

Il giudice istruttore del Tribunale di Tortona, con ordinanza pronunciata all'udienza del 14 giugno 2005, fissata ai sensi dell'art. 789, primo comma, cod. proc. civ., all'esito di giudizio di scioglimento di comunione immobiliare, ha rigettato l'istanza del difensore della convenuta Bruna Balduzzi, di revoca del precedente provvedimento di reiezione delle richieste istruttorie, ha quindi proceduto all'estrazione a sorte di una delle tre soluzioni individuate dal CTU, ed ha, infine, assegnato i lotti ai singoli condividenti, dichiarando l'esecutività del progetto approvato e dando le ulteriori necessarie disposizioni.

Avverso tale ordinanza, Bruna Balduzzi ha proposto ricorso per cassazione, ex art. 111, settimo comma, Cost., denunciandone la nullità per violazione e falsa applicazione di norme, con riferimento all'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., avendo il giudice istruttore adottato l'ordinanza dichiarativa dell'esecutività del progetto di divisione, malgrado non sussistesse il presupposto della mancanza di contestazioni.

Hanno resistito con controricorso Fiorentino Balduzzi, Laila Pagella in Balduzzi e Margherita Maggi in Balduzzi, i quali hanno concluso per l'innammissibilità e, comunque, per il rigetto dell'avanzato ricorso.

Assegnato il ricorso alla Seconda Sezione, il collegio designato, con ordinanza interlocutoria n. 13701 del 2011, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per la eventuale assegnazione alle Sezioni unite al fine della decisione sulla questione di massima di particolare importanza, concernente l'individuazione dell'effettivo regime di impugnabilità dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., malgrado la presenza di contestazioni o di altri impedimenti processuali.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Con l'unico motivo di ricorso, la Balduzzi ha denunciato la nullità della suddetta ordinanza oltre che del procedimento per violazione e falsa applicazione di norme con riferimento all'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., avendo il designato giudice istruttore adottato l'ordinanza dichiarativa dell'esecutività del progetto di divisione, malgrado non sussi-



stesse il presupposto della mancanza di contestazioni.

2. Come già riferito, la Seconda Sezione Civile ha ritenuto che la decisione del ricorso involgesse la questione di massima di particolare importanza se lo strumento di impugnazione esperibile avverso l'ordinanza emessa dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., malgrado la presenza di contestazioni o di altri impedimenti processuali, sia l'appello o il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

L'ordinanza interlocutoria ha ricordato come, alla luce del terzo comma dell'art. 789 cod. proc. civ., una volta tenutasi l'udienza di discussione del progetto di divisione, questo possa essere dichiarato esecutivo dal giudice unicamente ove non siano sorte al riguardo contestazioni tra i conviventi, il tutto con ordinanza qualificata espressamente come "non impugnabile"; laddove, in caso di contestazioni, il giudice deve altrimenti astenersi dal rendere un simile provvedimento e provvedere a norma dell'art. 187 cod. proc. civ., decidendo con sentenza all'esito della necessaria trattazione della causa.

La medesima ordinanza ha poi osservato che, fino all'anno 2009, la giurisprudenza della Corte - essendo chiamata a decidere controversie iniziate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 51 del 1998, con conseguente necessaria composizione collegiale del Tribunale nelle cause di scioglimento delle comunioni immobiliari - fosse ferma nel ritenere ricorribile in cassazione, ex art. 111 Cost., in assenza di altri sperimentabili mezzi di impugnazione, l'ordinanza del giudice istruttore che avesse dichiarato esecutivo un progetto divisionale in presenza di contestazioni delle parti, assumendo la portata decisoria di una simile pronuncia, incidente in maniera abnorme sui diritti delle parti (vengono all'uopo richiamate Cass. n. 2913 del 1997; Cass. n. 1012 del 1980; Cass. n. 6491 del 1987; Cass. n. 1778 del 1988; Cass. n. 4273 del 1995; Cass. n. 21064 del 2006; Cass. n. 9312 del 2009).

Ha ancora rilevato che, con sentenza n. 4245 del 2010, della medesima Seconda Sezione Civile - resa a proposito della correlata fattispecie dell'ordinanza di vendita di immobili di cui all'art. 788 cod. proc. civ. - è stato affermato che «a norma dell'art. 50-bis cod. proc. civ., introdotto dal d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, il procedimento di scioglimento della



comunione è trattato e deciso dal Tribunale in composizione monocratica, non rientrando tra quelli per i quali è prevista riserva di collegialità; pertanto, ove il giudice istruttore provveda con ordinanza sulla vendita e sorgano contestazioni al riguardo, il relativo provvedimento è pronunciato da un organo avente in ogni caso potere decisorio e pur non avendo la forma di sentenza di cui al secondo comma dell'art. 788 cod. proc. civ., ne ha comunque il contenuto, onde lo strumento di impugnazione esperibile avverso di esso è l'appello, e non il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.».

Ha evidenziato come nella motivazione della medesima sentenza si ponga in risalto la vigente monocraticità della cognizione del Tribunale in ogni fase del giudizio di divisione, di tal che l'ordinanza del giudice istruttore, comunque pronunciata ai sensi dell'art. 789 cod. proc. civ., non può più presentare alcun connotato di abnormità (come tale legittimante il ricorso ex art. 111 Cost.), in quanto proveniente dall'organo giurisdizionale munito di potere decisorio in materia, sicché l'errore giudiziale nella forma dell'atto (che, per il suo contenuto, postulerebbe l'emissione di una sentenza) sarebbe denunciabile, in virtù del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, coi mezzi di impugnazione ordinari.

