

IL GIUDIZIO DIVISIONALE E LA DELEGA DELLE OPERAZIONI DI VENDITA EX ART. 788 C.P.C. NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

GASBARRINI Elisabetta

Sommario: 1. Premessa. Sezione I. Il giudizio divisionale. 2. Il giudizio divisionale e la sua strutturazione in fasi. Forma e contenuto dei provvedimenti conclusivi di fase. 3. L'unicità del giudizio di divisione giudiziale. 4. La forma del provvedimento conclusivo di fase e il suo regime di stabilità ex art. 785, ex art. 788 e ex art. 789. 5. Il difetto di contestazione e l'accordo dei condividenti 6. La contumacia non esime dall'onere di contestazione. 7. La natura degli effetti del provvedimento conclusivo di fase in generale. Sezione II. Il rinvio ex art. 788 c.p.c. alla disciplina processuale della vendita forzata. 8. Il provvedimento con cui si dispone la vendita del bene indiviso ex art. 788: scomponibilità in due provvedimenti con oggetto e regime di stabilità distinti. 8.1 La decisione sulla necessità della vendita. Natura e regime di stabilità. 8.2 L'ordinanza con cui si dispone la vendita ai sensi dell'art. 569, III comma c.p.c. Natura e regime di stabilità. 9. Il rinvio ex art. 788 al subprocedimento di vendita in sede forzata. Questioni interpretative. 10. Il rinvio ex art. 788 non riguarda la distribuzione delle somme ricavate dalla vendita. Precisazioni sulla fase di approvazione del progetto divisionale. 11. Il rinvio agli artt. 570 e ss. riguarda lo schema base della vendita con e senza incanto dall'avviso di vendita al decreto di trasferimento. 12. Il rinvio riguarda anche le norme della vendita forzata non espressamente richiamate, ma volte a garantire la competitività, la trasparenza e la stabilità della vendita. 13. Il rinvio ex art. 788 riguarda anche la delega al professionista, ma sono fatte salve le norme speciali del giudizio divisorio. Il criterio di compatibilità. 14. L'esclusione in sede divisionale pura dell'estensione del rinvio a tutte quelle norme della vendita forzata che presuppongono l'esistenza di un credito da soddisfare. 15. Se la vendita in divisione c.d. endoesecutiva sia disciplinata da disposizioni diverse dalla vendita in divisione c.d. pura. 15.1 Precisazioni su custodia e ordine di cancellazione delle formalità gravanti la quota pignorata in vendita endoesecutiva. 16. Conclusioni sul rinvio ex art. 788 al subprocedimento di vendita in sede forzata. Sezione III. Lo statuto della vendita forzata e la vendita in sede divisionale. 17. Lo speciale statuto della vendita forzata e le deroghe alla disciplina della vendita negoziale. Loro applicabilità in vendita divisionale secondo la più recente giurisprudenza di cassazione. 18. Le Sezioni Unite 25021/2019 e le deroghe alle nullità urbanistiche di cui agli artt. 40 L. 47/85 e 46 DPR 380/2001. 19. Gli spunti offerti dalla sentenza per la ricostruzione della disciplina della vendita in divisione pura e in divisione endoesecutiva. 20. Possibili conclusioni sull'applicabilità o meno di altre disposizioni previste in ambito negoziale alla vendita in divisione pura e in divisione endoesecutiva. 21. Conclusioni complessive.

Consiglio Nazionale del Notariato

IL GIUDIZIO DIVISIONALE E LA DELEGA DELLE OPERAZIONI DI VENDITA EX ART. 788 C.P.C. NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

di Elisabetta Gasbarrini

(Approvato dalla Commissione Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate il 30 maggio 2022)

ABSTRACT

Nel giudizio di divisione, la fase della liquidazione del bene non comodamente divisibile e il rinvio contenuto nell'art. 788 c.p.c. (alla disciplina processuale della vendita forzata) hanno da sempre posto diversi interrogativi all'interprete circa l'estensione di questo rinvio e le eventuali differenze tra vendita in sede espropriativa e vendita in sede divisionale.

Lo studio si propone, a distanza di 12 anni da un precedente studio del CNN, di verificare se vi sia stata una qualche evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Cassazione sul tema.

Per agevolarne la lettura, l'indagine è stata suddivisa in 3 sezioni: la prima, utile a contestualizzare le due successive, è dedicata al giudizio divisionale in genere e ai più recenti orientamenti sulla natura dei suoi provvedimenti conclusivi di fase; la seconda è dedicata alla fase della vendita del bene non comodamente divisibile e all'estensione del rinvio previsto dall'art. 788 c.p.c. alla vendita in sede espropriativa dal punto di vista procedimentale; la terza riguarda le condizioni della vendita e le differenze, se ve ne siano, tra vendita in sede divisionale e vendita in sede espropriativa.

L'indagine evidenzia una serie di decisioni interessanti, in particolare:

– quanto al rinvio alle norme processuali, diversi recenti pronunce della suprema Corte lo definiscono come un rinvio “sistematico”, non limitato ai soli articoli richiamati, ma esteso al complessivo meccanismo della vendita forzata (inclusi gli strumenti di impugnazione dei suoi atti), se pur nei limiti della compatibilità con la struttura della divisione;

– quanto, invece, alla disciplina e alle condizioni della vendita in sede divisionale, un recente arresto delle Sezioni Unite (in ambito di nullità urbanistiche) sembra indicare una nuova traccia interpretativa, capace di distinguere la divisione giudiziale (c.d. pura) e la relativa vendita, sia da quella forzata che da quella in divisione strumentale all'esecuzione forzata (c.d. endoesecutiva), ovvero quella della valutazione degli interessi pubblici tutelati dalle singole norme di diritto contrattuale e della loro prevalenza o meno rispetto alla tutela del credito. Il tutto nel rispetto delle caratteristiche ed esigenze di

stabilità del mezzo processuale utilizzato.

