

## **Cass. civ. sez. II del 7 luglio 2017 n. 16880**

2. Con il primo motivo i ricorrenti denunziano violazione degli artt. 612, 617 e 339, cod. proc. civ., nonché vizio motivazionale su un punto controverso e decisivo.

Assumono i ricorrenti che la Corte etnea aveva errato a non giudicare inammissibile l'impugnazione avverso il provvedimento, emesso dal Giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 612, cod. proc. civ., per sua natura non appellabile. Doveva escludersi che il Giudice dell'esecuzione avesse travalicato i limiti di quanto previsto dalla legge, la quale gli impone di stabilire le modalità esecutive. Modalità che, ovviamente, avrebbero dovuto essere tali da rendere effettivo l'arretramento di 80 cm del muro di recinzione e, comunque, di quant'altro realizzato in violazione del diritto dei ricorrenti ad aver libera la primigenia stradina ivi esistente a confine. In definitiva, quel provvedimento non aveva acquisito efficacia decisoria, essendosi limitato a rendere effettiva la efficacia esecutiva della sentenza da eseguire. Soggiungono ancora i ricorrenti a maggior chiarimento che «Nessuna pronuncia vi è stata quindi sulla portata del titolo esecutivo, ma una legittima interpretazione dello stesso avuto riguardo al contenuto complessivo della sentenza e del diritto che ha inteso tutelare ovvero il diritto di passaggio su una stradella di cui la dante causa degli odierni ricorrenti era proprietaria».

L'esposto doglianza è fondata.

Questa Corte ha più volte affermato che, in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, ove il giudice dell'esecuzione, nel determinare le modalità esecutive, risolva una controversia insorta fra le parti in ordine alla portata sostanziale del titolo esecutivo e dell'ammissibilità dell'azione esecutiva intrapresa deve riconoscersi al provvedimento adottato natura sostanziale di sentenza, in forza del suo contenuto decisorio sul diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata, e come tale esso è impugnabile con l'appello. Più in dettaglio si è spiegato che, ove il giudice con una seconda ordinanza «decida una controversia sulla rispondenza della pretesa esecutiva al contenuto del titolo sulla conformità (o non) al titolo di una delle opere già eseguite spontaneamente dall'obbligato, oppure sulla portata sostanziale dello stesso titolo esecutivo, per lo stesso principio della prevalenza del contenuto dell'atto sulla sua forma, anche la nuova ordinanza è equiparata ad una sentenza che decide un'opposizione all'esecuzione, come tale impugnabile con l'appello» (Sez. 3, n. 3992, 18/3/2003, Rv. 561218; in senso conforme, fra le tante, Sez. 3, n. 24808 dell'8/10/2008, Rv. 604894; Sez. 3, n. 16471, 15/7/2009, Rv. 609105; Sez. 3, n. 15727, 18/7/2011, Rv. 619490).

Il predetto orientamento, tuttavia, in epoca recente è stato sottoposto ad opera di revisione e affinamento, approdandosi, in primo luogo, alla sentenza della Sez. 3, n. 8640, 3/5/2016, Rv. 642688.

In relazione al tempo d'emissione del provvedimento del giudice dell'esecuzione, che si ritenga aver traciato dal compito di meramente regolare l'esecuzione, occorre distinguere tre

periodi: a) anteriormente al 10 marzo 2006, epoca di entrata in vigore della riforma operata dall'art. 14 della I. 24/2/2006, n. 52, durante il quale era previsto lo strumento impugnatorio dell'appello avverso i provvedimenti emessi in sede di opposizione all'esecuzione; b) dal predetto 1° marzo al 3 luglio 2009, durante il quale, escluso l'appello, era possibile solo ricorrere in via straordinaria in cassazione; c) dal 4 luglio 2009 in poi, durante il quale, ripristinato il regime anteriore, ad opera dell'art. 49, comma 2, I. 18/6/2009, n. 69, era possibile esperire lo strumento impugnatorio ordinario dell'appello.

Il provvedimento che ha formato oggetto di appello del quale qui si discute risale al 21/1/2005.

Ciò chiarito, la sentenza da ultimo evocata, tenendo conto della evoluzione giurisprudenziale, ha confermato la condizione essenziale, ripresa dal testo della sentenza di legittimità n. 16471/09 «che l'ordinanza formalmente emessa ai sensi dell'articolo 612 c.p.c. nella sostanza [abbia] assunto caratteri di decisorietà, dovendosi l'impugnabilità come sentenza in senso sostanziale altrimenti negarsi e riconoscersi carattere soltanto ordinatorio al provvedimento».