Nella ordinanza si riferisce altresì che il detto nuovo indirizzo è stato condiviso da altre tre pronunce della Seconda Sezione civile, sia con riguardo all'ordinanza resa in presenza di contrasto sulla necessità della vendita, nel caso di cui all'art. 788, primo e secondo comma, cod. proc. civ. (Cass. n. 23840 del 2010), sia, più specificamente, con riferimento all'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., in difetto dei suoi presupposti, come tale da considerarsi avente il contenuto decisorio della sentenza (Cass. n. 22663 del 2010 e, da ultimo, Cass. n. 7665 del 2011), pervenendosi, quindi, all'enucleazione del conseguente principio generale in base al quale «la decisione che risolve le contestazioni circa il diritto alla divisione, i criteri o le modalità della sua attuazione (tenuto conto della modifica legislativa introdotta dal d.lgs. n. 51 del 1998, che ha sottratto la divisione giudiziale dal novero delle cause devolute alla decisione del tribunale in composizione collegiale), anche se assunta con ordinanza, è impugnabile con l'appello».

Nell'ordinanza interlocutoria si ricorda anche quell'orientamento se-



condo cui l'ordinanza pronunciata dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., in difetto dei presupposti di sostanza (presenza di contestazioni o mancanza dell'accordo delle parti) e/o di forma (irritualità del procedimento o viziata formazione dell'accordo), non sarebbe giammai impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione, in quanto pur sempre priva di definitività e di decisorietà, essendo piuttosto aggredibile, in quanto provvedimento inesistente, con un' *actio nullitatis* (Cass. n. 10995 del 2004; Cass. n. 2913 1997).

Esaurita la ricognizione degli orientamenti in materia, l'ordinanza interlocutoria ha quindi ravvisato la necessità della rimessione alle Sezioni Unite della questione di massima di particolare importanza attinente all'individuazione del regime di impugnabilità dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., malgrado la presenza di contestazioni o di altri impedimenti processuali, anche al fine di chiarire quali possano essere gli effetti della eventuale adesione all'orientamento instaurato a far tempo dalla citata sentenza n. 4245 del 2010 sui ricorsi per cassazione pendenti. In proposito, ha evidenziato la necessità che si tenga conto del temperamento - dalla stessa giurisprudenza ormai solidamente apprestato in tutte le fattispecie in cui sia questione di stabilire se un provvedimento abbia natura di ordinanza o di sentenza, per individuare il mezzo d'impugnazione correttamente esperibile - al c.d. principio di prevalenza della sostanza sulla forma mediante applicazione del parallelo principio cd. di "apparenza e affidabilità", il quale preserva un adeguato rilievo pure alla qualificazione data dal giudice all'azione proposta, alla controversia e alla decisione, a prescindere dalla sua esattezza: di tal che occorre di volta in volta accertare se l'adozione da parte del giudice di merito di una determinata forma del provvedimento decisorio sia stata o meno il risultato di una consapevole scelta, ancorché non esplicitata con motivazione *ad hoc*, in quanto tale desumibile da un'indagine sugli atti nonché sulle concrete modalità con le quali si è svolto il procedimento (Cass., S.U, n. 390 del 2011).

3. Il Collegio ritiene che la questione debba essere esaminata e risolta alla luce delle peculiarità del giudizio di divisione.

Invero, nel codice, e più in generale nell'ordinamento italiano, sono presenti numerosissimi casi nei quali è prevista l'adozione di una ordinan-



za e non sempre tale ordinanza viene definita come non impugnabile. Una soluzione che avesse la pretesa di essere valida per ogni ipotesi in cui è prevista l'adozione di un'ordinanza a determinate condizioni e la stessa venga emessa pur in difetto delle condizioni previste, correrebbe il rischio di omologare situazioni che presentano disomogeneità di struttura e di disciplina o di creare comunque disarmonie di sistema.

E' dunque alla luce delle peculiarità del giudizio di divisione che va condotto l'esame ai fini di stabilire quale sia il rimedio nei confronti di un'ordinanza ex art. 789, terzo comma, cod. proc. civ. che, pur prevedendosi espressamente che possa essere emessa solo in mancanza di contestazioni, sia invece adottata quando una parte abbia invece sollevato contestazioni.

3.1. Secondo l'impostazione strutturale codicistica del procedimento di scioglimento delle comunioni (non rientrante nell'ambito dei giudizi sottoposti a riserva di collegialità secondo l'elencazione ora riportata nell'art. 50-*bis* cod. proc. civ.), è possibile che esso, una volta introdotto nelle forme tipiche del giudizio di cognizione ordinaria, possa svolgersi ed essere definito in modo diverso, anche con forme non contenziose, in dipendenza del differente atteggiamento che tutti i condividenti possono eventualmente assumere al suo interno.

Alla stregua dell'art. 785 cod. proc. civ., infatti, mentre il ricorso alle forme proprie del processo (contenzioso) di cognizione è da ritenersi riservato all'eventualità in cui insorgano contestazioni sul diritto alla dedotta divisione (o, anche, sui criteri e sulle modalità concrete della sua attuazione), deve ritenersi possibile pervenire ad una divisione concordata quando non sorgano contestazioni sul suddetto diritto. In particolare, una volta risolta positivamente (nel modo contenzioso o in quello non contenzioso) l'eventuale questione sulla sussistenza del diritto all'ottenimento dello scioglimento della comunione, la conseguente direzione della fase (assimilabile, per certi versi, a quella conclusiva del procedimento di espropriazione forzata) relativa alle operazioni di divisione può (art. 786 cod. proc. civ.) essere assunta direttamente dallo stesso giudice istruttore oppure può essere delegata dal medesimo ad un notaio (e ciò può avvenire anche una volta che le stesse operazioni siano già iniziate), che provvede agli ulteriori incombeni contemplati dagli artt. 790 e 791 cod.



proc. civ.