Sommario: 1. Premessa. Sezione I. Il giudizio divisionale. 2. Il giudizio divisionale e la sua strutturazione in fasi. Forma e contenuto dei provvedimenti conclusivi di fase. 3. L'unicità del giudizio di divisione giudiziale. 4. La forma del provvedimento conclusivo di fase e il suo regime di stabilità ex art. 785, ex art. 788 e ex art. 789. 5. Il difetto di contestazione e l'accordo dei condividenti 6. La contumacia non esime dall'onere di contestazione. 7. La natura degli effetti del provvedimento conclusivo di fase in generale. Sezione II. Il rinvio ex art. 788 c.p.c. alla disciplina processuale della vendita forzata. 8. Il provvedimento con cui si dispone la vendita del bene indiviso ex art. 788: scomponibilità in due provvedimenti con oggetto e regime di stabilità distinti. 8.1 La decisione sulla necessità della vendita. Natura e regime di stabilità. 8.2 L'ordinanza con cui si dispone la vendita ai sensi dell'art. 569, III comma c.p.c. Natura e regime di stabilità. 9. Il rinvio ex art. 788 al subprocedimento di vendita in sede forzata. Questioni interpretative. 10. Il rinvio ex art. 788 non riguarda la distribuzione delle somme ricavate dalla vendita. Precisazioni sulla fase di approvazione del progetto divisionale. 11. Il rinvio agli artt. 570 e ss. riguarda lo schema base della vendita con e senza incanto dall'avviso di vendita al decreto di trasferimento. 12. Il rinvio riguarda anche le norme della vendita forzata non espressamente richiamate, ma volte a garantire la competitività, la trasparenza e la stabilità della vendita. 13. Il rinvio ex art. 788 riguarda anche la delega al professionista, ma sono fatte salve le norme speciali del giudizio divisorio. Il criterio di compatibilità. 14. L'esclusione in sede divisionale pura dell'estensione del rinvio a tutte quelle norme della vendita forzata che presuppongono l'esistenza di un credito da soddisfare. 15. Se la vendita in divisione c.d. endoesecutiva sia disciplinata da disposizioni diverse dalla vendita in divisione c.d. pura. 15.1 Precisazioni su custodia e ordine di cancellazione delle formalità gravanti la quota pignorata in vendita endoesecutiva. 16. Conclusioni sul rinvio ex art. 788 al subprocedimento di vendita in sede forzata. Sezione III. Lo statuto della vendita forzata e la vendita in sede divisionale. 17. Lo speciale statuto della vendita forzata e le deroghe alla disciplina della vendita negoziale. Loro applicabilità in vendita divisionale secondo la più recente giurisprudenza di cassazione. 18. Le Sezioni Unite 25021/2019 e le deroghe alle nullità urbanistiche di cui agli artt. 40 L. 47/85 e 46 DPR 380/2001. 19. Gli spunti offerti dalla sentenza per la ricostruzione della disciplina della vendita in divisione pura e in divisione endoesecutiva. 20. Possibili conclusioni sull'applicabilità o meno di altre disposizioni previste in ambito negoziale alla vendita in divisione pura e in divisione endoesecutiva. 21. Conclusioni complessive.

1. Premessa

Il presente contributo nasce dall'idea di verificare, a 12 anni dallo studio del CNN sulla delega a notaio della vendita in sede divisionale^[1] e dopo i diversi contributi che il notariato ha dato al dibattito^[2], se vi sia stata un'evoluzione giurisprudenziale capace di dare risposta ai tanti interrogativi posti dall'art. 788 e dal suo rinvio alla vendita in sede esecutiva.

Il quadro che si presenta sembra indirizzare l'interprete verso una doppia indagine:

– la prima riguarda l'aspetto procedimentale e l'estensione del richiamo alle norme processuali del subprocedimento di vendita in espropriazione forzata (se a tutte le disposizioni o solo ad alcune, se intendendo il rinvio in modo rigido o modulato e adattato al diverso contesto processuale), con particolare interesse per il regime di impugnazione e di stabilità dei suoi atti^[3];

– la seconda riguarda, invece, i presupposti della vendita e le sue condizioni ed è volta a verificare le differenze, se ve ne siano, tra vendita giudiziale in sede esecutiva forzata e vendita giudiziale in sede divisionale c.d. pura ed, a valle di questa verifica, quale sia la disciplina da applicare nel particolare caso di divisione endoesecutiva.

Quanto alla prima delle due indagini percorribili, possiamo fin da ora dire che, essendo lo schema strutturale della vendita in sede espropriativa ispirato e governato:

- da taluni principi generali del processo (economicità ed efficienza dei mezzi processuali, giusto processo),
- da altri principi, altrettanto generali, tipici della vendita in sede giudiziale (imparzialità, trasparenza e competitività, a tutela dell'affidamento dei terzi che entrano in contatto con il sistema giudiziario per realizzarne la funzione di liquidazione dei beni),
- da altri principi, invece, specifici e inerenti la funzione cui quella vendita è preordinata (la soddisfazione del credito e la sua tutela),

sembra intuitivo e piano ritenere sempre integralmente richiamata anche nella vendita divisionale c.d. pura la disciplina della vendita esecutiva che sia espressione di principi generali del processo o di principi generali delle vendite giudiziali (di imparzialità e trasparenza) e non applicabile quella finalizzata unicamente alla prioritaria tutela del credito, cui la vendita divisionale non è preordinata, ma non sempre è semplice individuare con nettezza le finalità e gli interessi protetti da una norma, che talvolta sono molteplici e sovrapposti. Le questioni processuali sembrano poi porsi in modo ulteriormente diverso e specifico nel caso di vendita in divisione endoesecutiva (che appare connotata dalla legittimazione e dall'interesse all'azione esecutiva del ceto creditorio).

Quanto, invece, alla seconda indagine, sull'applicabilità o meno (sempre alla vendita divisionale “pura”) di alcune discipline previste in ambito negoziale e ritenute inapplicabili in vendita esecutiva^[4], l'indagine appare più complessa sotto due ulteriori profili, perché:

– se è vero che nella vendita in sede divisionale “pura” manca quella prioritaria tutela del diritto di credito, che è solitamente la principale ragione della sottrazione della vendita esecutiva a talune norme imperative in ambito negoziale^[5] è, altresì, vero che talune discipline della vendita negoziale sono considerate inapplicabili (o sono di fatto inapplicate) in ambito esecutivo, non tanto (o non solo) in virtù del prevalente interesse del ceto creditorio allo snellimento e celerità della procedura^[6], quanto invece perché ritenute riconducibili unicamente alla volontà negoziale delle parti^[7] e/o al loro intento speculativo (che a ben vedere potrebbero mancare o essere del tutto irrilevanti anche in taluni casi di vendita divisionale)^[8] o perché semplicemente incompatibili con la struttura della vendita giudiziale^[9] ;

– non è, comunque, chiaro come dare attuazione in ambito processuale a queste disposizioni, previste per disciplinare l'ambito negoziale, preservando il principio, insito al sistema processuale, della stabilità dei risultati dell'attività giudiziale^[10].

Ed è, infatti, sorto il problema di capire se l'eventuale elaborazione consolidata in ambito di vendita forzata possa ritenersi richiamata dal rinvio di cui all'art. 788 c.p.c. ed essere utilizzata per disciplinare anche la vendita giudiziale in sede divisionale o se il tema vi sia estraneo e debba essere affrontato secondo altri percorsi interpretativi^[11].

Come vedremo, le pronunce di Cassazione su questo tema sono poche e non conformi tra loro, ma di recente la Corte a Sezioni Unite, con una sentenza particolarmente interessante in tema di disciplina urbanistica e sua applicabilità o meno alla divisione giudiziale endoconcorsuale, ha fissato alcuni punti

fermi e offerto vari spunti di riflessione per un possibile futuro percorso interpretativo della disciplina della vendita giudiziale (anche in riferimento a normative diverse da quella urbanistica oggetto di decisione).

