

IL FORO ITALIANO

FONDATAO NELL'ANNO 1876 DA ENRICO SCIALOJA

ANNO CXXXV - N. 10 - OTTOBRE 2010

Si segnalano all'attenzione dei lettori:

- Corte cost. 28 luglio 2010, n. 285 (I, 2581): padre libero professionista e indennità di maternità in alternativa
- Corte cost. 22 luglio 2010, n. 274, 24 giugno 2010, n. 226, e 1° luglio 2009, n. 196 (I, 2587): «ronde» e competenze statali o regionali
- Corte cost. 4 giugno 2010, n. 194, 1° aprile 2010, n. 124, e 26 marzo 2010, nn. 120 e 119 (I, 2616): energia elettrica da fonti rinnovabili
- Corte cost. 26 marzo 2010, n. 122 (I, 2650) sulla disciplina dell'utilizzo dei programmi per elaboratore elettronico
- Cass. 2 agosto 2010, n. 17970 (I, 2658): il periodo di prova nel pubblico impiego
- Cass. 9 luglio 2010, n. 16236 (I, 2667): giornalismo di inchiesta e danni da diffamazione a mezzo stampa
- Cass., ord. 12 giugno 2010, n. 14193 (I, 2692) circa la solidarietà fra transigenti nel pagamento del compenso all'avvocato
- Cass. 28 aprile 2010, n. 10189, 15 aprile 2010, n. 9037, 9 marzo 2010, n. 5664, 21 gennaio 2010, n. 979, e 19 maggio 2009, n. 11570 (I, 2705) circa la responsabilità civile per danni da animali
- Cass. 26 marzo 2010, n. 7409 (I, 2734), 10 marzo 2010, n. 5806, e 3 marzo 2010, n. 5115 (I, 2766) sul procedimento disciplinare a carico di pubblico dipendente: termini per la contestazione degli addebiti e per irrogazione della sanzione; rapporti col giudizio penale
- Cass. 16 marzo 2010, n. 6352 (I, 2761) circa la multiproprietà immobiliare
- Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 (I, 2799) in tema di polizza fideiussoria
- Trib. Torino 20 maggio 2010 (I, 2856) circa la risarcibilità dei danni da parte della Repubblica federale tedesca per deportazione ai lavori forzati in Germania
- Trib. Bari, ord. 19 marzo 2010 e 2 novembre 2009 (I, 2872): continua la saga giudiziaria per la ricostruzione del teatro Petruzzelli di Bari
- Trib. Roma 16 dicembre 2009 (I, 2888) illegittimità del licenziamento disciplinare del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza per di-

chiarazioni critiche nei confronti dell'azienda in esito a incidente ferroviario

- Cass. 9 settembre 2010, n. 34244, Lombardi (II, 465): nullità di provvedimento decisorio per omesso esame di memorie e richieste difensive; intercettazioni telefoniche «casuali» di parlamentari e distinzione dalle «indirette»
- Cass. 26 maggio 2010, n. 25873, Sassi, e 3 febbraio 2010, n. 10381, Cipriani (II, 482) sul reato di uccellazione
- Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 23428, Caligo (II, 491) circa la natura giuridica della confisca del veicolo il cui conducente rifiuta gli accertamenti alcolimetrici
- Cass. 9 febbraio 2010, n. 19746, Follieri (II, 509) circa la figura di reato diretta alla tutela del «made in Italy»
- Cass. 2 febbraio 2010, n. 18080, Righi (II, 514): la sosta in divieto con esposizione del contrassegno di invalidità di un parente non integra il reato di sostituzione di persona
- Cass. 12 novembre 2009, n. 6587, Saleem (II, 516): omicidio della figlia da parte di padre straniero per ritenuta trasgressione dei modelli educativi familiari e aggravante dei motivi abietti tra consuetudini culturali e mero «possesso parentale»
- Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4894 (III, 481): integratore alimentare e pubblicità ingannevole
- Cons. Stato, sez. IV, 13 maggio 2010, n. 2919 (III, 489): non ricorribilità da parte del terzo interessato avverso dichiarazione di inizio attività
- Tar Veneto, sez. III, ord. 22 marzo 2010, n. 40 (III, 519): questione di costituzionalità circa la possibilità per il sindaco quale ufficiale di governo di adottare ordinanze anche non contingibili e urgenti
- Corte eur. diritti dell'uomo 23 febbraio 2010, Arslan (IV, 437) circa i limiti all'uso di tenute religiose in pubblico
- Corte giust. 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08 (IV, 458) circa l'uso per la ricerca in Internet di parole chiave corrispondenti all'altrui marchio
- Trib. Unione europea 15 giugno 2010, causa T-177/07 (IV, 480): illiceità quale aiuto di Stato di contributi all'acquisto di decoder digitali

e, in ANTICIPAZIONI E NOVITÀ,

Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, e sez. II, ord. 2 luglio 2010, n. 15811: mutamenti di giurisprudenza circa termini processuali, e rimedi per conseguenti errori scusabili

Amministrazione: ZANICHELLI EDITORE S.p.A. - 40126 Bologna - Via Imerio 34 - Fax 051/293371 - N. Verde 800-216539

Direzione e Redazione: Società Editrice «IL FORO ITALIANO» - 00193 Roma - Via Pietro Cossa 41 - Tel. 06/3222992

Spedizione in A.P.-45% - art. 2 comma 20/b legge 662/96 - Filiale di Perugia; pubblicazione mensile; contiene inserto pubblicitario

(Parte I: col. 2581 a 2900; Parte II: col. 465 a 536; Parte III: col. 481 a 540; Parte IV: col. 437 a 492; Parte V: col. 257 a 300)

Chiusura redazionale: 28 ottobre 2010 - Finito di stampare: 30 ottobre 2010

INDICE ANALITICO

(fascicolo 10 - ottobre 2010)