In questo quadro, il giudice istruttore è tenuto a predisporre un progetto di divisione che viene depositato in cancelleria con la contestuale fissazione dell'udienza per la sua discussione, ordinando la comparizione delle parti condividenti oltre che dei creditori intervenuti.

Peraltro, prima di far luogo all'approntamento del suddetto progetto, può rendersi necessario procedere alla vendita di uno o più cespiti mobiliari facenti parte del patrimonio da dividere e, per tali ipotesi, gli artt. 787 e 788 cod. proc. civ. prevedono che occorre procedere alle vendite con le forme della vendita forzata qualora non sorga controversia sulla necessità della vendita, mentre, nel caso contrario, la vendita deve essere obbligatoriamente disposta con sentenza dell'organo decidente.

Una volta superati questi ostacoli e tenutasi l'udienza di discussione del progetto predisposto dal giudice istruttore, l'art. 789 cod. proc. civ. sancisce, al terzo comma, che se non sorgono contestazioni, lo stesso progetto viene dichiarato esecutivo con ordinanza (qualificata esplicitamente come "non impugnabile") dal medesimo giudice, il quale, contestualmente, emana le disposizioni attuative necessarie per l'estrazione a sorte dei lotti, alla stregua di quanto previsto dal citato art. 789, ultimo comma (a cui si correlano gli artt. 195 disp. att. cod. proc. civ. e 729 cod. civ.).

Nel caso in cui vengano prospettate contestazioni, lo stesso giudice è tenuto a provvedere a norma dell'art. 187 cod. proc. civ. e, quindi, a definire il giudizio mediante la cd. soluzione contenziosa.

4. Appare opportuno prendere dapprima in considerazione la natura dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., ed effettivamente resa in assenza di contestazioni, con l'avvertenza che la esposizione delle posizioni espresse dalla giurisprudenza di questa Corte avverrà accomunando, stante la evidente analogia delle disposizioni che li prevedono, il procedimento finalizzato alla vendita di immobili, di cui all'art. 788 cod. proc. civ., e quello volto all'approvazione del progetto divisionale, disciplinato dal successivo art. 789 cod. proc. civ.

4.1. L'ordinanza del giudice istruttore ex art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., emessa per mancanza di contestazioni sul progetto divisionale, si ritiene non impugnabile perché la sua pronuncia presuppone



un comportamento processuale dei condividenti che non determina l'insorgenza della lite; tale ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione, pertanto, limitandosi a prendere atto dell'esistenza di un accordo delle parti in ordine al suddetto progetto emergente dal loro comportamento processuale risulta priva di contenuto decisorio, con conseguente inammissibilità del ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. (Cass. S.U. n. 4273 del 1995; Cass. n. 2913 del 1997; Cass. n. 8820 del 1998; Cass. n. 7121 del 2001; Cass. n. 23464 del 2004; Cass. n. 10798 del 2009).

Non muta la conclusione circa la non decisorietà dell'ordinanza prevista dall'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., la configurazione della stessa (del pari, seppur minoritariamente, ritenuta in giurisprudenza: Cass. n. 289 del 1978; Cass. n. 3262 del 1987) quale esito di una struttura non contrattualistica, ma processualistica, che, cioè, ricollega l'effetto tipico divisorio non solo alla significativa condotta delle parti, quanto anche essenzialmente al provvedimento ricognitivo finale del giudice istruttore: è invero innegabile che il terzo comma dell'art. 789 diversifica la natura dell'intervento giudiziale sulla base dell'eventuale insorgenza di contestazioni, queste sole postulando l'esercizio di un concreto potere decisorio proceduralizzato nelle forme proprie di cui all'art. 187 cod. proc. civ. (in tal senso, Cass., S.U., n. 2317 del 1995, cit.).

In altre pronunce, si è esclusa la decisorietà della ordinanza e quindi l'ammissibilità del ricorso straordinario, sul rilievo che le decisioni sulle contestazioni sono riservate *ex lege* al collegio (Cass. n. 6838 del 2003).

In una recente pronuncia, successiva all'ordinanza interlocutoria, si è esclusa la decisorietà dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., in una ipotesi in cui il giudice istruttore, pur dando atto che erano sorte *"contestazioni relative all'assegnazione dei lotti"*, aveva non di meno dichiarato esecutivo il progetto di divisione, fissando l'udienza per l'estrazione a sorte dei lotti. La Corte, con riguardo a tale fattispecie, ha però evidenziato che le contestazioni insorte unicamente in relazione alla assegnazione dei lotti, non impedivano l'esecutività del progetto divisionale, significando accettazione della divisione come proposta; da ciò la non decisorietà del provvedimento di fissazione dell'udienza per procedere al sorteggio, e quindi la non assoggettabilità a ricorso straordinario per cassazione (Cass. n. 14331 del 2011).



Da ultimo, giova rilevare che la negazione della natura decisoria del provvedimento tipico previsto dall'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., nella impostazione originaria del codice di rito, poteva senz'altro desumersi anche dalla originaria ripartizione dei poteri tra l'organo a cui era affidata esclusivamente l'istruzione della causa e quello decidente, potendo soltanto quest'ultimo emettere provvedimenti aventi forma e sostanza di sentenza.

4.2. Diverso è il discorso nel caso in cui l'ordinanza venga emessa in presenza di contestazioni. In tali casi, l'orientamento maggioritario nella giurisprudenza di questa Corte ammette il ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost.