Quanto, poi, all'applicabilità alle vendite in sede divisionale "pura" di un istituto tipico e strutturato dell'espropriazione esecutiva, non espressamente richiamato nell'art. 788 c.p.c., come quello della custodia, previsto dagli artt. 559 e 560 c.p.c., il tema sembra esulare da questa indagine per la sua delicatezza e meriterebbe un apposito diverso approfondimento (da rinviare ad apposito studio).

La custodia, infatti, nella vendita esecutiva ha una duplice funzione (quella relativa alla conservazione e amministrazione dei beni e quella relativa alla migliore vendita possibile^[12]) e la liberazione dei beni è funzionale talora alla prima talaltra alla seconda.

Nel giudizio ordinario di divisione autonomo e c.d. puro, invece, la funzione di custodia e amministrazione dei beni oggetto di controversia è già altrimenti prevista, quando ne ricorrano i presupposti^[13] e lo schema previsto dagli artt. 559 e 560 per la liberazione endoesecutiva (non espressamente richiamato) non sembra sovrapponibile alla vendita in sede divisionale.

Resta il dato di fondo, che la vendita in sede divisionale pura è funzionale e nell'interesse diretto dei soli dividendi, mentre la vendita in sede forzata è sempre e solo funzionale alla soddisfazione del credito nell'interesse diretto del creditore (e solo indiretto del proprietario esecutato); che il processo di divisione è un giudizio di cognizione, se pure speciale^[14], articolato in fasi che fisiologicamente possono condurre a provvedimenti idonei al giudicato, mentre il giudicato è un fenomeno estraneo al procedimento esecutivo; che nel primo il contraddittorio è pieno e in taluni casi rafforzato per il c.d. contumace, nel secondo è del tutto attenuato e non si applica l'istituto della contumacia.

Tali caratteristiche del giudizio divisionale non vengono meno, secondo le più recenti pronunce di cassazione neppure nel caso di divisione c.d. endoesecutiva^[15].

Alla luce di queste premesse, pare utile, prima di esaminare l'ultima giurisprudenza in punto di vendita in divisione giudiziale, una rapida sintesi anche delle ultime evoluzioni giurisprudenziali in materia di giudizio di divisione giudiziale in generale:

- quanto alla sua strutturazione in fasi,
- quanto al regime delle sue preclusioni e
- quanto alla natura e stabilità dei suoi atti conclusivi di fase.

Questo per contestualizzare meglio il subprocedimento di liquidazione giudiziale dei beni della comunione e poter comprendere più agevolmente le presunte differenze (se ve ne siano) tra questo e quello in sede espropriativa forzata.

Lo studio si sviluppa ed è suddiviso, pertanto, in tre sezioni: la prima dedicata alla struttura del giudizio divisionale complessivo, la seconda dedicata al rinvio contenuto nell'art. 788 c.p.c. alla vendita in sede esecutiva dal punto di vista processuale, la terza relativa all'eventuale differenza di disciplina e condizioni (se vi sia) tra vendita forzata, vendita in divisione propria e vendita in divisione endoesecutiva. Il tutto alla luce della giurisprudenza di cassazione più recente.

Sezione I

Il giudizio divisionale

2. Il giudizio divisionale e la sua strutturazione in fasi. Forma e contenuto dei provvedimenti conclusivi di fase

Il procedimento di divisione giudiziale^[16] si compone di tre fasi o momenti essenziali che si concludono con provvedimento in forma di ordinanza o sentenza a seconda che siano insorte o meno contestazioni:

- una fase per disporre lo scioglimento della comunione dichiarando il diritto delle parti a parteciparvi (individuazione quote e legittimazione), che si conclude con provvedimento pronunciato ex art. 785 c.p.c.,
- una fase, solo eventuale, per disporre la vendita del bene non comodamente divisibile (e per cui non si disponga l'assegnazione), che si conclude con un provvedimento pronunciato ex art. 788 c.p.c. e che presuppone sempre la necessità della vendita (ex art. 720 c.c. c.p.c.), anche quando si esprime in una semplice ordinanza istruttoria di disposizione della vendita ex art. 569 c.p.c. cui l'art. 788 c.p.c. pure rinvia^[17],
- l'ultima fase conclusiva, per approvare il progetto di divisione finale che si conclude con provvedimento pronunciato ex art. 789 c.p.c. con individuazione ed attribuzione delle quote disuguali o con individuazione delle quote uguali a cui seguirà il sorteggio^[18] (la fase del sorteggio è eventuale e considerata meramente attuativa di quanto già processualmente stabilizzato^[19]).

Le prime due hanno natura strumentale, la terza realizza l'effetto divisorio^[20].

Se ci sono punti controversi (ovvero oggetto di formale contestazione da parte dei condividenti) per ciascuna fase, gli stessi debbono essere decisi con sentenza.

La sintesi dell'orientamento consolidato sul punto è ben esposto da **Cass. n. 880 del 23 gennaio 2012** tra le tante^[21].

Ne riportiamo uno stralcio che rappresenta anche una sintesi degli orientamenti attuali sugli snodi del processo divisionale: *“Secondo l'impostazione strutturale codicistica del procedimento di scioglimento delle comunioni (non rientrando nell'ambito dei giudizi sottoposti a riserva di collegialità secondo l'elencazione ora riportata nell'art. 50 bis c.p.c.), 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. Infatti, alla stregua dell'art. 785 c.p.c., 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** (v. l'art. 786 c.p.c.) 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 codice di rito.** Il giudice istruttore è tenuto a **predisporre un progetto di divisione (sul presupposto della “comoda divisibilità” dei beni che formano la comunione, la quale implica la possibilità concreta del loro frazionamento senza mutarne la destinazione originaria e senza che si rendano necessarie gravi limitazioni o eccessive servitù, oltre a non comportarne un eccessivo***

deprezzamento), che viene depositato in cancelleria con la contestuale fissazione dell'udienza per la sua discussione, ordinando **la comparizione delle parti condividenti (ivi incluse – secondo la dottrina e la giurisprudenza assolutamente dominanti – quelle rimaste contumaci)** oltre che dei creditori intervenuti. Peraltro, può prospettarsi, prima di far luogo all'approntamento del suddetto progetto, **l'indispensabilità che si debba procedere alla vendita di uno o più cespiti mobiliari facenti parte del patrimonio da dividere e, per tali ipotesi, gli artt. 787 e 788 c.p.c. prevedono che occorre procedere alle vendite con le forme della vendita forzata qualora non sorga controversia sulla necessità della vendita, mentre, nel caso contrario (o, anche, quando ci si trova in presenza di una pretesa dell'intero da parte di uno dei condividenti), 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 c.p.c. sancisce, al comma 3, che **se non sorgono contestazioni (e l'assenza di una o più parti si ritiene che implichi la medesima valenza non oppositiva, purché poste, comunque, preventivamente nella condizione di interloquire), lo stesso progetto viene dichiarato esecutivo con ordinanza** (qualificata esplicitamente come **“non impugnabile” e che, pur avendo un sostanziale fondamento negoziale, ha natura di provvedimento “sui generis”, inidoneo a passare in giudicato: cfr., da ultimo, Cass. 11 maggio 2009, n. 10798)** dal medesimo giudice, il quale, contestualmente, emana le disposizioni attuative necessarie per l'estrazione a sorte dei lotti (v., in proposito, Cass. 5 agosto 2005, n. 16493), alla stregua di quanto previsto dall'ultimo comma del citato art. 789 (a cui si correlano l'art. 195 disp. att. c.p.c. e art. 729 c.c.). In caso di prospettazione di contestazioni, lo stesso giudice è tenuto a provvedere a norma dell'art. 187 c.p.c. e, quindi, a definire il giudizio mediante la cd. soluzione contenziosa.”

