

■ **RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE** ■

Anno LXV Fasc. 2 - 2011

Livia Di Cola

---

**SULL'IMPUGNAZIONE DEI  
PROVVEDIMENTI PRONUNCIABILI  
NEL NEGOZIO DI DIVISIONE:  
NOVITÀ NELLA GIURISPRUDENZA  
DELLA CASSAZIONE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## Sull'impugnazione dei provvedimenti pronunciabili nel giudizio di divisione: novità nella giurisprudenza della Cassazione

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Il punto sulla giurisprudenza. — 3. La posizione della giurisprudenza più recente.

1. — Prendendo spunto da una controversia intorno al miglior modo di liquidare un immobile in comunione, erroneamente risolta emettendo ordinanza di vendita a norma dell'art. 788 c.p.c., nonostante la contestazione di una delle parti, la Cassazione, con la pronuncia 22 febbraio 2010, n. 5250, fa il punto sul miglior strumento di critica del provvedimento emesso in una forma non sua propria.

La parte ricorrente impugna l'ordinanza del giudice di merito mediante ricorso straordinario in cassazione. Con il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 788 c.p.c. perché, essendo sorta controversia tra le parti in ordine alla necessità di procedere alla vendita dell'intero immobile o della sola quota di proprietà del debitore, il giudice istruttore avrebbe dovuto prendere atto di tale contrasto e, in base all'art. 788 c.p.c., avrebbe dovuto rimettere la decisione al collegio; con il secondo motivo la violazione del principio del contraddittorio (artt. 24 e 111 cost. e 101 e 102 c.p.c.); con il terzo motivo la violazione dell'art. 183, comma 6°, c.p.c., avendo il giudice omesso, pur in presenza di richiesta della parte, di concedere i termini per le modificazioni e precisazioni delle domande, nonché per l'indicazione dei mezzi istruttori e delle relative repliche.

La suprema Corte, con una presa di posizione che rappresenta una novità, rigetta il ricorso.

L'indirizzo prevalente e consolidato ha ritenuto questa ordinanza e tutte le altre emesse nel corso del giudizio di divisione, in presenza di contestazione <sup>(1)</sup>, impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione, a norma dell'art. 111 cost.

Si è infatti affermato che nel procedimento di scioglimento della comunione, qualora sorga una controversia sulla necessità della vendita

<sup>(1)</sup> Da ultimo: Cass., sez. II, 25 gennaio 1988, n. 525, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce « Divisione », n. 28; Cass., sez. II, 12 febbraio 2000, n. 1572, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1886.

degli immobili, la relativa decisione compete a norma dell'art. 788 al collegio, con la conseguenza che ove la vendita sia stata disposta con ordinanza del giudice istruttore anziché con sentenza da parte del collegio, tale provvedimento, contro cui non è dato né reclamo immediato al collegio né il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, sia impugnabile con il ricorso per cassazione *ex art. 111 cost.*, avendo esso, malgrado la forma assunta, contenuto decisorio e non essendo altrimenti impugnabile.

A tale conclusione si è giunti facendo leva sia sulla natura decisoria del provvedimento in questione (giacché con esso non solo si statuisce sui diritti delle parti, ma anche si provvede, sia pure per implicito, sulla contestazione tra le stesse insorta in ordine alla necessità della vendita), sia sull'abnormità dello stesso, in quanto emesso dal giudice istruttore in una situazione di difetto di attribuzione, essendo detto giudice investito, nel procedimento di divisione giudiziale, di « un'attività esclusivamente organizzativa e direttiva ma mai decisoria », attesa la « ripartizione di competenze funzionali specifiche tra giudice istruttore e collegio [...] con riferimento alla sussistenza o meno di un conflitto tra le parti » (2).

Dato che il d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 ha fatto venir meno la riserva di collegialità per il giudizio di divisione, oggi la composizione dell'organo che pronuncia tanto ordinanza che sentenza è la medesima; da ciò consegue, nel ragionamento della Corte, il venir meno dell'abnormità del provvedimento.