In una delle pronunce nelle quali la questione del rimedio impugnatorio – e anzi della stessa praticabilità di un rimedio impugnatorio – è stata esaminata più approfonditamente (Cass. n. 21064 del 2006), si è osservato che ove «l'ordinanza in questione risulti emessa in presenza di contestazioni e quindi senza i presupposti che ne legittimano la pronuncia, essa assume natura decisoria, in quanto incide, sia pure in maniera abnorme, sui diritti delle parti nel giudizio di divisione, e riveste altresì natura definitiva, attesa l'assenza, secondo l'ordinamento processuale, di meccanismi idonei a consentire il riesame del provvedimento, sia nell'ulteriore svolgimento del procedimento, sia in sede di impugnazione; di qui pertanto la sua ricorribilità per Cassazione ex art. 111 Cost., essendo tale ricorso straordinario applicabile ad ogni provvedimento a carattere decisivo, intendendosi come tale qualsiasi provvedimento che, indipendentemente dalla sua veste formale, sia idoneo ad incidere definitivamente sulle situazioni giuridiche soggettive. Invero, l'assenza di un consenso di tutte le parti sul progetto di divisione non può essere equiparato - quanto ai suoi effetti ed alla conseguente tutela in proposito esperibile - alla mancata conclusione di un accordo su di un piano meramente privatistico, posto che la contestazione al progetto divisionale di una o più parti (...) si verifica ed acquista rilievo nell'ambito di un giudizio pendente tra tutti i dividendi, con la conseguenza che il mancato accordo tra questi ultimi sul suddetto progetto in tanto assume rilievo sotto il profilo giuridico in quanto il giudice pronunci l'ordinanza ex art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., pur in assenza dei presupposti di legge. In questo ca-



so nasce l'esigenza di configurare uno strumento di tutela nei confronti di un provvedimento che, nel dichiarare esecutivo il progetto divisionale al di fuori delle ipotesi in cui ciò è consentito, si rivela comunque idoneo ad incidere sui diritti dei condividenti determinando, con efficacia vincolante per tutti gli interessati, le porzioni dei beni in comune assegnati a ciascuno di essi» (nello stesso senso, oltre a Cass. n. 9305 del 1993; Cass. n. 14575 del 2004, richiamate nella sentenza del 2006, vedi Cass. n. 1012 del 1980; Cass. n. 6491 del 1987; Cass. n. 1778 del 1988; Cass. n. 7708 del 1990; Cass. n. 9247 del 1993; Cass., S.U., n. 2317 del 1995; Cass. n. 1818 del 1996; Cass. n. 1572 del 2000; Cass. n. 9312 del 2009; e, da ultimo, Cass. n. 11853 del 2011).

In tale pronuncia emerge, invero, la specificità del procedimento di scioglimento delle comunioni: il provvedimento ex art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., adottato nell'osservanza delle condizioni stabilite da detta norma, e segnatamente in assenza di contestazioni, è, secondo quanto espressamente previsto dal legislatore, non impugnabile perché non decisorio. Il medesimo provvedimento, adottato in presenza di contestazioni di alcuno dei soggetti legittimati, assume invece carattere decisorio, ed è quindi suscettibile di impugnazione con l'unico rimedio ipotizzabile nei confronti di un provvedimento che assuma natura decisoria e che sia anche definitivo, non essendo prevista altra sede nell'ambito della quale ottenere una revisione dello stesso.

Nelle pronunce richiamate si evidenzia l'abnormità dell'ordinanza dichiarativa di esecutività del progetto di divisione in presenza di contestazioni. Ad esempio, nella sentenza n. 4032 del 1980 si rileva il «contenuto anomalo» di una simile ordinanza; nella sentenza n. 6491 del 1987 si qualifica l'ordinanza come «provvedimento decisorio abnorme»; nella sentenza n. 21064 del 2006, si sottolinea come il provvedimento, adottato in presenza di contestazioni con la forma dell'ordinanza, ha natura decisoria, «incidendo, sia pure in maniera abnorme, sui diritti delle parti».

Nella sentenza di queste Sezioni Unite n. 2317 del 1995, tuttavia, si è escluso che la decisorietà dell'ordinanza, emanata in assenza dei suoi presupposti, anche quando non insorgano contestazioni, derivi dalla abnormità che la inficerebbe, per essere essa del tutto estranea allo schema dell'art. 789 cod. proc. civ., come pure è stato affermato in alcune sen-



tenze (Cass. n. 8800 del 1993; Cass. n. 3612 del 1987; Cass. n. 4464 del 1978). Infatti, si è «rilevato che il concetto di abnormità di un provvedimento giurisdizionale è diverso da quello di decisorietà, per cui un provvedimento anomalo non è necessariamente anche decisorio, e il difetto dei presupposti richiesti per l’emanazione dell’ordinanza, anche se dedotto dalle parti mediante le contestazioni, si risolve in un semplice vizio processuale (in ipotesi costituito dalla violazione dei precetti che impongono al giudice istruttore di rimettere la causa al collegio, ai sensi dell’art. 187 cod. proc. civ.; di disporre l’integrazione del contraddittorio; di citare la parte dell’udienza di discussione del progetto ecc...), non ponendosi il provvedimento in contrasto insanabile con i principi generali dell’ordinamento, e non sussistendo, quindi, la condizione essenziale perché si possa ravvisare l’abnormità».

In sostanza, perché possa assumersi la natura decisoria dell’ordinanza ex art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., si deve verificare che vi sia stata una specifica contestazione e che su di essa il giudice istruttore abbia deliberato, sia pure non con una espressa pronuncia, ma per implicito, presupponendo pure la mera emanazione dell’ordinanza dichiarativa dell’esecutività del progetto divisorio il rigetto della contestazione. La decisorietà dell’ordinanza del giudice istruttore sarà dunque ravvisabile ove la stessa esprima un provvedimento idoneo a passare in giudicato, in quanto contenente un accertamento dei diritti dei conviventi che possa far stato fra di essi, e non solo per effetto di una sua abnormità.

