tesi a supporto della possibilità d'introdurre la controversia sulla portata del titolo ad opera del creditore, quanto una dinamica necessariamente oppositiva ovvero iscritta, in chiave analogamente impeditiva, nell'ambito degli ordinari poteri di verifica officiosa dell'idoneità esecutiva del titolo;

un mutamento della descritta giurisprudenza vi è stato con la modifica dell'art. 616, cod. proc. civ., effettuata dall'art. 14 della legge n. 52 del 2006, secondo cui l'opposizione all'esecuzione già iniziata, dopo l'esperimento davanti al giudice dell'esecuzione della fase sommaria deputata al provvedimento sull'istanza di sospensione, si evolve verso la cognizione piena secondo una modalità procedimentale precisa, che si articola o con la rimessione (con provvedimento ordinatorio) al giudice competente nel merito e la successiva riassunzione, o con la fissazione di un termine perentorio per l'introduzione del giudizio di merito con l'iscrizione a ruolo;

da tanto è sembrato discendere (Cass., 16/09/2010, n. 19605) che un provvedimento in relazione al quale si assume che il giudice dell'esecuzione, statuendo perché investito ai sensi dell'art. 612, cod. proc. civ., abbia deciso

su una contestazione insorta fra le parti in ordine all' "an" del diritto da eseguirsi e, quindi su materia riconducibile all'art. 615, cod. proc. civ., in tanto può acquisire la natura di sentenza su tale opposizione in quanto il giudice dell'esecuzione abbia provveduto definendo il procedimento senza alcuna possibilità di ulteriore discussione davanti a sé, come quando abbia deciso sulle spese dello stesso, nel qual caso si può ritenere esservi – in questa logica – sentenza sull'opposizione all'esecuzione e anche, se sollevate anche questioni concernenti soltanto il modo di attuazione della pretesa esecutiva, sul profilo suscettibile di opposizione agli atti;

a mente di questo arresto, nel caso che non risulti l'indicato carattere di definitività del provvedimento, il silenzio serbato dal giudice sulla sorte del procedimento, sia per l'uno che per l'altro profilo (615 e 617 cod. proc. civ.), «esclude, invece, che il provvedimento possa ritenersi decidere l'una o l'altra opposizione ed è provvedimento che, avendo omesso la fissazione del termine perentorio per l'iscrizione a ruolo della causa sia di opposizione all'esecuzione sia di opposizione agli atti, è suscettibile di integrazione ai sensi dell'art. 289 cod. proc. civ., perché il giudice dell'esecuzione ha omesso la fissazione di un termine perentorio, fermo restando che la parte interessata, anche senza integrazione, ben potrebbe procedere di sua iniziativa ad iscriverne a ruolo la causa di opposizione all'esecuzione o di opposizione agli atti, perché segua la cognizione piena»;

ulteriore evoluzione si è registrata quando è stato osservato (Cass., 27/10/2011, n. 22503), in tema di esecuzione per espropriazione immobiliare, che l'esclusione della definitività decisoria deve a ben vedere ritenersi sussistente sia se il provvedimento abbia chiuso il procedimento oppositivo senza liquidare le spese, sia se, oltre a chiuderlo, abbia provveduto su di esse, ponendole a carico della parte opponente o compensandole;

si è così osservato che la presenza del capo sulle spese non determina, cioè, alcun mutamento della natura del provvedimento definitorio della fase sommaria dell'opposizione all'esecuzione, ai fini dell'acquisizione della sostanza della sentenza, poiché la statuizione è adottata a séguito di uno svolgimento

dell'azione secondo le forme della sommarietà che, nella logica normativa sottesa alla struttura bifasica del procedimento, non è diretto a una decisione definitiva sul diritto coinvolto, ma solo a una decisione provvisoria, destinata a essere ridiscussa nella fase a cognizione piena con l'introduzione del giudizio di merito;