La nota questione dell'alternanza di forme tra ordinanza e sentenza a seconda che vi sia stata o meno contestazione ha da sempre sollevato una serie di questioni in merito:

- al regime delle preclusioni di queste contestazioni^[22],
- al rilievo e al significato della contumacia in relazione all'onere di contestazione e alle eventuali sue preclusioni,
- al regime di impugnazione e di stabilizzazione del provvedimento conclusivo di fase e alla natura dei suoi effetti^[23].

Se fino agli anni 90 la pronuncia sulle singole fasi era distribuita tra istruttore (l'ordinanza in assenza di contestazioni) e collegio (la sentenza in caso di contestazioni) e si riteneva che la pronuncia sulla singola fase a mezzo di ordinanza non impedisse la successiva contestazione nel corso ulteriore del giudizio, successivamente abbiamo avuto due evoluzioni normative decisive in materia:

- il d.lgs. n. 58 del 98, ha stabilito la competenza dello stesso giudice istruttore in funzione di giudice monocratico nei giudizi di divisione;
- le riforme del processo civile dal 1990 in poi hanno previsto un sistema di preclusioni nel giudizio civile di cognizione di cui anche il giudizio divisionale deve tener conto^[24] (se pur nel rispetto delle proprie specificità).

Inoltre, il fenomeno della non contestazione è viepiù stato utilizzato dal legislatore come tecnica processuale per raggiungere risultati (capaci o meno di giudicato) in forma di ordinanza anche nei giudizi civili di cognizione contenziosa ed il giudizio divisionale non può che essere rivisitato anche alla luce di tale nuovo contesto processuale generale^[25].

3. L'unicità del giudizio di divisione giudiziale

Può essere utile precisare, sempre al fine di comprendere meglio la sua strutturazione in fasi, che il giudizio divisionale presenta tuttavia un carattere unitario e deve quindi considerarsi un processo unico avente per oggetto *l'accertamento sul diritto di ciascun convivente ad una quota ideale dell'asse ereditario e la sua trasformazione in un diritto di proprietà esclusiva su una corrispondente porzione di beni*[\[26\]](#).

Le sentenze pronunciate nell'ambito del giudizio divisorio (anche quelle pronunciate su domande diverse e proponibili in giudizio autonomo, quali la resa del conto, la collazione, l'impugnazione del testamento, la riduzione di disposizioni lesive di legittima) sono considerate secondo l'orientamento prevalente[\[27\]](#) *non definitive* in vista dell'unicità del giudizio divisionale (pertanto la loro impugnazione può essere riservata e sono idonee al giudicato[\[28\]](#)).

Ciò comporta dal punto di vista processuale che le sentenze possano essere impugnate con riserva, cioè con riserva di appello rinviato alla conclusione del giudizio (anche per una valutazione ponderata del proprio interesse all'impugnazione), ma se non lo siano, passano in giudicato e non possono essere riformate o annullate con la successiva sentenza definitiva conclusiva del procedimento[\[29\]](#).

L'ordinanza che segue alla pronuncia di una sentenza o ad altro provvedimento conclusivo di fase nel prosieguo delle operazioni è, però, considerata indipendente dall'eventuale impugnazione o riserva d'appello/passaggio in giudicato della sentenza non definitiva che la precede e questo pone delicate questioni[\[30\]](#):

- in caso di ordinanza conclusiva di fase pronunciata in assenza di contestazione, in merito alla preclusione o meno alle contestazioni successive,
- in caso di sentenza conclusiva di fase pronunciata in presenza di contestazioni, in merito alle conseguenze di un'eventuale successiva riforma della stessa.

Il tema è di particolare interesse per quel che ci riguarda sia in relazione al provvedimento conclusivo di fase ex art. 785 c.p.c. sul diritto dei conviventi alla divisione (con relativa individuazione delle quote di spettanza a ciascun comunista) sia in relazione alla stabilità del provvedimento con cui si disponga la vendita sul presupposto della sua necessità.

Ci si deve chiedere, cioè, se siano ammissibili contestazioni tardive sul diritto allo scioglimento della comunione[\[31\]](#) o sulla necessità della vendita o su tardive istanze di assegnazione del bene non comodamente divisibile[\[32\]](#) (quando si sia provveduto con ordinanza alla vendita) e cosa accada se sia poi riformata la sentenza pronunciata su contestazioni tempestive, quando ne sia stata fatta a suo tempo riserva[\[33\]](#), ma la vendita sia stata nel frattempo attuata e si sia pervenuti ad aggiudicazione o a decreto di trasferimento a favore di terzi.

La sentenza **Cass. n. 15504 del 13 giugno 2018** merita di essere segnalata, oltre che per la sua sintesi sugli snodi processuali del giudizio divisionale, per la dichiarata preclusione alle contestazioni successive in merito alla proprietà dei beni che ne sono oggetto, sia da parte dei conviventi costituiti che di quelli contumaci[\[34\]](#).

In un caso in cui un partecipante ad una divisione, (conclusasi con aggiudicazione a favore di altro convivente) aveva successivamente proposto domanda di accertamento di maturata usucapione di un bene che aveva fatto parte della divisione e dell'aggiudicazione, la Corte ha negato che fosse maturata usucapione in quanto:

- “... la domanda di scioglimento di una comunione contiene in sé, quale presupposto indeclinabile, la richiesta di accertamento, in caso di contestazione, della comunione stessa (Cass. n. 12003/1992)[\[35\]](#)”,

– “... costituisce tipicamente contestazione del diritto alla divisione, da risolvere con sentenza non definitiva, la deduzione con la quale uno dei condividenti neghi l'appartenenza alla massa di un singolo bene oggetto della domanda (cfr. Cass. n. 6960/1996)[36]”,

– “... coerentemente con tale impostazione è stato precisato che «il soggetto che vanti l'acquisto della proprietà di un bene immobile per usucapione non può, nel contempo, introdurre un giudizio per la divisione del bene stesso, poiché la relativa domanda si pone in termini di assoluta incompatibilità con l'originaria pretesa di usucapione» (Cass. n. 8815/1998).