4.3. Il riferimento all’abnormità che, come rilevato, non assume carattere risolutivo ai fini della ammissibilità del ricorso straordinario è invece valorizzato in modo particolare da un orientamento, minoritario nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui «in tema di divisione ereditaria, non è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione, ex art. 111 Cost., l’ordinanza pronunciata dal giudice istruttore ai sensi dell’art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., in quanto la stessa non solo non è definitiva ma non ha neppure natura decisoria anche quando, essendo emessa in difetto dei presupposti di sostanza (presenza di contestazioni o mancanza dell’accordo delle parti) e/o di forma (irritualità del procedimento o viziata formazione dell’accordo), si risolve in un provvedimento



abnorme e, perciò, inesistente, nei cui confronti è esperibile l'*actio nullitatis*, che non è un mezzo di gravame ma un'ordinaria azione di accertamento per la declaratoria di inefficacia dei provvedimenti adottati dagli organi giurisdizionali al di fuori delle loro attribuzioni» (Cass. n. 10995 del 2004; in senso analogo, Cass. n. 2913 del 1997).

4.4. Più recente è invece l'orientamento che predica l'appellabilità dell'ordinanza ex art. 788 o 789 cod. proc. civ., emessa in presenza di contestazioni.

Come già accennato, tale orientamento prende le mosse dalla modifica ordinamentale, per effetto della quale le controversie divisorie non sono soggette a riserva di collegialità e rientrano, quindi, nelle attribuzioni del Tribunale monocratico. Non vi è più quindi alcuna divergenza, sotto il profilo della composizione sempre monocratica dell'organo decidente, tra la pronuncia del giudice istruttore ove non sia sorta controversia sulla necessità della vendita o sul progetto di divisione, e quella resa dal giudice monocratico ove siano sorte contestazioni al riguardo. Tale modifica ordinamentale fa venir meno irrimediabilmente l'astratta qualificazione di abnormità dell'ordinanza resa dal giudice istruttore in presenza di contestazioni: trattandosi di provvedimento che rivela un contenuto sostanziale di sentenza, in forza del principio della cd. prevalenza della sostanza sulla forma, detta ordinanza sarà appellabile, e quindi non ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost., analogamente a quanto si afferma pacificamente in tema di ordinanza di convalida di licenza o di sfratto emessa fuori dai presupposti previsti di legge.

Alla luce di tale ultimo orientamento, può allora affermarsi che l'ordinanza del giudice istruttore, ex art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., emessa in assenza dei presupposti legittimanti (e, in particolare, in presenza di contestazioni dei condividenti, sulle quali il giudice abbia, sia pur soltanto implicitamente, deliberato, senza invitare le parti a precisare le conclusioni a norma dell'art. 187 cod. proc. civ. e rimettere la causa in decisione) ha indubbiamente sempre natura sostanziale di sentenza. La fattispecie processuale non può più dirsi caratterizzata da carenza assoluta di potere del giudice istruttore, ma individua unicamente un provvedimento reso in mancanza delle condizioni di legge.

Seppure il giudice istruttore pronunci l'ordinanza sull'erroneo pre-



supposto del difetto di contestazioni, il provvedimento risulterà appunto avere tale natura sostanziale di sentenza, sostituendosi alla statuizione conclusiva riservata all'esito della normale fase decisoria disciplinata dall'art. 187 cod. proc. civ. per l'ordinario processo di cognizione.

Si deve peraltro rilevare che un'opzione nel senso dell'appellabilità era già stata espressa da Cass. n. 2913 del 1997, nella quale si è affermato che, escluso il carattere decisorio dell'ordinanza ex art. 789, quando essa viene emessa nel rispetto dell'*iter* processuale previsto, «il problema della sua natura si pone quando tale ordinanza viene emessa al di fuori delle previsioni di legge, per esempio in presenza di contestazioni delle parti (...)» e si è ritenuto che il problema debba essere affrontato «distinguendo dagli altri, il caso in cui il G.I., in presenza di contestazioni, invece di rimettere la causa al collegio, come prescritto dal terzo comma dell'art. 789 cod. proc. civ., si pronuncia su di esse. In tale ipotesi, nella quale il G. I. pronunciandosi sul contrasto delle parti viene a dar vita ad un progetto diverso da quello predisposto, nel senso che è la decisione del giudice che prende il posto di quello, l'ordinanza ex art. 789 cod. proc. civ., viene ad assumere natura di sentenza ed in quanto tale non può che essere impugnata con i normali mezzi di impugnazione (appello ecc.). Negli altri casi, invece (nei quali le contestazioni non vengono esaminate o nel caso di contumacia dei condividenti ai quali non è stata comunicata l'udienza di discussione) l'ordinanza ex art. 789 cod. proc. civ. non può avere natura decisoria, in quanto dichiara esecutiva una proposta di accordo, ma non un accordo, che non è venuto ad esistenza, vuoi perché i condividenti contumaci non sono stati messi in grado di conoscere il progetto e quindi non può presumersi esistente alcun consenso da parte loro; vuoi perché esistono contestazioni che di per sé escludono l'accordo. In questi casi l'ordinanza del G.I. non può costituire un provvedimento idoneo a passare in giudicato, in quanto non contiene un accertamento dei diritti dei condividenti che possa far stato fra di essi, essendo possibile, in mancanza di un titolo, ottenere in sede di cognizione la declaratoria della mancata formazione dell'accordo divisionale attraverso la proposizione dell'*actio nullitatis* o delle azioni in genere poste a tutela dei negozi giuridici».

5. Esaurita l'illustrazione delle posizioni espresse dalla giurisprudenza



za di questa Corte sulla questione in esame, il Collegio ritiene che il contrasto debba essere risolto nel senso della appellabilità della ordinanza emessa dal giudice monocratico, ai sensi dell'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., allorquando difetti il presupposto della mancanza di contestazioni da parte dei condividenti sul progetto di divisione oggetto della dichiarazione di esecutività con la detta ordinanza.

Inducono a tale conclusione le seguenti considerazioni.