Conseguentemente, allorché nel provvedimento di divisione il giudice istruttore provveda con ordinanza sulla vendita, pur essendo sorta controversia sul punto, il provvedimento, pronunciato in ogni caso dall'organo munito di potere decisorio, diverge dalla sentenza di cui all'art. 788, comma 2°, c.p.c. solo per forma, ma è sentenza nel contenuto sostanziale. Nel rispetto del diritto di difesa delle parti, che non può essere diminuito a causa di un errore formale del giudice, la detta ordinanza deve essere impugnabile con i rimedi ordinari e quindi è non ricorribile *ex art. 111 cost.*, ma appellabile.

La Corte percorre una strada già battuta: alle medesime conclusioni è pervenuta in tema di ordinanza di convalida di licenza o di sfratto di cui all'art. 663 c.p.c., emessa fuori dai presupposti previsti dalla legge, essendosi statuito che l'ordinanza di convalida di licenza o di sfratto, pur essendo in linea di principio impugnabile soltanto con l'opposizione tardiva *ex art. 668 c.p.c.*, sia tuttavia soggetta al normale rimedio dell'appello se emanata nel difetto dei presupposti prescritti dalla legge e, quindi, al di fuori dello schema processuale ad essa relativo, essendo, in tal caso, equiparabile, nella sostanza, ad una sentenza, anche ai fini dell'impugnazione (3).

(2) Così: Cass., sez. II, 12 febbraio 2000, n. 1572, cit.

(3) Da ultimo: Cass., sez. III, 23 gennaio 2006, n. 1222, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce « Appello civile », n. 123; Cass., sez. III, 16 maggio 2006, n. 11380, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce « Sfratto », n. 21

2. — Secondo la tesi che in altra sede si è sviluppata <sup>(4)</sup>, i provvedimenti che in assenza di contestazione possono essere emessi nel corso del giudizio di divisione — le ordinanze di cui agli artt. 785, 787, 788 e 789 c.p.c. ed il decreto di cui all'art. 195 disp. att. c.p.c. — sono di varia natura. Tralasciando l'esame dei singoli provvedimenti, dei loro presupposti, della loro natura, nonché della loro efficacia se regolarmente adottati, si passa immediatamente all'esame dei rimedi possibili contro il provvedimento viziato da illegittimità.

Giurisprudenza e dottrina si sono sviluppate principalmente intorno ai rimedi possibili avverso l'ordinanza di cui all'art. 789 c.p.c., estendendo poi le conclusioni agli altri provvedimenti pronunciabili nel corso del giudizio.

Nella maggior parte delle sentenze la Cassazione si è espressa per l'impugnabilità mediante il ricorso straordinario in cassazione *ex art.* 111 cost. <sup>(5)</sup> dell'ordinanza *ex art.* 789, quando venga pronunciata in mancanza dei presupposti di legge, intendendosi per tali anche la mancata conoscenza

<sup>(4)</sup> Di COLA, *L'oggetto nel giudizio di divisione*, Roma, 2005, p. 317 ss. Così: le ordinanze di cui agli artt. 785 e 789 hanno natura decisoria, riproducendo lo schema dei procedimenti decisorii sommari con una decisione di merito immediatamente idonea al giudicato; le ordinanze di cui agli artt. 787 e 788, che dispongono la vendita, non hanno natura decisoria, ma partecipano di quella della fase, prettamente liquidativa, che può inserirsi come eventualità nel procedimento di divisione, ove non sia possibile procedere alla divisione in natura; il decreto di cui all'art. 195 disp. att. c.p.c. partecipa della natura di una fase prettamente tecnica.

<sup>(5)</sup> È frequente l'affermazione in giurisprudenza che l'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 789 in maniera *abnorme*, cioè in modo difforme dal modello legale, sia impugnabile *ex art.* 111 cost. Questo principio è stato applicato:

1. nell'ipotesi in cui era stato approvato, in difetto di espressa volontà di tutti i condividenti, un progetto parziale di divisione: così Cass., 12 febbraio 1980, n. 1012, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1643 ss.; Cass., 24 maggio 1990, n. 4699, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce « Divisione », n. 23;

2. nel caso in cui era stato reso esecutivo un progetto di divisione in cui erano stati inclusi nella massa da dividere beni che non erano compresi al momento della proposizione della domanda: così Cass., 24 aprile 1981, n. 4984, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 114; Cass., 14 giugno 1990, n. 5824, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce « Divisione », n. 26;

