

Cass., civ. sez. III, del 28 giugno 2019, n. 17440

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'"man" 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 iscriverla 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 procedimentali stabilite, che prevedono l'infedeltà della fase a cognizione piena, sia pure provocata dall'iniziativa della parte a séguito 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 séguito 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, allorché 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 irrivalenti, non è, invece, concepibile che l'errore del giudice nell'applicare le forme del procedimento, allorché 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 irrivale 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 irrivale 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 ommesso 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);