La portata di tale incompatibilità va precisata con riferimento al principio che il giudizio di divisione «si deve svolgere nei confronti di tutti i partecipanti alla comunione, i quali sono tutti sul medesimo piano ed hanno tutti eguale diritto alla divisione, essendo tale divisione a carattere universale e unitario sulla base di un rapporto plurisoggettivo indivisibile» (Cass. n. 4353/1980) (...),

– “... da tali principi ne discende che il compartecipe, il quale si ritenga proprietario per usucapione di un bene in comunione, non solo non può, come è del tutto ovvio, iniziare lui il giudizio di divisione, ma, se sia stato convenuto per la divisione giudiziale da uno o più degli altri compartecipi, non può tralasciare di far valere l'usucapione nel giudizio iniziato da altri. In caso contrario, se egli non abbia contestato il diritto alla divisione di quel determinato cespite, lasciando che il giudizio seguisse il suo corso ordinario fino al provvedimento conclusivo, non può poi opporre l'usucapione al condividente al quale quella porzione sia stata assegnata, **né tanto meno all'aggiudicatario qualora quella stessa porzione sia stata venduta agli incanti**)[37]”.

– “... **i principi di cui sopra**, sulla natura e l'effetto della divisione nei rapporti fra compartecipi e loro aventi causa, **non soffrono deroga nel caso che uno dei compartecipi sia rimasto contumace**: il pregiudizio che ne deriva dipende esclusivamente dalla inattività della parte che, per libera determinazione, è rimasta contumace (cfr. Cass. n. 11523/1995).”

4. La forma del provvedimento conclusivo di fase e il suo regime di stabilità ex art. 785, ex art. 788 ed ex art. 789

Nella previsione normativa, in caso di contestazioni, il provvedimento conclusivo di fase deve avere forma di sentenza, impugnabile con appello, mentre in difetto di contestazioni, assume forma di ordinanza che in un caso (quello di approvazione del progetto divisionale finale) è espressamente dichiarata non impugnabile.

Si è posto, però, il problema del provvedimento preso in forma di ordinanza nonostante le contestazioni sollevate e del provvedimento in forma di ordinanza e in assenza di formali contestazioni, ma in violazione delle norme che tutelano il diritto delle parti a presentarne[38].

Dopo alcune incertezze interpretative[39] e il prevalere di un certo orientamento secondo cui il provvedimento preso in forma di ordinanza anche in presenza di contestazioni avrebbe dovuto essere sempre ricorribile in Cassazione ex art. 111 Cost. in quanto decisorio[40] e quello assunto in difetto di regolare convocazione ai contumaci (ove prevista), invece, avrebbe dovuto essere oggetto di un *actio nullitatis* esperibile in qualsiasi tempo, ma al di fuori del processo[41], attualmente, a seguito della pronuncia **delle Sezioni Unite[42]n. 16727 del 02 ottobre 2012[43]**, si può dire definitivamente consolidato l'orientamento secondo cui:

– in presenza di contestazioni (risolte espressamente o implicitamente o la cui valutazione sia stata del tutto omessa dal giudice istruttore) il provvedimento conclusivo di fase preso erroneamente in forma di ordinanza (e indipendentemente dalla circostanza che sulla contestazione vi sia stata espressa

decisione) ha sempre natura di sentenza e resta impugnabile in appello;

– il provvedimento conclusivo di fase, invece, pronunciato in difetto di contestazioni (a seguito di un iter procedurale regolare), si basa su un presunto consenso, pertanto, non è mai decisorio e si esprime in un’ordinanza non impugnabile (neppure a mezzo di ricorso per cassazione ex art. 111 Cost.)[\[44\]](#).

Tale orientamento consolidato riguarda tutti i tipi di provvedimento conclusivi di fase, anche quello che dispone la vendita[\[45\]](#).

Quanto, poi, al particolare caso del progetto divisionale approvato con ordinanza, in difetto di contestazioni formali, **ma viziato dalla mancata regolare comunicazione a tutti i condividenti (in ipotesi anche contumaci)** del suo deposito e dell’udienza di sua approvazione, sembra ormai ridimensionata anche l’opinione di Cassazione a Sezioni Unite n. 2317 del 1995 secondo cui lo stesso sarebbe stato sottratto a qualsiasi impugnativa processuale giudiziale in quanto non decisorio, del tutto invalido sul piano contrattuale e impugnabile solo con *actio nullitatis* al di fuori del processo (dai soggetti esclusi dalla sua discussione).

Dall’argomentazione utilizzata da **Cass. S.U. 16727 del 2012** (ripresa da altre sentenze delle sezioni semplici[\[46\]](#)) sembra ormai potersi desumere che, anche in tale caso, laddove la parte abbia interesse alla rimozione dell’atto processuale viziato (anche se inesistente), *“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 c.p.c”*., dovrebbe essere ammessa l’impugnazione giudiziale del provvedimento (oltre ad una generica *actio nullitatis*).

Si legge (in merito all’ordinanza di approvazione del progetto pronunciata in presenza di contestazioni, ma con argomentazioni che sembrano calzanti anche nel caso dell’ordinanza viziata dal difetto di convocazione di tutte le parti all’udienza di discussione del progetto): *“Pertanto, quand’anche volesse predicarsi la possibilità dell’actio nullitatis, ciò non precluderebbe la proposizione del rimedio impugnatorio da individuarsi in base alla natura sostanziale dell’atto oggetto di impugnazione*[\[47\]](#).

5. Il difetto di contestazione e l’accordo dei condividenti

In giurisprudenza è assolutamente consolidato l’orientamento che riconduce la contestazione ad un atteggiamento esplicito ed inequivoco da far valere formalmente.

Quanto alla pronuncia sulla necessità della vendita la contestazione deve esplicitarsi in concrete obiezioni[\[48\]](#).

Quanto al caso di approvazione del progetto divisionale ex art. 789, il presunto accordo, che l’orientamento prevalente riconduce alla mancanza di contestazione, sussiste in difetto di formale contestazione all’udienza di approvazione[\[49\]](#). La contestazione non può essere implicita e in sua mancanza (e salvo che non ri rilevi altro vizio per difetto di regolare convocazione) mancherebbe poi l’interesse ad impugnare di chi non si sia formalmente opposto[\[50\]](#).

6. La contumacia non esime dall’onere di contestazione

Siccome nelle divisioni giudiziali la contumacia è un fenomeno fisiologico, è importante puntualizzare quale sia l’orientamento consolidato e tuttora prevalente in relazione a contestazione e contumacia.

E' pacifico che la contumacia non equivalga di per se' a contestazione e che la contestazione debba sempre essere espressa e concreta[51] anche da parte dei contumaci.

La tutela dei contumaci è, però, rafforzata e garantita dall'art. 789 (e 790-791 nel caso di delega delle operazioni divisionali a notaio) che impone una comunicazione specifica del progetto divisionale e dell'udienza di sua approvazione a tutti i condividenti (anche i contumaci per pacifica e consolidata opinione) per metterli in condizione di esprimere l'eventuale disaccordo.