3. nell'ipotesi in cui le quote erano state formate in misura inferiore a quelle previste dalla domanda iniziale: così Cass., 10 ottobre 1997, n. 9849, in *Foro it.*, 1998, I, c. 86;

4. nell'ipotesi di ordinanza pronunciata anche in presenza di contestazioni: così Cass., 1 settembre 1993, n. 9247, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 568 ss.;

5. quando il giudice istruttore aveva disposto la divisione con ordinanza pur in pendenza di controversia: così Cass., 22 ottobre 1981, n. 5548, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce « Divisione », n. 24;

6. nell'ipotesi in cui era mancata comunicazione alle parti non costituite del decreto del giudice istruttore che ordinava il deposito del progetto di divisione e fissava l'udienza per la discussione dello stesso: così Cass., 7 marzo 1996, n. 1818, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce « Divisione », n. 20.

del deposito del progetto di divisione presso la cancelleria, per nullità della notificazione ovvero della comunicazione.

In altre pronunce la giurisprudenza, partendo dal presupposto che l'ordinanza assolva ad una funzione di semplice controllo della regolarità formale del procedimento di divisione e di conferimento dell'efficacia esecutiva all'accordo delle parti, a cui si fa risalire l'effetto divisorio, ha concluso che il provvedimento *de qua* possa essere impugnato come parte di un negozio giuridico, cioè con l'*actio nullitatis* <sup>(6)</sup> o con altri mezzi di tutela, quale l'azione di rescissione <sup>(7)</sup>, in un ordinario giudizio di cognizione.

Altra parte ritiene che l'effetto della divisione sia determinato dalla combinazione tra la condotta delle parti ed il provvedimento del giudice (tesi processualistica) ed attribuisce natura istruttoria all'ordinanza in questione <sup>(8)</sup>. Sulla stessa linea di questa giurisprudenza, Cassazione più recente <sup>(9)</sup> ha considerato non sia impugnabile con ricorso straordinario per cassazione l'ordinanza pronunciata dal giudice istruttore ai sensi

Si veda anche: Cass., 30 luglio 2004, n. 14575, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce « Divisione », n. 36; Cass., 28 settembre 2006, n. 21064, in *Foro it.*, 2007, I, c. 810; Cass., 24 aprile 2008, n. 10746, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce « Divisione », n. 37. In altre pronunce la Corte ha messo in evidenza come il provvedimento, avendo contenuto e forma di ordinanza, non sia impugnabile mediante ricorso straordinario in cassazione: Cass., 11 febbraio 1987, n. 1496, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce « Divisione », n. 37; Cass., 20 febbraio 1988, n. 1778, *Rep. Foro it.*, 1988, voce « Divisione », n. 14; Cass., 6 giugno 1988, n. 3810, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 201 ss.; Cass., 1 marzo 1995, n. 2317, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 96 ss.; Cass., 13 aprile 1995, n. 4273, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce « Divisione », n. 32.

<sup>(6)</sup> Così: Cass., 17 giugno 1959, n. 1902, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 2181, con nota di JANNUZZI; Cass., 12 febbraio 1980, n. 1012, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1643 ss.; Cass., 26 marzo 1981, n. 1779, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce « Divisione », n. 53; Cass., 4 aprile 1997, n. 2913, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce « Divisione », n. 9.

<sup>(7)</sup> Cass., 2 maggio 1969, n. 1415, in *Foro it.*, I, c. 1718 ss.; Cass., 8 febbraio 1983, n. 1045, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 2, in proposito precisa che l'azione può essere proposta solo nel caso in cui nel corso del giudizio non siano state sollevate contestazioni decise con sentenza, in un ordinario giudizio di cognizione, specificando in proposito che in tema di divisione i vizi del procedimento, che si verificano prima dell'attribuzione delle quote, possono essere denunciati dalle parti solo nel rispetto delle forme e dei termini stabiliti dalla legge, sicché, ove l'alterato rapporto di valore delle quote non venga denunciato in sede di discussione del progetto ai sensi dell'art. 789 c.p.c., è inammissibile l'azione di rescissione per lesione proposta dopo che sia stato reso esecutivo il progetto di divisione, ma prima che sia stato approvato il verbale di sorteggio delle quote a norma dell'art. 195 disp. att. c.p.c., in quanto la denuncia di lesione oltre il quarto ha come necessario suo oggetto la divisione già avvenuta mediante quella definitiva attribuzione delle quote a ciascuno dei dividendi, con cui la lesione viene a giuridica esistenza.