5.1. In primo luogo, il rilievo che nella disciplina dell'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., viene ipotizzata una doppia via di definizione del giudizio: la prima, caratterizzata dall'assenza di contestazioni, è costituita dall'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione; la seconda, che postula la formalizzazione di contestazioni, è costituita dalla sentenza che definisce il giudizio sulle dette contestazioni. Orbene, nella logica della citata disposizione, l'ordinanza che, in presenza di contestazioni, dichiara esecutivo il progetto divisionale sostituisce la sentenza che dovrebbe essere pronunciata per la risoluzione delle proposte contestazioni. In questa funzione oggettivamente sostitutiva della sentenza, si deve individuare la ragione della necessità di consentire avverso l'ordinanza il medesimo rimedio impugnatorio che sarebbe stato proponibile nel caso in cui la decisione sulle contestazioni fosse stata adottata con sentenza. Non si deve infatti sottovalutare il rilievo che, una volta che le contestazioni siano state formalizzate, l'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto divisionale contiene comunque una decisione sulle stesse. E ciò, sia nel caso in cui vi sia una esplicita pronuncia di rigetto della contestazione; sia nel caso in cui si voglia ritenere che il giudice abbia implicitamente rigettato la contestazione; sia infine nel caso in cui si voglia ipotizzare che il giudice abbia solamente ommesso di provvedere. Ne consegue che, avendo l'ordinanza in ogni caso un contenuto decisorio quanto alle contestazioni, il rimedio più appropriato non potrebbe essere altro che quello che sarebbe stato esperibile ove la medesima decisione fosse stata assunta all'esito della trattazione secondo quanto disposto dall'art. 187 cod. proc. civ., e quindi con sentenza.

Non solo esigenze di ordine sistematico, ma anche evidenti ragioni di delimitazione dei tempi dei procedimenti di divisione, impongono quindi considerare il provvedimento adottato in assenza delle condizioni di cui



all'art. 789, e segnatamente – per quanto ai fini della presente questione rileva – in presenza di contestazioni, assoggettabile al rimedio dell'appello.

5.2. Tale soluzione in passato non è stata accolta dalla giurisprudenza di questa Corte, essendosi piuttosto preferito ritenere l'ordinanza emessa in presenza di contestazioni alla stregua di un provvedimento abnorme e quindi non appellabile, ma ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

Come ben evidenziato nella sentenza n. 4245 del 2010 (e nelle successive che ne hanno condiviso l'impostazione), a seguito del venir meno della dualità, nelle controversie di scioglimento di comunioni, tra giudice istruttore e collegio, rientrando tali controversie nelle attribuzioni del giudice monocratico, è venuto meno quell'elemento che aveva indotto a qualificare il provvedimento adottato dall'istruttore in presenza di contestazioni in termini di abnormità e a predicarne, quindi, la ricorribilità ai sensi dell'art. 111 Cost., per questo aspetto.

Indubbiamente, se il giudice monocratico può decidere in ordine alle contestazioni, non essendo più necessario rimettere la causa al collegio per la decisione sulle stesse, viene meno l'abnormità del provvedimento, sotto il profilo della asserita carenza di potestà decisoria in capo al giudice che lo ha adottato, e se il provvedimento adottato nella forma dell'ordinanza ha un contenuto decisorio sui diritti soggettivi delle parti, veicolati dalla formulazione delle contestazioni, non appare dubbio che ad esso ben possa riconoscersi natura sostanziale di sentenza, assoggettabile, in forza dell'applicazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, all'ordinario rimedio impugnatorio dell'appello.

5.3. Appare peraltro opportuno ricordare che, come prima evidenziato, già in una pronuncia del 1997 si era predicata l'appellabilità del provvedimento adottato dal giudice istruttore sul rilievo che, decidendo sulle contestazioni, quel provvedimento avrebbe sostituito un nuovo progetto a quello già predisposto. Da ciò può desumersi il dubbio sulla effettiva configurabilità dell'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 789, terzo comma, in presenza di contestazioni come provvedimento abnorme, anche nel periodo antecedente alla istituzione del giudice unico di primo grado.



Il Collegio ritiene opportuno rilevare che la soluzione allora ipotizzata avrebbe meritato migliore sorte, come del resto prospettato da parte della dottrina, nel senso di affermare già nel precedente ordinamento processuale la appellabilità dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 789, terzo comma, pur in presenza di contestazioni.

Invero, anche in un contesto in cui il procedimento di scioglimento di comunioni si articolava tra giudice istruttore e collegio, l'adozione da parte del giudice istruttore di un provvedimento avente contenuto decisivo, sostitutivo della sentenza, avrebbe dovuto indurre a ritenere quel provvedimento appellabile, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma. Ove infatti si faccia applicazione di tale principio, proprio ragioni di certezza devono indurre a considerare il provvedimento non rispondente al modello legislativo per il suo contenuto effettivo, e non già per la sua forma, ai fini della individuazione del regime impugnatorio praticabile.

Ne consegue che, ove in un provvedimento giudiziario adottato al di fuori dello schema legale tipico si individui la natura di sentenza, e ove quindi si ritenga che il provvedimento "anomalo" abbia sostituito quello che tipicamente avrebbe dovuto essere adottato per poter emettere quella determinata pronuncia giurisdizionale, ciò non di meno la valutazione del giudice della impugnazione, individuato secondo l'efficacia sostanziale del provvedimento impugnato, dovrebbe avvenire avendo riguardo ai requisiti formali del provvedimento per come adottato e non già a quelli che avrebbe dovuto avere ove, oltre alla sostanza, avesse avuto la forma della sentenza. Solo in tal modo, invero, si può coniugare l'esperibilità di un rimedio procedimentale con l'obiettivo di assicurare la ragionevole durata del procedimento in cui il provvedimento impugnato è stato adottato. Se infatti il regime impugnatorio del provvedimento non rispondente al modello legale tipico deve essere individuato solo avendo riguardo alla sostanza, tuttavia i suoi requisiti formali devono continuare ad essere regolati dalla disciplina propria del tipo di provvedimento adottato, ancorché erroneamente, dal giudice.