Articoli, note, osservazioni

- GAETANO D'AURIA — *Gli accordi Stato-regioni sui «piani di rientro» dai disavanzi sanitari: quali vincoli per la legislazione regionale?* (Osservaz. a Corte cost. 23 aprile 2010, n. 141, e 17 marzo 2010, n. 100) I, 2644
- LEONARDO CARBONE — *Giudizio definito con transazione e vincolo di solidarietà fra transigenti nel pagamento del compenso all'avvocato* (Nota a Cass., ord. 12 giugno 2010, n. 14193) I, 2695
- MASSIMO FABIANI — *Eccessi di protezione degli interessi del fallito e mancata attenzione ai principi della riforma fallimentare* (Nota a Cass. 22 marzo 2010, n. 6904, e 12 febbraio 2010, n. 3327) I, 2754
- RITA LOMBARDI — *Una novità in tema di impugnazione dei provvedimenti resi nel giudizio divisorio* (Nota a Cass. 22 febbraio 2010, n. 4245) I, 2796
- ELGA TURCO — *La confisca del veicolo ex art. 186, 7° comma, cod. strada: sanzione penale accessoria?* (Osservaz. a Cass. 25 febbraio 2010, n. 23428, Caligo) II, 499
- ROSSANO ADORNO — *Sulla legittimazione del difensore dell'imputato a concordare l'acquisizione di atti al fascicolo per il dibattimento a norma dell'art. 493, 3° comma, c.p.p.* (Nota a Cass. 11 febbraio 2010, n. 7061, Minzera) II, 504
- SERGIO DI PAOLA — *Ancora su «made in Italy», obblighi di indicazione di provenienza dei prodotti e successioni di leggi* (Osservaz. a Cass. 9 febbraio 2010, n. 19746, Follieri) II, 512
- FRANCESCO PARISI — *I motivi abietti tra consuetudini culturali e mero «possesso parentale»: alcune precisazioni sul valore del fattore culturale in sede penale* (Nota a Cass. 12 novembre 2009, n. 6587, Saleem) II, 527
- Rassegna dei pareri del Consiglio di Stato* (a cura di M. DE PAOLIS) III, 534
- PAOLO PASSAGLIA — *Religione, abbigliamento e diritto: verso l'apertura di una nuova fase (dall'indumento come «signe religieux» all'indumento come «dissimulation du visage»?* (Nota a Corte eur. diritti dell'uomo 23 febbraio 2010, Arslan) IV, 443
- ANDREA PROTO PISANI — *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)* V, 257
- REMO CAPONI — *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione* V, 267
- GIULIANO SCARSELLI — *Il giudice, tra principi deontologici e regole comportamentali* V, 273
- L'Arbitro bancario finanziario:*
- A. - GIORGIO COSTANTINO, *Premessa* V, 278
- B. - BANCA D'ITALIA, *Sintesi dell'attività svolta dall'Arbitro bancario finanziario (Abf) al 31 marzo 2010* V, 279
- ANDREA PROTO PISANI — *Note minime su istituzioni ecclesiastiche e statali* V, 283
- FABRIZIO AMATO — *Le pari opportunità nella magistratura italiana: qualche proposta* V, 285
- BRUNO GIANGIACOMO — *Illeciti disciplinari dei giudici onorari e dei giudici ordinari: differenze* V, 291
- ELISABETTA ROSI — *L'indipendenza della magistratura e la riforma dell'ordinamento giudiziario in Serbia* V, 295

Giurisprudenza

(in neretto le voci del Repertorio del Foro italiano)

- Acque pubbliche e private** — Tutela dall'inquinamento — Scarico in pubblica fognatura di acque reflue — Equiparazione alle acque reflue domestiche — Esclusione — Fattispecie (Cass. 18 giugno 2009, n. 35137, Tonelli). II, 533.
- V. *Unione europea*.
- Agricoltura** — Società di capitali proprietaria di fondo rustico — Cessione del pacchetto azionario — Prelazione e riscatto dell'affittuario — Esclusione (Cass. 26 gennaio 2010, n. 1523). I, 2825.
- Alimenti e bevande (igiene e commercio)** — V. *Concorrenza (disciplina della)*.
- Ambiente (tutela dell')** — Valutazione ambientale strategica — Autorità competente — Designazione di dipendenti dell'amministrazione precedente — Illegittimità (Tar Lombardia, sez. II, 17 maggio 2010, n. 1526). III, 513.