<sup>(8)</sup> Cass., 4 aprile 1987, n. 3262, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 685.

<sup>(9)</sup> Cass., 10 giugno 2004, n. 10995, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce « Divisione », n.

dell'art. 789, comma 3° c.p.c., in quanto la stessa non solo non sarebbe definitiva <sup>(10)</sup>, ma non avrebbe 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 risolvesse in un provvedimento abnorme e, perciò, inesistente: nei suoi confronti, perciò, sarebbe esperibile l'*actio nullitatis*, che non è 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.

Altre pronunce hanno, per così dire, mediato tra le due posizioni emerse, ritenendo irrilevante il carattere negoziale o processuale dell'effetto divisorio e facendo piuttosto leva sulla natura comunque non decisoria dell'ordinanza, e hanno distinto il tipo di vizi da cui essa è affetta. Per quanto riguarda gli elementi o presupposti la cui mancanza rende il provvedimento inesistente o *inutiliter dato* (ad es. difetto di sottoscrizione del giudice, non integrità del contraddittorio in caso di litisconsorzio necessario, mancata partecipazione all'udienza di discussione dipendente da omessa o nulla comunicazione del decreto di comparazione dei condividenti *ex art. 789, comma 2°*) valgono gli stessi rimedi (come la *querela nullitatis*, sia da esperirsi in separato normale giudizio cognitivo, sia da esperirsi, per quelle nullità che non si siano potute dedurre nel giudizio divisorio, anche in sede di opposizione all'esecuzione) che sono ammessi dall'ordinamento contro i provvedimenti giurisdizionali suscettibili, siccome decisori, di passare in giudicato. Se emessa in presenza di contestazione e cioè in luogo di sentenza, l'ordinanza, che ha carattere decisorio, è impugnabile *ex art. 111 cost.* <sup>(11)</sup>.

La dottrina maggioritaria si è attestata sulla posizione della prevalente giurisprudenza <sup>(12)</sup>.

<sup>(10)</sup> Se non altro nel caso in cui ad essa segua l'estrazione a sorte ed il decreto di cui all'art. 195 disp. att. c.p.c.

<sup>(11)</sup> Cass., 11 febbraio 1987, n. 1496; Cass., 20 febbraio 1988, n. 1778; Cass., 6 giugno 1988, n. 3810, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 201 ss.; Cass., 1 marzo 1995, n. 2317, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 96 ss.; Cass., 13 aprile 1995, n. 4273; Cass., 22 gennaio 2004, n. 1018, in *Giustizia e Diritto*, 2004, 8, p. 54 ss. In quest'ultima sentenza la Cassazione ha escluso che la mancata citazione dei contumaci per l'udienza di cui all'art. 789, qualora non siano sorte contestazioni in proposito ed a tale udienza i contumaci non abbiano partecipato, possa determinare la decisorietà dell'ordinanza di cui all'art. 789 e la sua conseguente impugnabilità con ricorso straordinario in cassazione. L'ordinanza in tal caso abnorme sarebbe impugnabile con i mezzi suoi propri.

<sup>(12)</sup> PAVANINI, *Natura dei giudizi divisorii*, Padova, p. 161; PAVANINI, voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 476 ss.; MICHELI, *In tema di impugnabilità della sentenza che dispone lo scioglimento della comunione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, p. 334 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1954, III, p. 423 ss.; COSTA, voce *Giudizio divisorio*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, IV, 1960, p. 61 ss.; SATTÀ, *Comm. c.p.c.*, Milano, 1959, II, 2, p. 104 ss.; CARPI, *Provvedimenti interinali*

3. — La pronuncia in commento si inserisce in un differente *trend* giurisprudenziale tendente a dare a provvedimenti cosiddetti « abnormi » — anche se in questo caso la Cassazione rifiuta questa definizione — l'impugnazione prevista per quelli di cui essi assumano la sostanza, proprio a partire dalla giurisprudenza e dalla dottrina formatasi intorno all'ordinanza di convalida di licenza o sfratto adottata al di fuori degli schemi legali, in casi diversi da quelli previsti dall'art. 668 c.p.c.