Per quanto riguarda la prima fase e il suo provvedimento conclusivo (di dichiarazione del diritto allo scioglimento della comunione), la convocazione dei contumaci risale alla citazione e all'eventuale integrazione del contraddittorio e, in assenza di espressa contestazione, la pronuncia presa in forma di ordinanza, sul presunto accordo appunto, è ritenuta non impugnabile giudizialmente anche in presenza di parti regolarmente convenute, ma dichiarate contumaci[52].

Per quanto riguarda, invece, la pronuncia conclusiva del procedimento, quella di approvazione del progetto divisionale finale, come detto, è pacifico[53] che la stessa debba essere sempre preceduta dal deposito del progetto in cancelleria e dalla comunicazione dell'udienza di approvazione a tutte le parti anche contumaci (i condividenti), per consentirne la discussione e l'eventuale contestazione[54].

Si legge nelle pronunce assolutamente omogenee sul tema che, rispetto alla previsione di cui all'art. 292 c.p.c., il giudizio divisionale ha questa sua specificità (peraltro eccezionale e non estendibile per analogia ad altri atti).

In difetto di tale comunicazione, l'approvazione è del tutto viziata[55] e, quando pronunciata in forma di ordinanza, la stessa è un provvedimento da ritenersi anche ricorribile in Cassazione[56] oltre che impugnabile a mezzo di *actio nullitatis* in ogni tempo da parte di chi non ne sia stato notiziato[57]. Ci sembra in proposito che dall'argomentazione di **Cass. S.U. 16727 del 2012**[58] possa desumersi il consolidamento di un cambio di opinione in proposito già testimoniata da pronunce delle sezioni semplici[59].

Per quanto riguarda, infine, la pronuncia ex art. 788 **sulla necessità della vendita**, nessun onere di apposita comunicazione preventiva è ritenuto sussistere a favore dei contumaci.

Resta, comunque, anche in questo caso l'onere di tempestiva contestazione sulla quale il giudice decide con sentenza impugnabile in appello.

In assenza di concrete contestazioni la non comoda divisibilità e la necessità della vendita sono dichiarate con ordinanza, ritenuta non impugnabile in quanto non decisoria, ma revocabile e modificabile dallo stesso giudice[60].

In sostanza i condividenti che, nella loro libera determinazione, scelgano di restare contumaci rinunciando all'attiva partecipazione al processo ne subiscono gli esiti al di fuori di ciò che loro garantisce l'art. 292 (in generale) e l'art. 789 (in particolare a proposito del progetto divisionale finale).

7. La natura degli effetti del provvedimento conclusivo di fase in generale

Secondo l'orientamento maggioritario e oggi consolidato il provvedimento pronunciato in presenza di contestazione, indipendentemente dalla sua forma, ha sempre natura e sostanza di sentenza, impugnabile con appello e idoneo al giudicato; il provvedimento, invece, pronunciato a seguito di iter regolare[61], ma in assenza di contestazione e in forma di ordinanza non sarebbe mai decisorio, quindi non impugnabile neppure per ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost., ma, se pur non idoneo al giudicato[62], avrebbe un'efficacia preclusiva analoga ad esso.

Sulla natura del provvedimento conclusivo della prima fase (ex art. 785) assunto in forma di ordinanza in assenza di contestazioni da ultimo si è pronunciata **Cass. 2951 del 7.02.2018** secondo cui:

“Il giudizio di divisione si compone di una fase dichiarativa, avente ad oggetto l’accertamento della comunione e del relativo diritto potestativo di chiederne lo scioglimento, e di una esecutiva, volta a trasformare in porzioni fisicamente individuate le quote ideali di comproprietà sul bene comune. Secondo la dottrina maggioritaria e più recente, la prima delle due fasi è la sola necessaria, nel senso che l’accertamento positivo del diritto in comunione e dell’inesistenza di ragioni ostative al suo scioglimento è prodotto, alternativamente, dall’ordinanza che ai sensi dell’art. 785 c.p.c. dispone la divisione o dalla sentenza che, emessa in base all’ultimo inciso della medesima norma, statuisce in maniera espressa sul diritto stesso. Ne consegue che un diverso accertamento in altra sede giudiziale, successivo alla definizione della causa divisoria, è precluso pro iudicato nel primo caso ed escluso dal giudicato esplicito nel secondo.

Ciò non significa — si badi — che l’ordinanza che dispone la divisione in assenza di contestazioni ovvero quella che provvede a norma dell’art. 187, indirizzando il procedimento verso una sentenza sul diritto alla divisione, possiedano una propria efficacia di giudicato. Piuttosto è a dire che la non contestazione attribuisce all’esito finale del procedimento, che si concluda con l’ordinanza non impugnabile ex art. 789, terzo comma, c.p.c., la medesima stabilità del giudicato sul diritto allo scioglimento della comunione pronunciato con sentenza.” [\[63\]](#)

Tale sentenza ci dice, una volta per tutte, che l’ordinanza ex art. 785 assunta correttamente (in assenza di contestazioni e previa integrazione del contraddittorio) nell’ambito di un giudizio che si concluda pure con ordinanza ex art. 789 (in assenza di contestazioni e previa comunicazione del progetto e dell’udienza a tutti i condividenti) ha la medesima stabilità del giudicato sul diritto allo scioglimento della comunione (quindi sulle quote e la qualità di eredi).

Quando invece, l’una o l’altra pronuncia siano state assunte nonostante la presenza di contestazioni, abbiamo visto che le stesse hanno natura di sentenza e sono impugnabili con appello, destinate comunque a stabilizzarsi una volta passate in giudicato.

Al di fuori, pertanto, del caso di mancata integrità del contraddittorio (per l’esistenza, ad esempio, di un condividente escluso)[\[64\]](#) e di quello di mancata comunicazione del progetto divisionale e dell’udienza fissata a tutti i condividenti[\[65\]](#), eventuali questioni sui diritti e sulle quote spettanti a ciascuno e risolte con il provvedimento ex art. 785 c.p.c. non dovrebbero poter essere rimesse in discussione nel corso del giudizio o, comunque, dopo la sua conclusione, in quanto coperte dal giudicato o precluse.

Il tema prettamente processuale della preclusione interseca il tema dell’idoneità al giudicato e, nel caso del giudizio divisionale, si atteggia con caratteristiche del tutto peculiari[\[66\]](#).

Se in passato si è talvolta ritenuto che, nonostante le sentenze non definitive siano idonee al giudicato e il giudice che le abbia pronunciate non abbia potere di revocarle (Cass.2570/1981), gli eventuali mutamenti successivi rilevati nel corso del procedimento, tali da modificare i presupposti della sentenza, potessero consentire uno scostamento dal precedente giudicato (in merito all’individuazione dei coeredi, ai beni della massa e al loro valore[\[67\]](#)), più di recente, invece, l’evoluzione normativa sul giudizio di cognizione e l’interpretazione giurisprudenziale sembrano orientate ad un più rigido regime di preclusione anche nel giudizio divisionale[\[68\]](#).