V. Regione.

- Amministrazione dello Stato e degli enti pubblici in genere** — Ministero dell'ambiente — Commissione di esperti — Modifica per legge del numero e della qualificazione dei componenti — Decadenza *ex lege* dei precedenti componenti (Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2009, n. 8791). III, 503.
- Arbitrato e compromesso** — V. *Banca, credito e risparmio*.
- Artigiano e artigianato** — V. *Commercio (disciplina del)*.
- Avvocato** — Transazione intervenuta nel corso del giudizio — Onorari — Vincolo di solidarietà fra transigenti — Condizioni (Cass., ord. 12 giugno 2010, n. 14193). I, 2692 (con nota di L. CARBONE).
- Banca, credito e risparmio** — *L'Arbitro bancario finanziario:*
- A. - G. COSTANTINO, *Premessa*. V, 278.
- B. - BANCA D'ITALIA, *Sintesi dell'attività svolta dall'Arbitro bancario finanziario (Abf) al 31 marzo 2010*. V, 279.
- Caccia e protezione della fauna** — Uccellazione — Reti azionate a scatto — Trappole — Reato — Ente riconosciuto per la tutela ambientale della fauna — Risarcimento del danno (Cass. 26 maggio 2010, n. 25873, Sassi). II, 482.
- Uccellazione — Gabbiette-trappola di dimensioni minime — Reato — Condanna — Annullamento con rinvio (Cass. 3 febbraio 2010, n. 10381, Cipriani). II, 482.
- V. *Regione*.
- Calabria** — V. *Regione*.
- Campania** — V. *Regione*.
- Chiesa cattolica** — V. *Diritto in genere*.
- Circolazione stradale** — Guida in stato di ebbrezza — Rifiuto di sottoporsi ai test alcolimetrici — Confisca del veicolo — Sanzione penale accessoria — Fattispecie (Cass. 25 febbraio 2010, n. 23428, Caligo). II, 491 (con osservaz. di E. TURCO).
- Circostanze di reato** — Aggravanti — Motivi abietti o futili — Motivazione culturale — Fattispecie in tema di omicidio (Cass. 12 novembre 2009, n. 6587, Saleem). II, 516 (con nota di F. PARISI).
- Commercio (disciplina del)** — Sospensione della licenza di esercizi pubblici — Provincia autonoma di Bolzano — Provvedimenti del questore e del commissario del governo — Spettanza allo Stato (Corte cost. 21 luglio 2010, n. 259). I, 2610.
- Bibite e acqua — Cessione a titolo gratuito — Finalità promozionale — Commercio al dettaglio (Cass. 29 aprile 2010, n. 10411). I, 2703.
- Artigiani — Vendita di prodotti di rosticceria — Somministrazione di bibite e bevande — Accessorietà — Esclusione (*id.*). I, 2703.
- V. *Unione europea*.
- Competenza civile** — V. *Proprietà industriale*.
- Comune e provincia** — Associazioni di osservatori volontari (c.d. ronde) — Segnalazione di situazioni di disagio sociale — Decreto ministeriale — Spettanza allo Stato — Esclusione — Annullamento (Corte cost. 22 luglio 2010, n. 274). I, 2587.
- Associazioni di osservatori volontari (c.d. ronde) — Segnalazione di situazioni di disagio sociale — Incostituzionalità (Corte cost. 24 giugno 2010, n. 226). I, 2587.
- Associazioni di osservatori volontari (c.d. ronde) — Segnalazione di eventi che possono arrecare danno alla sicurezza urbana — Elenco delle associazioni, requisiti per l'iscrizione, ambiti operativi — Disciplina — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2588.
- Provincia di Bolzano — Pubblica sicurezza e ordine pubblico — Poteri riconosciuti ai sindaci — Questioni infondate di costituzionalità (Corte cost. 1° luglio 2009, n. 196). I, 2588.
- Provincia di Bolzano — Pubblica sicurezza e ordine pubblico — Poteri riconosciuti ai sindaci — Potere di perseguire i casi di inottemperanza — Questioni infondate di costituzionalità (*id.*). I, 2588.
- Provincia di Bolzano — Pubblica sicurezza e ordine pubblico — Prefetti — Potere di convocazione di apposita conferenza — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2588.
- Provincia di Bolzano — Pubblica sicurezza e ordine pubblico — Poteri riconosciuti ai sindaci — Potere di modifica degli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e di apertura al pubblico degli uffici pubblici — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2588.
- Provincia di Bolzano — Pubblica sicurezza e ordine pubblico — Poteri riconosciuti ai sindaci — Diritti di ispezione e di intervento da parte dello Stato — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2588.
- Provincia di Bolzano — Pubblica sicurezza e ordine pubblico — Poteri riconosciuti ai sindaci — Potere del ministro dell'interno di dettare atti di indirizzo — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2589.

IL FORO ITALIANO

FONDATO NELL'ANNO 1876 DA ENRICO SCIALOJA

ottobre 2010, I, 2796 (estratto)

RITA LOMBARDI

Una novità in tema di impugnazione dei
provvedimenti resi nel giudizio divisorio

ROMA

SOCIETÀ EDITRICE DEL «FORO ITALIANO»

2010

RITA LOMBARDI

Una novità in tema di impugnazione dei
provvedimenti resi nel giudizio divisorio

ROMA

SOCIETÀ EDITRICE DEL «FORO ITALIANO»

2010

CORTE DI CASSAZIONE; sezione II civile; sentenza 22 febbraio 2010, n. 4245; Pres. SETTIMI, Est. GIUSTI, P.M. CARESTIA (concl. diff.); Monachese (Avv. VALSECCHI, PETRETTI) c. Lanzani e altri. *Dichiara inammissibile ricorso avverso Trib. Bergamo, ord. 20 dicembre 2006.*

Divisione — Divisione giudiziale — Vendita — Controversia — Ordinanza — Impugnabilità — Appello (Cod. proc. civ., art. 50 bis, 50 ter, 788).

A norma dell'art. 50 ter c.p.c., il procedimento di scioglimento della comunione è trattato e deciso dal tribunale in composizione monocratica; pertanto, l'ordinanza con cui il giudice istruttore provvede sulla vendita, pur essendo sorta controversia al riguardo, ha il contenuto di sentenza ed è impugnabile con l'appello e non mediante il ricorso straordinario per cassazione. (1)

Svolgimento del processo. — 1. - Annamaria Monachese è comproprietaria, insieme ad Antonio Morandi, dell'immobile sito in Mozzo (BG), via Quarenghi, n. 9.

Essendo il Morandi debitore esecutato nell'ambito di un procedimento (iscritto al n. 321/05 del registro generale esecuzioni) pendente innanzi al Tribunale di Bergamo, alla Monachese è stato notificato avviso a comparire ex art. 599 c.p.c.

In detto procedimento il giudice dell'esecuzione ha disposto procedersi alla divisione del lotto comprendente l'immobile di cui la Monachese è comproprietaria.

Instaurato il procedimento di divisione (iscritto al n. 10510/06 del registro generale), la Monachese si è costituita ed ha chiesto al giudice di disporre la vendita all'incanto della sola quota di un mezzo dell'immobile *de quo*, intestata al Morandi, opponendosi alla vendita dell'intero immobile.

Il giudice istruttore, con ordinanza resa all'udienza del 20 dicembre 2006, facendo riferimento alla perizia effettuata sul bene oggetto del giudizio nell'ambito della procedura esecutiva, ha ritenuto la non comoda divisibilità dell'immobile e ha quindi disposto la vendita dell'intero immobile.

2. - Per la cassazione della detta ordinanza la Monachese ha proposto ricorso, con atto notificato il 25 gennaio 2007, affidato a tre motivi.

Gli intimati indicati in epigrafe non hanno svolto attività difensiva in questa sede.

Motivi della decisione. — 1. - Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 788 c.p.c. 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. Di qui il quesito di diritto «se la decisione impugnata, resa nell'ambito di un giudizio di divisione e presa nella forma dell'ordinanza, abbia violato o meno il disposto dell'art. 788 c.p.c., stante la controversia insorta tra le parti in merito alla necessità di vendere l'immobile oggetto di causa limitatamente alla quota del debitore esecutato o per l'intero».