Secondo la Cassazione precedente: « [...] va 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 c.p.c.; di disporre l'integrazione del contraddittorio; di citare la parte all'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 [...] » (13).

Dai risultati di uno studio in materia si ricava che l'abnormità di un provvedimento è determinata dalla deviazione dal suo schema legale tipico, deviazione che può avvenire a vari livelli, fino ad una totale contrapposizione con i principi alla base dell'ordinamento giuridico (14).

Ai fini dell'applicabilità o meno degli artt. 323 ss. c.p.c. o di altri mezzi di critica si deve tener conto non tanto della sostanza del provvedimento,

*di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in questa rivista, 1977, p. 642 ss.; RIVA, *Rapporti tra esecuzione su beni indivisi e giudizio divisorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 1175 ss.; TOMEI, voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; FINOCCHIARO, *La stabilità dell'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 526 ss.; *contra*: TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, p. 230; LOMBARDI, *Contributo allo studio del giudizio divisorio*, Napoli, 2009, p. 268.

(13) Cass., 1 marzo 1995, n. 2317, in *Corr. giur.*, 1995, p. 444, con nota di CARBONE; in *Giust. civ.*, 1995, p. 147 ss., con nota di TRIOLA; in *Foro it.*, 1996, I, c. 3461, con nota di IMPAGNATIELLO.

(14) TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione, op. cit.*, p. 204 ss., compie un ampio studio sul fenomeno ai fini della determinazione dell'applicabilità o meno del ricorso straordinario in cassazione.

Tra i vari casi di abnormità ne viene individuato uno avente come suo prototipo l'ordinanza di cui all'art. 789: l'abnormità-anomalia, propria di quei provvedimenti che, non avendo efficacia decisoria, l'acquistano per effetto dal distacco dal loro schema legale tipico. Il presupposto da cui l'a. parte è che l'ordinanza debba esser considerata un atto di omologazione di un accordo implicitamente raggiunto dalle parti attraverso la non contestazione; ove quest'ultima manchi e si presentino i presupposti piuttosto della pronuncia della sentenza il provvedimento non può che averne anche la sostanza.

quanto della forma che esso avrebbe dovuto assumere ai sensi dell'art. 279 c.p.c. <sup>(15)</sup>.

Sono stati opportunamente sottolineati i limiti del principio della prevalenza della forma sulla sostanza che, dopo aver consentito ad un provvedimento avente sostanza ma non forma di sentenza l'accesso alle impugnazioni proprie di quest'ultima, non può portare alla sua censura per mancanza dei requisiti formali dello stesso: la soluzione migliore è quella di limitare l'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma alla sola individuazione del sistema impugnatorio, escludendo, invece, che esso possa condizionare i poteri dei giudici dell'impugnazione <sup>(16)</sup>.

Veniamo ai casi giurisprudenziali che si ritengono importanti in tema di applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, ove i provvedimenti erroneamente adottati nella forma abbiano la sostanza di sentenza impugnabile.

La maggior parte della dottrina <sup>(17)</sup> e la giurisprudenza <sup>(18)</sup> formatasi

<sup>(15)</sup> MORTARA, *Commentario*, cit., IV, p. 326 ss.

<sup>(16)</sup> CARRATA, *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della "sostanza" sulla "forma"*, in *Giur. it.*, 2000, p. 924 ss., nota a Cass., 29 maggio 1999 n. 5250.

<sup>(17)</sup> Così: GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956, p. 252; DUNI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1957, p. 179 ss.; SATTA, *Comm. c.p.c.*, cit., II, 2, p. 103 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, p. 135 ss.; FERRI, *Note sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Nuovo dir.*, 1962, p. 302; GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979, p. 334 ss.; CHIARINI, *La revocazione e le altre impugnazioni esperibili avverso l'ordinanza di convalida di sfratto di cui all'art. 663 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 594.