8. Il provvedimento con cui si dispone la vendita del bene indiviso ex art. 788: scomponibilità in due provvedimenti con oggetto e regime di stabilità distinti

Quanto, infine, alla pronuncia sulla necessità della vendita e alla sua natura, occorre precisare che è del tutto pacifica e consolidata la ricostruzione del provvedimento assunto ai sensi dell'art. 788 c.p.c. come scomponibile in due provvedimenti con natura ed oggetto diversi:

- quello relativo alla non comoda divisibilità del bene e alla necessità della vendita[\[69\]](#), e
- quello relativo all'attuazione della vendita e alle sue condizioni di cui al rinvio all'art. 569, III comma.

Dottrina e giurisprudenza concordano sulla distinzione[\[70\]](#) e sul diverso regime di loro stabilità ed impugnazione. Qui si trova uno degli snodi centrali della prima delle due questioni che qui interessano: ovvero la portata del rinvio in ambito divisionale alla disciplina della vendita in ambito di esecuzione forzata (individuale) in relazione alla sua struttura ovvero dal punto di vista strettamente procedimentale.

Si tratta di un rinvio relativo al secondo dei due provvedimenti e alla sequenza procedimentale da esso retta consistente nella liquidazione dei beni. Ma andiamo con ordine.

8.1 La decisione sulla necessità della vendita. Natura e regime di stabilità

Il provvedimento relativo alla non comoda divisibilità del bene e alla necessità della sua vendita è un provvedimento che ha sempre tutte le caratteristiche dei provvedimenti del giudizio divisorio[\[71\]](#) ed è soggetto ai rimedi dell'ordinario giudizio di divisione e mai a quelli previsti per il procedimento esecutivo[\[72\]](#).

Ne abbiamo già parlato (in punto di non necessità di comunicazione personale al contumace e in relazione alla sua forma di sentenza in caso di contestazioni e di ordinanza in difetto di contestazioni [\[73\]](#)).

Quando preso in forma (o contenuto) di sentenza (cioè nonostante la presenza di contestazioni), sarà appellabile ed idoneo al giudicato, quando, invece, preso in forma di ordinanza (cioè in assenza di contestazioni o di richiesta di attribuzione da parte di un condividente) viene comunemente ritenuto non decisorio, quindi non impugnabile, ma modificabile revocabile nel corso del processo[\[74\]](#).

Tale decisione, nel dichiarare la necessità della vendita, è il presupposto dell'altro provvedimento, cioè l'ordinanza che dispone (di solito contestualmente) le condizioni e le modalità della vendita in sede divisionale e che ha contenuto analogo, invece, a quella di autorizzazione alla vendita in sede esecutiva.

Il tema dei rapporti tra le due decisioni si intreccia con quello della preclusione a contestare successivamente la necessità della vendita (in quanto – ad esempio- siano cambiate le condizioni e il bene si ritenga comodamente divisibile o in quanto un condividente ne chieda l'assegnazione[\[75\]](#)) e con quello della tutela dell'affidamento dei terzi nel caso in cui la vendita sia stata attuata nonostante l'impugnazione della decisione sulla sua necessità.

Si possono, pertanto, porre le seguenti domande di ordine processuale e di interesse per la stabilità dell'eventuale vendita che sia stata nel frattempo disposta con l'ordinanza (o la sentenza) dal contenuto di cui all'art. 569, III comma:

– in caso di prelieve contestazioni sulla necessità della vendita occorre attendere il giudicato sulla sentenza che viene pronunciata o si può comunque procedere con la vendita del bene dichiarato indivisibile?

– se, come visto, l'appello o la riserva di appello non impediscono la prosecuzione delle operazioni di vendita, cosa succede se l'appello riformi la sentenza che ha dichiarato la necessità della vendita, nel caso in cui la vendita sia nel frattempo proseguita[76]?

– laddove, invece, non vi sia stata contestazione e la vendita sia stata disposta con ordinanza (ritenuta pacificamente modificabile e revocabile in ogni tempo) la sua revoca o modifica può intervenire in qualsiasi momento o esiste un principio di tutela dei terzi interessati all'acquisto simile a quello disciplinato in ambito esecutivo[77] ?

Tutte le pronunce trovate (recenti) che ribadiscono la possibilità di rimettere in discussione le operazioni divisionali nel frattempo proseguite (proprio per il caso di riforma di una sentenza pronunciata ex art. 788) si riferiscono sempre al caso di rigetto di un'istanza di assegnazione[78] o di negazione della necessità della vendita, a cui sia seguito un progetto di divisione in natura, casi in cui si è ritenuto che la riforma della decisione sulla necessità della vendita possa travolgere il progetto divisionale in natura nel frattempo approvato, ma non si riferiscono mai al caso diverso in cui sia stata impugnata la decisione sulla necessità della vendita e la vendita sia nel frattempo avvenuta[79].

Non trattano cioè del conflitto tra l'interesse della parte che ha impugnato e quello del terzo che abbia fatto affidamento sulla vendita giudiziale disposta con ordinanza.

Cass. S.U. n.18185 del 29 luglio 2013, a cui era stata rimessa la questione di diritto[80], l'ha ritenuta assorbita nel caso di specie, ma nel rinvio effettuato al giudice di merito[81] sembra dare per presupposta l'applicabilità dell'art. 2929 c.c. e del principio di tutela dell'affidamento del terzo in esso consacrato (in merito ai vizi di atti che abbiano preceduto la fase della vendita) anche al giudizio divisionale.

8.2 L'ordinanza con cui si dispone la vendita ai sensi dell'art. 569, III comma c.p.c. Natura e regime di stabilità.

Il provvedimento che dispone le modalità e condizioni della vendita alla stregua dell'ordinanza di cui all'art. 569, III comma, è, invece, oggi pacificamente considerato un atto sottoposto al regime di stabilità e di impugnazione degli atti esecutivi (in particolare all'opposizione ex art. 617 c.p.c.)[82].

L'ipotesi interpretativa, che era già emersa in dottrina e giurisprudenza, è stata definitivamente suggellata dalla **Cassazione a Sezioni Unite n. 18185 del 29 luglio 2013**[83], nella quale si è chiarito una volta per tutte che il rinvio di cui all'art. 788 alle norme sulla vendita forzata è un rinvio di sistema ad una fase tecnicamente ben individuata che non può non richiamare anche il suo apparato rimediale.

In un articolato caso di impugnazioni degli atti e del risultato della vendita in una divisione giudiziale "pura", la suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi su quale fosse il meccanismo dei rimedi quanto agli atti del giudice istruttore o del professionista delegato relativi al procedimento di vendita; in particolare se gli stessi siano soggetti alla procedura ex art. 617 e 618 c.p.c.[84].

L'ordinanza di rimessione parla estesamente dell'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 788 secondo cui tutto l'apparato del processo esecutivo debba essere applicabile e quindi anche le norme relative ai *"rimedi esperibili relativamente alla regolarità dei singoli atti, specificamente ai rimedi dell'art. 591*

ter c.p.c., ed al rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi"[85].