Il secondo mezzo denuncia violazione del principio del contraddittorio (art. 24 e 111 Cost. e 101 e 102 c.p.c.). Si chiede «^s e l'ordinanza impugnata, nel ritenere la non comoda divisibilità dell'immobile oggetto di causa sulla base della perizia svolta nel giudizio (di esecuzione), cui la ricorrente era rimasta estranea, abbia violato o meno il principio del contraddittorio e, quindi, gli art. 24, 111 Cost. e 101, 102 c.p.c.».

Con il terzo motivo si prospetta la violazione dell'art. 183, 6° comma, c.p.c., avendo il giudice omissso, 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.

2. - Il ricorso è inammissibile.

Il problema che il ricorso solleva concerne l'individuazione del rimedio al quale, nell'ambito del procedimento di divisione, è assoggettabile l'ordinanza di vendita pronunciata dal giudice istruttore in presenza di contestazioni sul punto.

La giurisprudenza di questa corte ha sinora, con indirizzo consolidato (Cass. 8 novembre 1974, n. 3432, *Foro it.*, 1975, I, 1413; 5 febbraio 1980, n. 834, *id.*, Rep. 1980, voce *Divisione*, n. 20; 23 gennaio 1988, n. 525, *id.*, Rep. 1988, voce *cit.*, n. 28; 12 febbraio 2000, n. 1572, *id.*, 2000, I, 1886), ritenuto tale ordinanza impugnabile 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 di vendita degli immobili, la relativa decisione compete a norma dell'art. 788 c.p.c. 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, è 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 organizzatoria 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» (così Cass. 12 febbraio 2000, n. 1572, cit.).

Questo indirizzo merita di essere rimeditato alla luce della sopravvenuta evoluzione normativa.

Benché l'art. 788, 2° comma, c.p.c., in tema di vendita di immobili nello scioglimento di comunioni, continui a prevedere che «se sorge controversia, la vendita non può essere disposta se non con sentenza del collegio», la riserva di collegialità nel procedimento di divisione è venuta meno. Il d.leg. 19 febbraio 1998 n. 51 (norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado), con la nuova formulazione della norma — oggi l'art. 50 *bis* c.p.c. — contenente l'indicazione delle cause nelle quali il tribunale giudica in composizione collegiale, ha infatti sottratto il procedimento in esame (al contrario del previgente art. 48 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, nel testo sostituito dall'art. 88 l. 26 novembre 1990 n. 353) alla detta riserva di collegialità.

Ne deriva che, essendo il procedimento di scioglimento di comunioni trattato e deciso davanti al tribunale in composizione monocratica, nell'art. 788 c.p.c. non c'è più alcuna divergenza, sotto il profilo della composizione dell'organo decidente, tra la pronuncia del giudice istruttore ove non sia sorta controversia

sulla necessità della vendita e quella resa dal giudice monocratico ove siano sorte contestazioni al riguardo: vi siano o meno contestazioni, la vendita, dopo la citata modifica normativa, è disposta comunque dal tribunale in composizione monocratica, rispettivamente con sentenza o con ordinanza.

La sottrazione del giudizio di divisione al novero delle controversie riservate al collegio è destinata a far venir meno la qualificazione in termini di provvedimento abnorme per ragioni funzionali dell'ordinanza con cui il giudice istruttore dispone la vendita pur in presenza di contestazioni, essendo sempre il medesimo giudice, sia pure dopo aver messo in moto il meccanismo relativo alla fase decisoria e con provvedimento diverso, a pronunciare al riguardo.

Allorché nel procedimento di divisione il giudice istruttore provvede con ordinanza sulla vendita, pur essendo sorta controversia sul punto, il provvedimento, pronunciato in ogni caso da un organo munito di potere decisorio, diverge dalla sentenza di cui all'art. 788, 2° comma, c.p.c. solo per la forma, ma è sentenza nel contenuto sostanziale. Ne deriva che — poiché l'impugnazione del provvedimento, a garanzia del diritto di difesa delle parti, non può dipendere dalla forma che gli ha fatto assumere il giudice, ma solo dal suo contenuto e quindi non può essere sufficiente l'errore di questo nell'individuazione della giusta forma del provvedimento a privare la parte del suo diritto all'impugnazione (principio della c.d. prevalenza della sostanza sulla forma) — detta ordinanza è impugnabile con i rimedi ordinari, e quindi è, non ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost., ma appellabile.

Alle medesime conclusioni, del resto, questa corte 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., è tuttavia soggetta al normale rimedio dell'appello se emanata nel difetto dei presupposti prescritti dalla legge, costituiti dalla presenza del locatore all'udienza fissata in citazione e dalla mancanza di eccezioni o difese del conduttore o dalla sua assenza, 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 (da ultimo, Cass. 23 gennaio 2006, n. 1222, *id.*, Rep. 2006, voce *Sfratto*, n. 10; 16 maggio 2006, n. 11380, *ibid.*, n. 21).

3. - Il proposto ricorso straordinario per cassazione va, pertanto, dichiarato inammissibile.

(1) I. - La rilevanza della pronuncia in epigrafe è rappresentata dal chiaro, consapevole ed argomentato *revirement* operato dal giudice della nomofilachia in ordine al rimedio impugnatorio esperibile avverso l'ordinanza con cui, nell'ambito del procedimento di divisione, il giudice istruttore dispone la vendita pur in presenza di contestazioni insorte sulla necessità della stessa: detto rimedio era stato in precedenza individuato, con orientamento ribadito in maniera consolidata, nel ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, 7° comma, Cost., muovendo dalla natura esclusivamente organizzatoria dell'attività svolta dall'istruttore nel giudizio di scioglimento di comunioni (in questo senso, cfr. Cass. 12 febbraio 2000, n. 1572, *Foro it.*, 2000, I, 1886; 24 febbraio 1999, n. 1575, *id.*, Rep. 1999, voce *Divisione*, n. 21; 9 giugno 1994, n. 5614, *id.*, Rep. 1995, voce *Termini processuali civili*, n. 9, e *Nuova giur. civ.*, 1995, I, 700, con nota di DELLA VEDOVA; 23 gennaio 1988, n. 525, *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Divisione*, n. 28; 22 ottobre 1981, n. 5548, *id.*, Rep. 1981, voce cit., n. 27; 5 febbraio 1980, n. 834, *id.*, Rep. 1980, voce cit., n. 20; 8 novembre 1974, n. 3432, *id.*, 1975, I, 1413).