In altri termini, e focalizzando l'attenzione sulla ordinanza con la quale viene dichiarato esecutivo il progetto di divisione in presenza di contestazioni, ove alla stessa si riconosca natura ed efficacia di sentenza,



in quanto decisoria in ordine alle contestazioni e quindi ai diritti delle parti, il regime impugnatorio non avrebbe potuto essere altro che quello dell'appello anche prima della modifica ordinamentale cui Cass. n. 4245 del 2010 ha ancorato il mutamento giurisprudenziale.

5.4. Non appare invece convincente il rimedio ipotizzato dall'ordinamento minoritario che predica la proponibilità avverso il provvedimento adottato dal giudice istruttore in presenza di contestazioni dell'*actio nullitatis*.

Tale orientamento, invero, nel prospettare tra l'altro la tesi che gli eventuali vizi del provvedimento divisionale si rifletterebbero in vizi del negozio divisorio, come tale invalidamente accertato e reso esecutivo dal giudice istruttore, tende a valutare tale vicenda essenzialmente sotto il profilo del mancato accordo dei condividenti in ordine al progetto divisionale; in tal modo, però, trascura di considerare che l'assenza di un consenso di tutte le parti non può essere equiparato - quanto ai suoi effetti e alla conseguente tutela esperibile - alla mancata conclusione di un accordo su di un piano meramente privatistico, posto che la contestazione al progetto divisionale di una o più parti si verifica e acquista rilievo nell'ambito di un giudizio pendente tra tutti i condividenti. Il mancato accordo tra questi ultimi sul suddetto progetto, pertanto, in tanto assume rilievo sotto il profilo giuridico in quanto il giudice istruttore pronunci l'ordinanza ex art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., pur in assenza dei presupposti di legge; di qui l'esigenza di configurare uno strumento di tutela nei confronti di un provvedimento che, nel dichiarare esecutivo il progetto divisionale al di fuori delle ipotesi in cui ciò è consentito, si riveli comunque idoneo ad incidere sui diritti dei condividenti determinando, con efficacia vincolante per tutti gli interessati, le porzioni dei beni in comune assegnati a ciascuno di essi (così Cass. n. 21064 del 2006, cit.).

Del resto, pur nelle pronunce in cui si afferma che la cd. inesistenza giuridica o la nullità radicale di un provvedimento avente contenuto decisorio, erroneamente emesso da un giudice carente di potere o dal contenuto abnorme, irriconoscibile come atto processuale di un determinato tipo, possa essere fatta valere non con il ricorso per cassazione ex art. 111, settimo comma, Cost., bensì, in ogni tempo, mediante un'azione di accertamento negativo (*actio nullitatis*), si riconosce tuttavia che tali vizi



possano essere fatti valere tempestivamente con i normali mezzi di impugnazione, ove ricorra l'interesse della parte ad una espressa rimozione dell'atto processuale viziato, anche se materialmente esistente; interesse che coincide con quello del sistema che tende ad espellere dall'ordinamento i provvedimenti processuali errati o abnormi, anche mediante il ricorso nell'interesse della legge, di cui all'art. 363 cod. proc. civ. (Cass. n. 27428 del 2009; Cass. n. 10784 del 1999).

Pertanto, quand'anche volesse predicarsi la proponibilità dell'*actio nullitatis*, ciò non precluderebbe la proposizione del rimedio impugnatorio da individuarsi in base alla natura sostanziale dell'atto oggetto di impugnazione.

6. Il Collegio esclude che alla soluzione del contrasto nel senso della appellabilità della ordinanza ex art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., emessa in presenza di contestazione, osti il principio di recente affermato da queste Sezioni Unite, secondo cui «in tema di opposizione a decreto ingiuntivo per onorari ed altre spettanze dovuti dal cliente al proprio difensore per prestazioni giudiziali civili, al fine di individuare il regime impugnatorio del provvedimento - sentenza oppure ordinanza ex art. 30 della legge 13 giugno 1942, n. 794 - che ha deciso la controversia, assume rilevanza la forma adottata dal giudice, ove la stessa sia frutto di una consapevole scelta, che può essere anche implicita e desumibile dalle modalità con le quali si è in concreto svolto il relativo procedimento. (Nella specie, le S.U. hanno cassato la sentenza della Corte territoriale che aveva dichiarato inammissibile il gravame avverso la sentenza emessa dal giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, per somme relative a prestazioni giudiziali civili, reputando che si trattasse, nella sostanza, di ordinanza inappellabile ai sensi dell'art. 30 della legge n. 794 del 1942, nonostante detta sentenza fosse stata emanata all'esito di un procedimento svoltosi completamente nelle forme di un ordinario procedimento civile contenzioso)» (Cass., S.U., n. 390 del 2011).

In primo luogo, deve osservarsi che il principio, pur essendo sorretto da una motivazione che potrebbe estendersi ad ogni ipotesi di scissione o di non coincidenza tra forma del provvedimento e contenuto legale tipico del provvedimento adottato, è stato affermato in relazione ad un procedimento che non presenta, nella sua disciplina positiva, la previsione e-



spressa di una alternativa, data dalla presenza o meno delle contestazioni ad opera dei condividenti sul progetto di divisione.

Il procedimento di scioglimento di comunioni presenta, nel quadro dei procedimenti speciali di cui al quarto libro del codice, particolarità tali che suggeriscono la opportunità di individuare soluzioni che siano appropriate alla specificità del procedimento.