«è vero» si è rilevato, «che il giudice, alterando le forme procedurali stabilite, che prevedono l'indefettibilità della fase a cognizione piena, sia pure provocata dall'iniziativa della parte a seguito della fissazione del termine per l'introduzione del giudizio di merito, definisce davanti a sé il giudizio. Ma non è meno vero che, trattandosi di giudice investito di una cognizione sommaria e, pertanto, destinata a sfociare in provvedimenti ridiscutibili secondo le regole della cognizione piena e, dunque, del tutto provvisori, il provvedimento del giudice che non abbia seguito le forme previste dalla legge nell'assicurare quella cognizione non può acquisire una forza diversa a cagione della sua irritualità e, quindi, non può considerarsi "definitivo" dell'azione, nonostante che l'irritualità consista proprio nella chiusura illegittima del procedimento. Questa chiusura è essa stessa del tutto provvisoria e non definitiva, riguarda solo la fase sulla quale il giudice doveva provvedere, perché è assunta all'esito di una cognizione sommaria, nell'ambito della quale il giudice, per volontà della legge, non poteva definire il modo di essere del diritto fatto valere con l'opposizione, ma solo provvedere in via del tutto provvisoria in vista della possibile evoluzione dell'azione con la cognizione piena»;

pertanto, «l'errore del giudice, consistito nel negare la progressione del procedimento e, quindi, dell'azione dalla fase sommaria a quella a cognizione piena [...] non può avere il valore di decisione definitiva sul modo di essere del diritto fatto valere con l'opposizione, perché, se è concepibile che il giudice civile, allorquando abbia la "potestas" di decidere in via definitiva su diritti, la possa esercitare con forme irrituali sì che il suo provvedimento, ancorché non adottato secondo le forme previste, abbia comunque quell'attitudine, perché è espressione del potere di un giudice che poteva rendere una decisione definitiva e l'ha soltanto fatto seguendo forme irrituali, non è, invece,

concepibile che l'errore del giudice nell'applicare le forme del procedimento, allorquando venga compiuto in una fase processuale nella quale il giudice, secondo il modello procedimentale, non poteva rendere decisione definitiva, possa fare assurgere al suo provvedimento irrituale il carattere della definitività sul diritto coinvolto. In altri termini la mancanza nel giudice, in ragione dell'essere strutturato il procedimento in una fase sommaria, nella quale il suo potere di decidere in via definitiva non si configura, ed in una fase successiva a cognizione piena, sia pure da attivarsi ad iniziativa di parte, nella quale invece quel potere sussiste, impedisce di attribuire alla mancata assicurazione della possibilità di dare corso a tale fase successiva il valore di decisione definitiva. Quest'ultima non può sortire dall'errore commesso dal giudice»;

da queste premesse si è giunti a prendere ulteriormente le distanze dai margini di configurabilità di provvedimenti in fase sommaria con valore sostanziale di sentenza: infatti, «poiché l'eventuale provvedimento sulle spese della fase sommaria che si accompagna alla irrituale decisione di chiusura del procedimento senza fissazione del termine per l'introduzione del giudizio di merito è provvedimento che, in ragione del carattere pur sempre sommario della statuizione ad esso relativa, perché resa all'esito di una cognizione sommaria, non può che rivestire anch'esso il valore proprio della decisione emessa a seguito di una simile cognizione, anche nel caso di un simile provvedimento deve escludersi che si sia in presenza di una sentenza in senso sostanziale sotto il profilo della definitività del provvedimento;»

la marcatura legislativa sulla bifasicità dell'opposizione all'esecuzione – da ultimo rafforzata dalle precisazioni di Cass., 11/10/2018, n. 25170, le cui conclusioni sono attagliate però al diverso caso in cui la parte abbia omesso la fase sommaria impedendo il preventivo esame dell'opposizione da parte del giudice dell'esecuzione – ha inevitabilmente portato Cass., 03/05/2016, n. 8640, a una «soluzione nuova» anche in tema di provvedimenti ex art. 612, cod. proc. civ.: quella per cui l'ordinanza emessa nell'ambito di un'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e non fare, che illegittimamente abbia assunto il carattere oggettivo di risoluzione di una contesa fra le parti in ordine

alla portata sostanziale del titolo esecutivo e all'ammissibilità dell'azione esecutiva intrapresa, non può mai considerarsi come una sentenza in senso sostanziale decisiva di un'opposizione all'esecuzione e, dunque, impugnabile con il mezzo di impugnazione della sentenza che decida una simile opposizione, e la parte può tutelarsi da esso introducendo un giudizio di merito ex art. 616 cod. proc. civ.;