Fulcro argomentativo della diversa soluzione propugnata da Cass. 4245/10 è invece costituito dall'affermata devoluzione del giudizio di divisione in ogni sua articolazione alla cognizione del tribunale in composizione monocratica, quale conseguenza del generale principio della monocraticità introdotto dal d.leg. 51/98 e dalla espunzione delle cause divisorie dalle eccezionali ipotesi di riserva di collegialità previste dall'art. 50 *bis* del codice di rito.

Cade così ogni possibile declinazione in termini di abnormità dell'ordinanza che provveda sulla vendita del bene comune emessa dal giudice istruttore risolvendo — anche per implicito — contestazioni sollevate dalle parti, presupposto giustificativo della ricorribilità ex art. 111 Cost.: si configura, piuttosto, un provvedimento pronunciato dall'organo — il giudice monocratico — munito di potere decisorio al riguardo inficiato tuttavia da un errore giudiziale nella scelta delle veste formale, dacché la valutazione sulla controversa sussistenza dei presupposti per la vendita — cioè a dire la decisione su posizioni giuridiche soggettive in contrasto — sfocia in una ordinanza anziché, come prescritto dal 2° comma dell'art. 788 c.p.c., in una sentenza.

In tal guisa ricostruita la fattispecie, alla Suprema corte riesce quasi *naturaliter* l'invocazione del principio della c.d. prevalenza della sostanza sulla forma — ineludibile presidio a garanzia del diritto di difesa delle parti —, ed aprire così, valorizzando il contenuto decisorio del provvedimento, le porte alla appellabilità dell'ordinanza in questione.

Con il descritto ragionamento (nel quale, il riferimento al collegio contenuto nel 2° comma dell'art. 788 c.p.c. è da intendersi come ope-

rato al giudice in funzione decidente), Cass. 4245/10 recepisce in pieno l'interpretazione suggerita dalla più attenta dottrina (LOMBARDI, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli, 2009, spec. 320), la quale, all'esito di una esaustiva analisi sistematica sull'istituto del giudizio divisorio, ha, con coerente deduzione, opinato per la generale appellabilità dei provvedimenti a contenuto decisorio pronunciati pur in forma di ordinanza nel corso del procedimento di scioglimento della comunione (tra i quali, come spiegato nella nota che segue, l'ordinanza con cui viene approvato il progetto di divisione ex art. 789, 3° comma, c.p.c.).

II. - Sulle problematiche afferenti i rapporti tra giudice monocratico e collegio alla luce della riforma sul c.d. giudice unico, v., anche per ulteriori richiami, OLIVIERI, *Il giudice unico di primo grado nel processo civile (tribunale monocratico e collegiale sede principale e sezioni distaccate)*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 467, nonché TARZIA, *L'istituzione del giudice unico di primo grado e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 621.

Quanto invece alla prevalenza della sostanza sulla forma quale criterio per definire il regime di impugnazione dei provvedimenti connotati dalla discrasia, frutto dell'errore del giudice, tra contenuto sostanziale decisorio e tipologia formale ordinatoria, si tratta di principio non codificato, elaborato dalla giurisprudenza e condiviso dalla dottrina già nel vigore del codice del 1865 (Cass. 14 giugno 1934, n. 2112, *Foro it.*, Rep. 1934, voce *Effetto cambiario*, n. 389; 23 gennaio 1936, n. 277, *Foro it.*, 1936, I, 1320; e ivi altri richiami; in dottrina, v. MORTARA, *Commentario*, 326): le più significative e diffuse applicazioni curiali concernono l'ordinanza pronunciata in luogo della sentenza prevista per la decisione sulla competenza, nel regime anteriore alla novella della l. 18 giugno 2009 n. 69 (tra le altre, Cass. 25 giugno 1947, n. 1011, *Foro it.*, Rep. 1947, voce *Sentenza civile*, n. 37; 27 dicembre 1947, n. 1743, *ibid.*, n. 36; 23 luglio 1948, n. 1222, *id.*, Rep. 1948, voce cit., n. 23; 31 luglio 1948, n. 1339, *ibid.*, n. 24; 4 febbraio 1949, n. 171, *id.*, Rep. 1949, voce cit., n. 41; 31 gennaio 1949, n. 151, *ibid.*, n. 157, e *Giur. it.*, 1949, I, 1, 386, con nota di GARBAGNATI: 14 gennaio 1980, n. 290, *Foro it.*, Rep. 1981, voce cit., n. 21, e *Giur. it.*, 1981, I, 1, 277, con nota di CERINO-CANOVA), l'ordinanza di convalida di licenza o sfratto resa nonostante la comparizione e l'opposizione dell'intimato all'udienza (Cass. 10 maggio 1961, n. 1110, *Foro it.*, Rep. 1961, voce *Sfratto*, n. 11, e *Giur. it.* 1962, I, 1, 170, con nota di ANSELMI-BLAAMS; 29 maggio 1953, n. 1600, *Foro it.*, Rep. 1953, voce cit., n. 51; 21 aprile 1953, n. 1068, *id.*, 1953, I, 938; *contra*, Pret. Matera 13 luglio 1950, *id.*, Rep. 1950, voce cit., n. 56, e *Giur. it.*, 1950, I, 2, 744, con nota di GARBAGNATI, *In tema di appello contro un'ordinanza di convalida di sfratto*, e 1952, I, 2, 128, con nota di TEDESCHI, *Questioni in tema di appellabilità, o non, dell'ordinanza di convalida di licenza*), nonché l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione, nell'ambito del procedimento per esecuzione di obblighi di fare, decida controversie insorte sulla portata sostanziale del titolo esecutivo o assuma statuizioni contrastanti con il contenuto del titolo stesso (Cass. 18 marzo 2003, n.

3990, *Foro it.*, 2003, I, 2034; 10 aprile 1992, n. 4407, *id.*, 1994, I, 2864, con nota di E. FABIANI).