<sup>(18)</sup> Cass., 20 novembre 1951, n. 2670, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1050 ss.; Cass., 21 aprile 1953, n. 1068, in *Foro it.*, 1953, I, c. 937 ss.; Cass., 5 maggio 1956, n. 1440, in *Foro pad.*, 1956, I, p. 555 ss., con nota di GARBAGNATI, *Limiti all'appellabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto*; Cass., 10 aprile 1965, n. 637, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1699 ss.; Cass., 16 giugno 1969, n. 2157, in *Mass Foro it.*, 1969, c. 641; Cass., 17 maggio 1985, n. 3026, in *Arch. locazioni*, 1985, p. 689 ss.; Cass., 22 novembre 1985, n. 5776, in *Arch. locazioni*, 1986, p. 57 ss.; Cass., 24 febbraio 1986, n. 1127, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce « Sfratto », n. 36; Cass., 16 settembre 1986, n. 5634, ivi, voce cit., n. 23; Cass., 3 febbraio 1987, n. 962, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce « Sfratto », n. 25; Cass. 23 gennaio 1988 n. 566, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce « Locazione », n. 630; Cass., 23 novembre 1993, n. 11565, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce « Sfratto », n. 10; Cass., 23 gennaio 2006, n. 1222; Cass., 16 maggio 2006, n. 11380.

Tale principio è stato affermato anche per altri provvedimenti che se regolarmente adottati avrebbero natura decisoria, quale, in tema di onorari di avvocato, l'ordinanza con la quale sia stato rigettato il ricorso proposto ex art. 28 della l. n. 794 del 1942, che, ritenuta normalmente ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 2°, cost., se la controversia non abbia involto la sola misura del compenso, ma siano stati contestati i presupposti stessi del credito e il *thema decidendum* sia stato comunque

intorno all'ordinanza di convalida di licenza o sfratto avevano ammesso tale possibilità per questo provvedimento, pronunciato senza la ricorrenza di tutti i presupposti di legge, giustificanti una forma che lo sottrae alle impugnazioni ordinarie e ne consente l'immediato passaggio in giudicato.

Venendo meno i detti presupposti, viene meno la giustificazione dell'immediata chiusura del procedimento sommario con il giudicato: non si ha un provvedimento idoneo al giudicato per la volontaria rinuncia alla prosecuzione del procedimento, ma un provvedimento decisorio piuttosto come una sentenza contumaciale, perché *mancante* di questa consapevole scelta.

La restituzione della possibilità di appello può dare quel giudizio a cognizione piena, omesso per errore del giudice.

Il nuovo procedimento sommario di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. ammette l'appello più ampio consentito dall'aggettivo « rilevante » piuttosto che da quello « indispensabile », con la possibilità di estensione di tale mezzo a tutti quei casi in cui in primo grado non si sia avuto un giudizio a cognizione piena, per espressa previsione di legge o per la sua applicazione degenerare. Se così non fosse si avrebbe un'evidente disparità di trattamento.

Vi sono anche posizioni dissenzienti, poco convincenti, perché ancorate ad una forma svuotata dalla sostanza pensata per essa <sup>(19)</sup>.

ampliato, deve essere impugnata con il mezzo ordinario dell'appello, nonostante la forma adottata in tale ipotesi sia errata. Ne consegue che, ove non si proponga tale impugnazione, la predetta ordinanza acquista efficacia di giudicato in punto di diniego del credito dedotto dal professionista, al quale, pertanto, rimane preclusa la possibilità di instaurare altro giudizio (nella specie, monitorio) in ordine alla medesima domanda. Si veda: Cass., 10 aprile 1999, n. 3504, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 806; Cass., 23 marzo 1999, n. 182, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 648.

<sup>(19)</sup> MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967, p. 5; ID., *Sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida o di licenza di sfratto*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 34 ss.