lo stesso principio è stato ribadito successivamente (Cass., 03/03/2017, n. 7402), con la precisazione però (Cass., 08/05/2018, n. 10946) che dev'essere coordinato con la contigua nomofilachia secondo cui nei casi in cui il giudice dell'esecuzione, esercitando il proprio potere officioso, dichiara l'improcedibilità o l'estinzione cd. atipica, o comunque adotti altro provvedimento di definizione della procedura esecutiva in base al rilievo della mancanza originaria o sopravvenuta del titolo esecutivo o della sua inefficacia ovvero, pertanto, della sua ineseguibilità, il provvedimento adottato in via né sommaria né provvisoria, a definitiva chiusura della procedura esecutiva, è impugnabile esclusivamente con l'opposizione agli atti esecutivi ai sensi dell'art. 617 cod. proc. civ.; diversamente, se adottato in seguito a contestazioni del debitore prospettate mediante una formale opposizione all'esecuzione in relazione alla quale il giudice abbia dichiarato di volersi pronunciare, il provvedimento sommario di provvisorio arresto del corso del processo esecutivo, che resta perciò pendente, è impugnabile con reclamo ai sensi dell'art. 624 cod. proc. civ. (Cass., 22/06/2017, n. 15605);

per la suddetta ragione questa Corte (nell'arresto del 2018 da ultimo citato) ha quindi concluso che – ferma restando la possibilità di instaurare il giudizio di merito laddove sia stata proposta un'opposizione – l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che nell'ambito di un processo di esecuzione per obblighi di fare o non fare decida in ordine alla portata sostanziale del titolo esecutivo, e all'ammissibilità dell'azione esecutiva, deve ritenersi reclamabile quando lo abbia univocamente fatto solo in funzione di una sospensione della procedura, che resta pendente, in attesa dell'esito del giudizio di merito da instaurare; mentre è opponibile ai sensi dell'art. 617 cod. proc. civ., laddove

abbia dichiarato la definitiva chiusura del processo esecutivo, sicché in nessun caso è peraltro possibile la proposizione dell'appello;

l'ordinanza interlocutoria, come sopra si è riportato, ha sollecitato la verifica dell'applicabilità alle esecuzioni in forma specifica del principio dell'opponibilità agli atti della dichiarazione d'improcedibilità ovvero di chiusura anticipata della procedura coattiva;

ritiene il Collegio che dev'essere ribadita la nomofilachia così formata, poiché la circostanza che il diritto consacrato nel titolo resti intatto (come nella chiusura anticipata dell'esecuzione per espropriazione) o meno (come nell'esecuzione in forma specifica), non sposta la conclusione per cui, nella concreta esecuzione promossa, si inibisce il diritto a procedere, con un atto del procedimento attraverso il quale non si pronuncia su un'opposizione avanzata formalmente quanto necessariamente dal soggetto passivo della stessa, ma si statuisce che quella procedura non può andare oltre: quell'atto della sequenza andrà pertanto impugnato con opposizione formale affinché non se ne determini la stabilizzazione endoprocedimentale, cui il rimedio ex art. 617, cod. proc. civ., è strutturalmente e funzionalmente correlato;

ciò posto, resta quindi assorbito il dubbio riguardo alla rilevanza del giudicato interno sull'implicita quanto univoca statuizione del giudice di appello escludente che l'ordinanza del giudice dell'esecuzione avesse definito solo la fase sommaria: nella fattispecie, infatti, la statuizione del giudice dell'esecuzione non risulta avvenuta pronunciando su una formale opposizione all'esecuzione, ed era quindi impugnabile ex art. 617 cod. proc. civ.;

parimenti, resta assorbito il dubbio sulla rilevanza dell'"*overruling*", poiché la conclusione appena raggiunta è la stessa fatta propria da nomofilachia antecedente all'introduzione dell'appello (cfr., Cass., 03/05/2011, n. 9676, evocata infatti nel ricorso);

spese compensate stanti le progressive precisazioni e stabilizzazioni nomofilattiche;

**P.Q.M.**

La Corte accoglie il ricorso e cassa senza rinvio la sentenza impugnata perché l'appello non poteva essere proposto. Compensa le spese.