Una serrata critica alla teoria della «prevalenza della sostanza sulla forma» spiega TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile. L'individuazione della sentenza*, Milano, 1967; sull'argomento, v. anche, per cenni comparatistici, DE DIVITIIS, *Sulla teoria del «Meistbegünstigung» nel processo civile tedesco (forma e sostanza nei provvedimenti del giudice)*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 410.

III. - Sulla soluzione al problema affrontato alcuna incidenza spiega poi la circostanza che il giudizio di divisione si svolga — come accaduto nella vicenda sottoposta all'esame della decisione in rassegna — nel corso di una procedura esecutiva (art. 599 ss. c.p.c.): sull'argomento, cfr. GRASSO, *L'espropriazione della quota*, Milano, 1957, 268; TARZIA, *Espropriazione dei beni indivisi*, voce del *Novissimo Digesto*, Torino, 1964, VI, 887; TRAVI, *Espropriazione dei beni indivisi*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1992, VIII, 13; ACONE, *La separazione della quota in natura nella espropriazione dei beni indivisi*, in *Foro it.*, 1960, IV, 297; REDENTI, *Sul pignoramento e sulla vendita forzata di beni indivisi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 232.

Sulle questioni relative alla divisione incidentale al processo esecutivo dopo la l. 80/05, v., tra gli altri, LOMBARDI, *Profili problematici dell'espropriazione di beni indivisi*, in *Studi in onore di M. Acone*, Napoli, 2010, 1337 ss.; MERLIN, *L'espropriazione di beni indivisi*, in *Il processo civile di riforma in riforma*, II. *Processo esecutivo*, in *Le monografie del Corriere giuridico*, 2006, 133; MEINI, *Trascrizione dell'ordinanza ex art. 600 c.p.c. e potere conformativo del giudice dell'esecuzione*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2008, 622. [R. Rossi]

* * *

Una novità in tema di impugnazione dei provvedimenti resi nel giudizio divisorio.

1. - La sentenza in epigrafe segna una rottura rispetto al passato sulla questione dell'impugnazione delle ordinanze emesse nel giudizio divisorio fuori dallo schema legale. Finalmente le innovazioni legislative degli ultimi tempi hanno spinto verso una diversa soluzione.

La Cassazione ha esaminato l'ordinanza di vendita — pronunciata nell'ambito di un giudizio divisorio apertosi a seguito di una espropriazione di beni indivisi — di cui agli art. 787 e 788 c.p.c. (1). Qui, come avviene anche per altre fasi di tale processo, la legge distribuisce le competenze tra giudice istruttore e collegio: se non sorge controversia sulla necessità della vendita, questa è disposta dal giudice istruttore; se sorge controversia la stessa viene disposta con sentenza dal collegio. Il

(1) Norme ritoccate dalla l. 263/05 per adeguarle alle precedenti innovazioni sull'esecuzione mobiliare ed immobiliare (l. 80/05).

problema nasce allorché il giudice istruttore, pur sussistendo una controversia sui presupposti per la vendita, provveda con ordinanza.

Fino a ieri la questione (e giova puntualizzare che la medesima problematica si poneva soprattutto riguardo all'ordinanza ex art. 789, 3° comma, c.p.c. pronunciata nonostante le contestazioni insorte fra i condividenti) veniva generalmente fatta rientrare nell'indebita appropriazione da parte del giudice istruttore di una funzione (quella decisoria) riservata al collegio e conduceva alla configurazione di un provvedimento «abnorme», idoneo a giustificare il ricorso in Cassazione ex art. 111, 7° comma, Cost. (2).

2. - Come rileva la Cassazione nella pronuncia in rassegna, tale argomento non è oggi più spendibile. Con l'introduzione dell'art. 50 bis c.p.c. (d.leg. 51/98), il quale, nell'elenco delle controversie riservate alla decisione collegiale, non contempla il giudizio divisorio, non è possibile far dipendere il contenuto del provvedimento decisivo dall'avere o meno l'organo che lo emette la titolarità del potere in questione (3).

Il punto merita un approfondimento. Il legislatore del 1990 istituì il giudice monocratico di tribunale, ma, volendo preservare in alcuni casi il valore della collegialità ripartì i poteri decisori tra collegio e giudice istruttore in funzione di giudice unico fissando la «regola» della monocraticità e «l'eccezione» della collegialità, intesa quale «lusso» riservato ad alcune cause soltanto (4); tra queste rientrarono i giudizi di cui all'art. 784 ss. c.p.c.

Sennonché in mancanza di un criterio unitario sottostante, la scelta delle controversie attribuite al tribunale in formazione collegiale fu ampiamente criticata. Rispetto alle cause divisorie si osservò che vi era difficoltà nell'individuare la *ratio* dell'inclusione: posto che la ragione della riserva non poteva ravvisarsi nella delicatezza della materia (5), si fece notare che il rito collegiale non si addiceva a tali giudizi perché questi si svolgono in prevalenza mediante operazioni affidate al giudice

(2) Tra le altre, Cass. 12 febbraio 2000, n. 1572, *Foro it.*, 2000, I, 1886; 24 febbraio 1999, n. 1575, *id.*, Rep. 1999, voce *Divisione*, n. 21; 9 giugno 1994, n. 5614, *id.*, Rep. 1995, voce *Termini processuali civili*, n. 9, e *Nuova giur. civ.*, 1995, I, 700; 23 gennaio 1988, n. 525, *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Divisione*, n. 8; 22 ottobre 1981, n. 5548, *id.*, Rep. 1981, voce *cit.*, n. 27.

(3) Per un approfondimento sulla natura decisoria delle ordinanze ex art. 785 e 789, 3° comma, c.p.c. rese nel rispetto dello schema legale, anche prima della riforma del giudice unico, cfr. LOMBARDI, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli, 2009, spec. 63 ss., 256 ss. Cfr. anche BALENA, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro it.*, 1998, I, 1547.

(4) LUIISO, in CONSOLO-LUIISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 578.