Secondo Mandrioli la natura — ma si dovrebbe dire la forma — di ordinanza del provvedimento di convalida impedirebbe l'accesso alle impugnazioni ordinarie riservate alle sole sentenze. Essendo il provvedimento decisorio, per esso si prospetterebbe il ricorso straordinario in cassazione. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967, p. 157, sostiene la possibilità dell'impugnazione dell'ordinanza mediante *actio nullitatis*, attraverso il seguente ragionamento: dato che la forma dell'ordinanza rivela il potere che il giudice esercita, andare al di là di essa introduce incertezza e discrezionalità; la norma su cui basarsi per individuare il regime d'impugnabilità dell'ordinanza è l'art. 161, che sarebbe applicabile solo quando per un provvedimento sia previsto uno specifico mezzo di impugnazione, altrimenti non potrebbe operare il meccanismo della conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame; conseguentemente, a prescindere dalla decisorietà o meno del provvedimento, senza specifici mezzi di impugnazione sopravviverebbe e soccorrerebbe l'*actio nullitatis*. In realtà, il fatto che nella parte generale del codice di procedura civile si leghi la sanatoria della nullità assoluta alle impugnazioni ordinarie, piuttosto che al reclamo cautelare o a quello di cui all'art. 739, sta a significare che è il giudicato a sanare la nullità di un atto, quindi che

Si deve badare bene che, pur non rinnegando mai il ricorso straordinario in cassazione, la Corte ha costantemente affermato il principio della prevalenza della sostanza sulla forma anche davanti a provvedimenti che, se adottati nel rispetto di tutti i presupposti di legge, non avrebbero natura decisoria. Così, ad esempio, nell'esecuzione forzata, l'ordinanza di assegnazione di crediti che, normalmente, costituendo l'atto conclusivo dell'esecuzione forzata per espropriazione di crediti e, quindi, essa stessa atto esecutivo, deve essere impugnata con il rimedio dell'opposizione agli esecutivi, quando si tratta di far valere vizi che si riferiscono ai singoli atti esecutivi o ad essa stessa, mentre può essere impugnata con l'appello, quando la sua pronuncia abbia assunto natura decisoria, per avere inciso sulle posizioni sostanziali del creditore o del debitore <sup>(20)</sup>.

Così, in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, ha natura ordinatoria e configura un atto esecutivo, impugnabile da parte degli interessati con l'opposizione agli atti esecutivi, il provvedimento che il giudice dell'esecuzione pronuncia ai sensi dell'art. 612 c.p.c. per determinare le modalità dell'esecuzione, stabilendo il modo in cui deve essere eseguito o distrutto ciò che, rispettivamente, illegittimamente non è stato fatto ovvero è stato fatto, e designando l'ufficiale giudiziario e le persone che devono provvedere all'attuazione pratica della volontà della legge accertata nel titolo; mentre se tale provvedimento vada a dirimere impropriamente una controversia insorta tra le parti in ordine alla portata sostanziale del titolo esecutivo e all'ammissibilità dell'azione esecutiva intrapresa, questo ha natura sostanziale di sentenza, in forza del suo contenuto decisorio, ed è impugnabile con l'appello, sebbene emesso in forma d'ordinanza <sup>(21)</sup>.

Per affermare l'appellabilità dell'ordinanza *ex art.* 788 pronunciata in presenza di contestazione, la Cassazione nella pronuncia in commento si basa su due argomentazioni: l'una fornisce la base dogmatica, l'altra elimina l'ostacolo esistente all'esplicazione della prima.

La prima di queste argomentazioni si è già vista: il principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Passiamo quindi ad esaminare la seconda che si sviluppa intorno all'eliminazione del suddetto impedimento.

L'assenza di potere in capo al giudice istruttore determina, ove esso eserciti potere decisorio che non ha, l'abnormità del provvedimento, con un'accezione di questa categoria dogmatica differente da quella fornita dalla dottrina citata. Seguendo questa impostazione, l'abnormità del provvedimento non consentirebbe l'accesso ai mezzi di impugnazione richiesti

c'è bisogno di un provvedimento decisorio e tendente alla definitività, a prescindere da quale ne sia la forma. L'*actio nullitatis* nel procedimento per convalida di sfratto è assorbita dall'opposizione, perché è questo lo strumento *lato sensu* impugnatorio da cui dipende il passaggio in giudicato del provvedimento in questione.

<sup>(20)</sup> Cass., 29 gennaio 1999, n. 796, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 198.