Ulteriormente chiarito, che il provvedimento «non è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione sull'assunto che abbia natura sostanziale di sentenza decisiva dell'opposizione, ove il provvedimento stesso non abbia chiuso il giudizio davanti al giudice, come quando abbia deciso sulle spese, bensì, non avendo fissato il termine per l'iscrizione della causa a ruolo previsto dall'art. 616 c.p.c., è suscettibile di una richiesta di integrazione a questo scopo ai sensi dell'art. 289 c.p.c., oppure può essere seguito da una diretta iniziativa di iscrizione a ruolo della parte interessata. Analogamente, nel regime dell'art. 616 c.p.c., introdotto dalla I. n. 69 del 2009, con il ripristino dell'appellabilità della sentenza decisiva dell'opposizione, il suddetto provvedimento non è appellabile (salva sempre l'ipotesi di chiusura del procedimento con la statuizione sulle spese), ma è suscettibile di una richiesta di integrazione con la fissazione del termine per l'iscrizione a ruolo, oppure può essere seguito dall'iniziativa della parte interessata di iscrivere a ruolo la causa».

Nel caso qui al vaglio deve dubitarsi che il contenuto del provvedimento emesso dal Giudice dell'esecuzione sia travalicante.

Occorre porre attenzione sulla circostanza che lo stesso si era, in sostanza, limitato a dare esecuzione alla sentenza che aveva condannato gli odierni resistenti ad arretrare di 80 cm il muro di recinzione, per tutta la linea del confine, così da rendere libera una stradella privata, costituendo, da questo punto di vista un mero accidente la costruzione nelle more interposta dalla controparte, non implicante vaglio di altro e contrastante titolo.

Risulta decisivo considerare che, siccome evidenziato dai ricorrenti, il titolo esecutivo non era diretto alla demolizione di un determinato manufatto o all'arretramento di parti di esso, bensì a rendere libero lo spazio di 80 cm, destinato a stradina di proprietà dei ricorrenti e la circostanza che ad ostruire la proprietà di quest'ultimi fosse un muro od altro, risulta indifferente allo scopo. La statuizione di condanna, invero, trova soddisfazione solo laddove la parte soccombente rilasci il tratto di area della controparte, occupato illegalmente. In altri termini, al contrario di quanto ritenuto nella sentenza impugnata, il titolo esecutivo risulta

idoneo alla pretesa demolitoria di quanto nell'attualità trovasi ad ostruire la predetta area privata.

Peraltro, proprio la qualità del comando, diretto all'ottenimento forzoso della liberazione del fondo altrui, troverebbe troppo facile via elusiva immutando i luoghi e sostituendo al primigenio manufatto (nella specie il muro) altra opera (nella specie, addirittura, un edificio a due elevazioni fuori terra). Né, può assumere rilievo l'allegata circostanza che gli odierni resistenti abbiano proceduto all'edificazione in pendenza della formazione del giudicato, trattandosi d'intervento effettuato a completo rischio e pericolo loro.

D'altronde, diversamente ragionando, inaccettabili sarebbero le conclusioni, contrastanti con plurimi principi fondamentali: la pendenza giudiziaria si ripercuoterebbe ai danni del contendente vincitore, la cogenza del titolo diverrebbe aleatoria, insieme all'effettività della tutela erga omnes della proprietà, inefficace il diritto di difesa (nel senso della effettiva possibilità di veder realizzati i propri diritti).

Nello stesso senso milita, peraltro, il mancato regolamento delle spese.

In ogni caso e in decisivo luogo, condividendosi l'indirizzo inaugurato con maggior compiutezza dalla già citata sentenza n. 8640/2016, *«l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 612 c.p.c. che legittimamente abbia assunto il carattere oggettivo di risoluzione di una contesa fra le parti in ordine alla portata sostanziale del titolo esecutivo ed all'ammissibilità dell'azione esecutiva intrapresa e dunque abbia esorbitato dal profilo funzionale dell'istituto di cui alla norma, non è mai considerabile 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, ma dà luogo - e ciò anche qualora in essa si siano liquidate le spese giudiziali - alla conseguenza che la parte interessata, assumendo il provvedimento carattere di decisione soltanto sommaria, consideri l'ordinanza come definitiva della fase sommaria di un'opposizione all'esecuzione e, pertanto, possa tutelarsi introducendo un giudizio di merito ex art. 616 c.p.c.»*.

L'esposta linea interpretativa, condivisa dal Collegio, ha trovato successive conferme (Sez. 3, n. 15015, 21/07/2016, Rv. 642689; Sez. 3, n. 7402, 23/3/2017, Rv. 643692), nel mentre la sentenza n. 27185, 28/12/2016, sempre della Terza Sezione, che pare confermare il vecchio indirizzo, non mostra consapevole confronto