(5) MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Torino, 1993, 109.

istruttore (o al notaio delegato) e si evidenziò che al tribunale in composizione monocratica erano devolute le controversie ereditarie e petitorie di competenza dello stesso tribunale e l'espropriazione immobiliare (6).

Tali critiche hanno indotto il legislatore del '98 a cambiare idea eliminando la collegialità per le cause di scioglimento di comunione. Da ciò la conclusione della corte: «la sottrazione del giudizio di divisione al novero delle controversie riservate al collegio è destinata a far venir meno la qualificazione in termini di provvedimento abnorme per ragioni funzionali l'ordinanza con cui il giudice istruttore dispone la vendita pur in presenza di contestazioni, essendo sempre il medesimo giudice, sia pur dopo aver messo in moto il meccanismo relativo alla fase decisoria e con provvedimento diverso, a pronunciare a riguardo».

3. - Conclusione questa che avevo già suggerito e che va condivisa anche alla luce del nuovo assetto normativo generato da altre disposizioni inerenti ai poteri ed alle funzioni del giudice monocratico. Si tratta di novità che, pur non riguardando in via diretta il giudizio divisorio, impediscono definitivamente di ragionare in termini di «usurpazione» da parte del giudice singolo delle funzioni proprie del collegio, perché accanto all'esercizio della funzione decisoria da parte del (solo) collegio, espressa con sentenza previa attivazione del previsto *iter* decisorio, hanno introdotto l'esercizio della medesima funzione da parte del tribunale in composizione monocratica, espresso con ordinanza, solo talvolta con parziale attivazione dell'*iter* decisorio.

In particolare: a) dal 1990 sono entrate nel processo di cognizione ordinario, le c.d. ordinanze decisorie (art. 186 *bis*, *ter* e *quater* c.p.c.), in forza delle quali il giudice, nella fase istruttoria, viene dotato di poteri che non sono tesi allo svolgimento del processo ma, sia pur in presenza di determinati presupposti, alla sua totale o parziale definizione; b) dal 1998, ex art. 281 *sexies* c.p.c., il giudice monocratico nella stessa udienza può spogliarsi della veste di istruttore per indossare quella di giudice e, previa la sola precisazione delle conclusioni (evitando conclusionali e repliche), pronunciare la sentenza operando un passaggio repentino dalla funzione istruttoria a quella giudicante; c) attraverso la l. 69/09 è stato inserito nel sistema il procedimento sommario di cognizione (art. 702 *bis* ss.), un procedimento in cui la decisione appartiene al giudice singolo con un'ordinanza che produce gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. ove non appellata; d) inoltre la novella citata ha modificato l'art. 279, 1° comma, c.p.c. stabilendo che il giudice quando decide sulla competenza pronuncia ordinanza e, secondo alcuni, l'ordinanza, che è sostanzialmente una sentenza, viene resa senza l'applicazione dell'*iter* proprio della fase decisoria (art. 189, 190, 281 *quinquies*, 281 *sexies* c.p.c.) (7).

(6) PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 181.

(7) BOCCAGNA, *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 22.

È allora evidente che nell'attuale sistema la non decisorietà non è più la conseguenza logica della provenienza del provvedimento dal giudice singolo e neppure della forma del provvedimento perché per le controverse demandate al tribunale allo schema processuale «collegio - potere decisorio - sentenza» si è aggiunto lo schema «giudice monocratico - potere decisorio - ordinanza».

4. - Ciò posto e tornando al ragionamento dei giudici di legittimità, se non può desumersi dal punto di vista della composizione dell'organo giudicante una differenza tra l'ordinanza resa dal giudice monocratico, nella veste di istruttore, in assenza di contestazioni e la sentenza emessa dal giudice monocratico nella veste di decidente in presenza di contestazioni, riguardo al caso in cui il giudice monocratico pronuncia ordinanza nonostante le insorte contestazioni «dopo aver messo in moto il meccanismo relativo alla fase decisoria», la problematica non può che attenersi alla forma del provvedimento, e ciò contrariamente a quanto finora aveva ritenuto la giurisprudenza, soprattutto riguardo all'ordinanza ex art. 789, 3° comma (8).

Epperò va evidenziato che rispetto a quest'ultimo provvedimento già da tempo la dottrina era orientata verso questa conclusione, anche se il punto non era approfondito. Vi era chi aveva ammesso «in ogni caso l'appellabilità dei provvedimenti abnormi» (9); chi aveva evidenziato che l'eventuale riconoscimento della natura decisoria dell'ordinanza pronunciata dall'istruttore non giustificava la ricorribilità ex art. 111 Cost. ma faceva ravvisare il contenuto tipico della sentenza impugnabile nei modi ordinari (10). Si era pure desunta l'equiparazione del provvedimento anomalo alla sentenza dal fatto che nell'interpretazione dell'art. 111 Cost. si era affermata la nozione di sentenza in senso sostanziale onde tutti i provvedimenti incidenti su diritti soggettivi in modo definitivo, anche se aventi forma di ordinanza o di decreto, andavano intesi come sentenze, perciò suscettibili di ricorso in Cassazione, e dall'art. 50 *bis* c.p.c. che aveva fissato un'identità tra l'organo che

(8) Solo Cass. 4 aprile 1997, n. 2913, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Divisione*, n. 9, vi accenna. MANDRIOLI, *Sui rimedi contro l'ordinanza che approva il progetto divisionale pronunciata senza i presupposti di legge*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1517, notava che «nella logica della Cassazione non c'è posto per una configurazione del provvedimento *de quo*, in quanto abnorme, come 'diverso' da quello 'normale', perché, in questo ordine di idee, la sua sostanza decisoria — anch'essa essenziale per l'impugnabilità col ricorso ex art. 111 — dovrebbe fondarne l'appellabilità».

(9) CARRATA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 424; v. anche MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2002, 2, 1, 598, e MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. dir. proc. civ. diretta da A. Proto Pisani*, Torino, 1998, 268.

(10) IMPAGNATIELLO, nota a Cass. 22 novembre 1995, n. 12086, e sez. un. 1° marzo 1995, n. 2317, in *Foro it.*, 1996, I, 3464.

emette l'ordinanza anomala e l'organo chiamato a pronunciare la sentenza (11).