<sup>(21)</sup> Cass., 24 giugno 2003, n. 10024, in *Guida dir.*, 2003, 36, p. 76.

dalla sostanza che vorrebbe accogliere: l'esercizio di un potere non attribuito dal legislatore sarebbe una rottura insanabile con i principi alla base dell'ordinamento giuridico.

La riforma del 1998 ha ampliato i casi di giudizio propri del tribunale in composizione monocratica: a norma dell'art. 50-*bis* non rientra nella riserva al collegio il giudizio di divisione, nonostante nella normativa di specie si continui a parlare di rimessione della causa al collegio per la sua decisione. Non c'è più scissione tra organo istruttore e decidente: lo stesso giudice pronuncia tanto l'ordinanza di cui all'art. 788 — non decisoria su diritti — che la sentenza in caso di contestazione. Perciò non si vede come un errore di mera forma possa sottrarre la « sentenza in senso sostanziale » al mezzo di impugnazione suo proprio.

Va segnalata in proposito quella dottrina <sup>(22)</sup> secondo la quale, nonostante la riserva di collegialità, nessun principio di ordine generale esclude che in presenza di determinate condizioni — non contestazione della parte costituita o non costituita — al giudice istruttore possa essere riconosciuto potere decisorio. Inoltre, in considerazione dell'ultimo comma dell'art. 274-*bis* c.p.c., neppure l'eventuale « usurpazione » dei poteri decisorii da parte del giudice istruttore, in controversie riservate alla decisione collegiale, avrebbe potuto incidere sull'attitudine del provvedimento al giudicato, provocando solo una nullità per vizio di costituzione del giudice. Piuttosto in questi casi il giudice avrebbe sbagliato non nel pronunciare sentenza in luogo di ordinanza, ma nel porre prematuramente fine al processo, perciò sarebbe preferibile il ricorso straordinario in cassazione, che con il giudizio di rinvio darebbe la possibilità che si pronunci un giudice di pari grado anche se diverso <sup>(23)</sup>.

Non tutti i provvedimenti del giudizio di divisione, si ripete, hanno la medesima natura, ma le stesse conclusioni possono essere raggiunte in ordine al mezzo di impugnazione conforme alla logica del nostro sistema processual-civilistico quando un provvedimento venga adottato in presenza di contestazione e senza dare corso all'istruzione *ex artt.* 183 ss.

Dall'eventualità in cui le parti abbiano mosso contestazioni rimaste per così dire inascoltate, va però distinta quella in cui esse non si siano potute opporre per cause ad esse non imputabili, come previsto dal nuovo art. 153, comma 2° che ha sostituito il vecchio 184-*bis*, situato in seno al processo di primo grado a cognizione piena <sup>(24)</sup>.

Questo spostamento della rimessione in termini nel primo libro del codice di procedura civile l'ha trasformata in un rimedio di carattere

<sup>(22)</sup> BALENA, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1548 ss., nota a Cass., 10 ottobre 1997, n. 9849.

<sup>(23)</sup> A critica di questa posizione possiamo ricordare l'opinione già espressa nel testo in ordine alle possibilità offerte da un appello previsto come unico grado di merito a cognizione piena.

<sup>(24)</sup> Così la legge n. 69 del 2009.

generale avverso l'inconveniente di incorrere in decadenze incolpevolmente, anche a processo di primo grado concluso <sup>(25)</sup>.

In tal modo si supplisce perfettamente alla mancanza di un istituto analogo all'opposizione tardiva all'esecuzione per le ordinanze di cui agli artt. 785 e 789, se si ritengono decisorie.

Ove si tratti delle ordinanze di cui agli artt. 787 e 788 c.p.c. o del decreto di cui all'art. 195 disp. att. c.p.c., l'incolpevole incorso in decadenze determinerà anche in questo caso la rimessione in termini e, non avendo le ordinanze o il decreto l'efficacia di provvedimento decisorio, la contestuale revoca del provvedimento emesso con vulnerazione della regolarità del contraddittorio.

LIVIA DI COLA  
Ricercatore dell'Università di Macerata

<sup>(25)</sup> In tal senso si erano espressi prima della riforma: BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983; CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996; CAPONI, *La rimessione in termini: estensione ai poteri di impugnazione (art. 153, 2° comma, c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 283 ss.