Nel giudizio di scioglimento di comunioni - e l'aspetto appare particolarmente rilevante -, peraltro, per il profilo concernente specificamente la formulazione di contestazioni al progetto di divisione predisposto dal giudice o dall'ausiliario, non si pone un problema di tutela dell'affidamento della parte in relazione al rimedio impugnatorio esperibile alla luce della forma del provvedimento adottato dal giudice. Invero, la parte che ha formulato la contestazione è consapevole di aver sollecitato al giudice un accertamento su diritti; accertamento che, nella disciplina del codice, dovrebbe avvenire seguendo le prescrizioni dell'art. 187 cod. proc. civ. La parte interessata è dunque pienamente in grado di comprendere che il giudice, pronunciando l'ordinanza, o ha esaminato espressamente le contestazioni e le ha rigettate, adottando quindi un provvedimento di contenuto decisorio; ovvero ha implicitamente esaminato e rigettato le contestazioni stesse, così adottando ancora un provvedimento decisorio; ovvero ancora ha omissso di provvedere sulle contestazioni; ma anche in questo caso, la parte è in grado di comprendere che il provvedimento non per questo cessa di avere efficacia decisoria, essendo il provvedimento affetto da un *error in procedendo*, suscettibile di rimedio da parte del giudice dell'impugnazione ritualmente investito. Il giudice di appello, invero, a fronte della deduzione della omessa pronuncia sulle contestazioni ben potrà decidere nel merito sulle stesse, senza che sia necessario rimettere la causa al primo giudice, non versandosi in alcuna delle ipotesi di cui all'art. 354 cod. proc. civ.

In sostanza, posto che la natura decisoria del provvedimento è pienamente e agevolmente riconoscibile dalla parte che ha proposto una contestazione e che la ha vista rigettata ovvero non esaminata, e che si è quindi in presenza di un provvedimento sostitutivo della sentenza che quelle decisioni avrebbe dovuto assumere, il rimedio impugnatorio che in siffatta situazione si impone è l'appello; e ciò anche in vista di un conte-



nimento dei tempi di definizione del procedimento di divisione.

Non è privo di rilievo, del resto, che in materia si è affermato il principio per cui «in materia di scioglimento di comunioni, qualora il giudice istruttore abbia dichiarato esecutivo il progetto di divisione pur in presenza di contestazioni, non ha interesse a proporre il ricorso straordinario per cassazione di cui all'art. 111 Cost. il condividente che all'udienza di discussione prevista dall'art. 789 cod. proc. civ. non abbia sollevato contestazioni al progetto di divisione» (Cass. n. 11328 del 2003). Trattasi di principio affermato nell'ambito dell'orientamento maggioritario, dal quale si desume però che solo la parte che ha proposto le contestazioni, e che ha quindi percezione immediata e diretta della natura decisoria e in ipotesi lesiva di un suo diritto, ha interesse a dolersi della reiezione delle stesse. Ove dunque si coniughi la consapevolezza della natura decisoria del provvedimento e la consapevolezza che quel tipo di statuizione avrebbe potuto essere adottata solo con sentenza, si deve concludere che la parte interessata a far valere il vizio è del tutto in grado di comprendere che il rimedio esperibile non può essere altro che l'appello.

7. In conclusione, deve affermarsi il seguente principio di diritto: «L'ordinanza che, ai sensi dell'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., dichiara esecutivo il progetto di divisione in presenza di contestazioni ha natura di sentenza ed è quindi impugnabile con l'appello».

8. Alla stregua di tale principio, il ricorso dovrebbe essere dichiarato inammissibile.

Deve tuttavia rilevarsi che il ricorso stesso è stato proposto nel 2005, allorquando nella giurisprudenza di questa Corte era maggioritario l'orientamento secondo cui avverso l'ordinanza di cui all'art. 789, terzo comma, cod. proc. civ., emessa in presenza di contestazioni, avendo contenuto decisorio e non essendo altrimenti impugnabile, era proponibile il ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost. Invero, a parte l'isolata affermazione contenuta nella motivazione di Cass. n. 2913 del 1997, solo a seguito della sentenza n. 4245 del 2010 è venuto ad emersione il diverso orientamento nel senso dell'appellabilità di un simile provvedimento, pur se tale interpretazione ha tratto alimento da una modifica normativa del 1998.

Ciò comporta che, come chiarito da queste Sezioni Unite nella sen-



tenza n. 15144 del 2011, il ricorso può essere scrutinato nel merito, non essendo necessario disporre alcuna altra attività idonea a raggiungere l'effetto di evitare un pregiudizio alla parte che abbia fatto ragionevole affidamento sul precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità.

9. Nel merito, il ricorso è fondato.

Dallo stesso provvedimento impugnato emerge che la parte ricorrente aveva sollecitato la revoca di una precedente ordinanza reiettiva delle istanze istruttorie da essa proposte, al fine di dimostrare l'intervenuta usucapione di alcuni dei beni oggetto di divisione, e quindi la fondatezza della propria domanda riconvenzionale.

Tanto basta per escludere che il giudice monocratico potesse procedere alla dichiarazione di esecutività del progetto di divisione, omettendo di valutare la fondatezza o no della proposta domanda riconvenzionale.

10. Il provvedimento impugnato deve quindi essere cassato, con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale di Tortona, in diversa composizione.

Al giudice del rinvio è demandata altresì la regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte, a Sezioni Unite, accoglie il ricorso, cassa il provvedimento impugnato e rinvia, anche per le spese, al Tribunale di Tortona, in persona di altro magistrato.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte suprema di cassazione, il 13 dicembre 2011.

Il Consigliere estensore

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
Giovanni GIAMBATTISTA

Depositata in Cancelleria

2 OTT. 2012



Il Funzionario Giudiziario
Giovanni GIAMBATTISTA