Queste sollecitazioni, pur sparse in contributi attinenti a differenti temi del processo civile, mi hanno spinto in altra sede (12) a mettere in luce che la regola della prevalenza della sostanza sulla forma, risulta pienamente applicabile in tutti i casi in cui nel giudizio divisorio il giudice, nonostante la presenza di una contestazione (*id est* l'insorgere di una controversia), emette l'ordinanza invece della sentenza. Difatti essa si apprezza come strumento di garanzia del diritto di difesa di fronte ad un errore del giudice: se il giudice pronuncia un provvedimento il cui contenuto sostanziale non corrisponde alla veste formale normativamente prevista, la parte soccombente necessita di un criterio per individuare il regime impugnatorio del provvedimento effettivamente emanato; il criterio è quello di attribuire prevalenza alla sostanza piuttosto che alla forma. Ciò perché il provvedimento viene qualificato (anche sotto il profilo dell'efficacia e della possibilità di passare in giudicato) guardando alla sua sostanza, come se l'errore giudiziario (sulla forma) non si fosse verificato. Se nei confronti di un provvedimento che ha forma e sostanza di sentenza sono esperibili gli ordinari mezzi d'impugnazione essi saranno esperibili anche verso una pronuncia alla quale si riconosce sostanza di sentenza in difetto di forma esteriore; così può essere impiegato dal soccombente il mezzo di controllo che la legge ricollega al provvedimento da emanarsi, e, se il giudice doveva rendere una sentenza ma ha statuito con ordinanza, questa sarà appellabile.

Con la riforma del giudice unico sono state superate anche le elaborazioni giurisprudenziali che avevano limitato l'utilità del menzionato principio (13). E non si pone più neppure l'ostacolo del requisito formale della sottoscrizione del provvedimento: sia l'ordinanza che la sentenza sono sottoscritte dallo stesso giudice, onde non sussiste difetto di sottoscrizione del provvedimento che ne impedisce la configurazione come sentenza.

5. - Resta però una puntualizzazione. Nella pronuncia in rassegna la Cassazione fa riferimento al caso in cui il contrasto tra i condividenti viene risolto con ordinanza dal giudice singolo dopo che sia stato

(11) CRISCUOLO, *Il contenzioso in tema di scioglimento delle comunioni: tecniche di conduzione*, in *Arch. civ.*, 2000, 953, e TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005, 229.

(12) LOMBARDI, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli, 2009, 260 ss., e *Sull'impugnazione dell'ordinanza che rende esecutivo il progetto di divisione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 305 ss.

(13) Vedi CARRATTA, *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della «sostanza» sulla «forma»*, in *Giur. it.*, 2000, 926, e *«Sostanza» del provvedimento abnorme e impugnazioni: le «sopravalutazioni formalistiche» della Cassazione*, in *Corriere giur.*, 2002, 1595.

«messo in moto il meccanismo relativo alla fase decisoria», ove cioè il comportamento errato del giudice si risolve nel dare all'atto una forma impropria; se l'ordinanza è resa in luogo della sentenza, si è in presenza di un'anomalia del provvedimento che dipende da un errore del giudice nell'individuazione della veste formale dello stesso, onde il ricorso alla regola della prevalenza della sostanza sulla forma è corretto.

Diverso, invece, è il caso in cui la controversia è risolta con ordinanza resa all'udienza o fuori udienza senza previa precisazione delle conclusioni e scambio di conclusionali e repliche. Qui ci sembra che l'errore non attenga propriamente alla forma del provvedimento ma alla via processuale intrapresa: il giudice ha chiuso subito il processo invece di aprire l'istruttoria per poi passare alla fase decisoria (14).

Il punto meriterebbe un maggiore approfondimento, che in questa sede non è consentito (anche perché non attiene al caso di specie), soprattutto dopo la novella del 2009 che ha evidenziato il profilo problematico riguardo all'ordinanza sulla competenza. Preme solo sottolineare che con specifico riferimento all'ordinanza ex art. 789, 3° comma, c.p.c., avevo ravvisato un *error in procedendo* dato dalla violazione del divieto di provvedere (15); il che condurrebbe in ogni modo all'appello.

6. - Percorrere la via dell'appello in luogo del ricorso straordinario in Cassazione offre il vantaggio di limitare l'uso del ricorso di cui all'art. 111 Cost. e rafforza l'orientamento dottrinale che da tempo si adopera per arginare il fenomeno dell'abuso di quest'ultimo mezzo di impugnazione. Sebbene si possa obiettare che l'accesso in Cassazione è solo rinviato, e non escluso, va tenuto conto che ad esso si giunge eventualmente e soltanto attraverso l'impugnazione della pronuncia del giudice di secondo grado; e il diaframma dell'appello fa sperare in una riduzione del contenzioso dei giudici di legittimità (16).

La posizione assunta ora dalla Cassazione rispetto all'ordinanza ex art. 788 c.p.c. dovrebbe tagliare le radici anche all'orientamento favorevole all'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza resa ex art. 789, 3° comma, c.p.c. in presenza di contestazioni e aprire così la prospettiva per una consapevole svolta anche rispetto a quest'ultima, provvedimento intorno al quale, giova ricordarlo, gravita la problematica della natura del giudizio divisorio (17). I tempi sono ma-

(14) Sull'ordinanza di convalida di licenza o sfratto, v. BALENA, *op. cit.*, 1550.

(15) LOMBARDI, *Sull'impugnazione*, cit., 311 ss., e *Contributo*, cit., 271, ma già ACONE, *Note sul giudizio di divisione per stralcio di quota*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, II, 139.

(16) TISCINI, *op. cit.*, 230, nota 481.

(17) Cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, 614, il quale sembrava costretto a prediligere la tesi negoziale giacché «la forma dell'ordinanza non impugnabile, prescelta nell'art. 789, non permette diversa conclusione: sarebbe inconcepibile che al

turi per una piena rivitalizzazione da me altrove suggerita del modello processuale attraverso il quale si addivene allo scioglimento delle comunioni (18).

RITA LOMBARDI

giudice istruttore fosse attribuito il compito di decidere la controversia, che gli è davvero inusitato».

(18) LOMBARDI, *Contributo*, cit., 343 ss.