La sentenza, dopo aver citato i precedenti secondo cui gli atti del subprocedimento di vendita dovrebbero utilizzare le impugnazioni oppositive del processo esecutivo[86] e aver preso le distanze da un precedente di segno contrario[87] ha ritenuto:

– puntuale l'osservazione che la finalità del procedimento di vendita dei beni immobili non è diversa nel giudizio divisorio o nel processo esecutivo: si deve convertire in controvalore monetario il bene oggetto di comunione, sicché vi è *“una esigenza di coerente semplificazione e uniformazione dello strumento giuridico”*,

– che l'esplicito insistito rinvio alle norme sull'espropriazione forzata da parte del legislatore delle varie riforme è la manifestazione di un richiamo da intendersi come *“sistematico”*,

– che *“non avrebbe senso infatti scandire il procedimento di vendita con i passi del processo esecutivo e sovrapporgli un apparato rimediale del tutto diverso, privo di quell'efficacia e di quella celerità che deriva sia dalla tipologia di opposizioni, sia dal meccanismo della sanatoria processuale.”*

La decisione, oltre a ribadire l'impugnabilità del decreto di trasferimento e degli atti del subprocedimento di vendita secondo il meccanismo tipico dell'opposizione ex art. 617 c.p.c., sembra dare per scontata l'applicabilità di tutto l'apparato rimediale della vendita forzata, incluso il ricorso ex art. 591 ter contro gli atti del delegato.

Nel caso concreto si lamentava sia la nullità dell'aggiudicazione e della vendita che era seguita alla nullità della determinazione anteriore e presupposta sulla necessità della vendita (che si contestava non avesse considerato l'istanza di attribuzione proposta) sia altri vizi inerenti il decreto di trasferimento.

La Corte stigmatizza l'errore della sentenza di appello nella parte in cui non ha applicato il sistema rimediale e le relative decadenze proprie degli atti del processo esecutivo, che avrebbe portato all'inammissibilità della tardiva impugnazione del decreto di trasferimento per i vizi formali con essa proposti tardivamente e non si è soffermata sulla diversa questione rilevante ovvero se la contestazione sul diritto di attribuzione e sulla invalidità del provvedimento che aveva dichiarato la necessità della vendita non fosse una di quelle situazioni invalidanti suscettibili di rilievo nel corso ulteriore del processo, idonea anche a travolgere la vendita già effettuata.

Si tratta del tema dell'applicabilità dell'art. 2929 c.c. anche alla vendita in sede divisionale, questione che la sentenza non ha trattato direttamente rinviando al giudice di merito, ma che sembra presupposta come schema concettuale nell'argomentazione della motivazione.

La sentenza, resa a sezioni unite, è rilevante ed interessante non solo nella parte in cui dichiara (nel singolo caso) inammissibile l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 contro il decreto di trasferimento per decorso dei termini per proporla (presupponendola come mezzo per far valere i vizi della vendita e sancendo la stabilizzazione della stessa per mancato tempestivo rilievo dei suoi vizi, come in esecuzione forzata), ma –soprattutto- laddove dichiara che la finalità del procedimento di vendita dei beni immobili non è diversa nel giudizio divisorio o nel processo esecutivo e dove parla di un richiamo ex art. 788 che va inteso come *“sistematico”*.

9. Il rinvio ex art. 788 al subprocedimento di vendita in sede forzata. Questioni interpretative.

La lettura della pronuncia delle Sezioni Unite e di altre pronunce successive rende sufficientemente chiaro che la fase della liquidazione dei beni in ambito divisionale condivide con quella esecutiva l'esigenza di trasformare il bene che ne sia oggetto in danaro.

L'identità di funzione base giustifica la scelta legislativa di avvalersi del complessivo apparato strutturale e procedimentale tipico della fase di liquidazione dei beni in ambito esecutivo, inteso come un sistema tecnicamente testato di cui possano, pertanto, intendersi richiamati gli aspetti procedurali funzionali alla trasformazione del bene in danaro e alla correttezza dell'iter per raggiungerla^[88].

In via letterale, il rinvio contenuto nell'art. 788 è esplicitamente riferito, in prima battuta, all'ordinanza ex art. 569, III comma, poi alla vendita ex art. 570 e ss. e, al suo ultimo comma, alle operazioni *affidate ad un professionista*^[89].

Le questioni interpretative che si pongono riguardano quanto questo rinvio debba intendersi esteso:

– se solo alle norme della vendita senza incanto, che vanno dall'art. 570 all'art. 574 (senza dubbio espressamente richiamate) o anche a quelle della vendita senza incanto dall'art. 576 sino all'art. 591 (da considerare come un unico sistema organizzativo circolare e completo) e se sia incluso anche il richiamo alla delega delle operazioni ex art. 591 bis;

– se possano ritenersi richiamate anche altre norme ed istituti della vendita esecutiva che sono preliminari all'attuazione delle operazioni di vendita in senso stretto e che sono previste in ambito esecutivo in una fase propedeutica all'emissione dell'ordinanza ex art. 569, collocate topograficamente prima dell'art. 570 (acquisizione della documentazione ipocatastale, di un elaborato peritale, disciplina sulla pubblicità dell'avviso di vendita, ecc.);

– se possano intendersi richiamate le disposizioni che completano il sistema della vendita forzata rispondendo ad esigenze di economia ed efficienza del processo (in generale) e della vendita (in particolare), quali: l'art. 631 sulla non necessaria comparizione delle parti all'udienza di vendita e (oltre all'art. 617 per l'impugnazione del decreto di trasferimento di cui si è già detto) l'art. 591 ter (nella misura in cui si applichi l'art. 591 bis) sulle impugnazioni degli atti del professionista delegato alla liquidazione;

– se il richiamo vada comunque inteso in modo rigido e automatico o se occorra sempre un controllo di compatibilità sia con le norme processuali espressamente previste per il giudizio divisionale che con le norme e gli istituti generali del giudizio ordinario di cognizione, destinati a prevalere in particolare se posti a tutela di prerogative e diritti delle parti condividenti^[90];

– se, pertanto, sia corretto escludere l'applicabilità alla vendita in sede divisionale di tutte quelle disposizioni della vendita forzata funzionali (non tanto alla liquidazione dei beni quanto) alla soddisfazione dei crediti e/o comunque di tutela del ceto creditorio^[91];

– se vi sia spazio per distinguere la struttura processuale applicabile al caso di vendita in sede divisionale c.d. pura da quella in caso di vendita in divisione c.d. endoesecutiva^[92].

Prima di vedere quali indicazioni sembra possibile trarre dalle sentenze di cassazione degli ultimi 12 anni, sembra –però- utile (ad evitare ulteriori equivoci) chiarire che il rinvio di cui all'art. 788 si riferisce esclusivamente alle operazioni di liquidazione dei beni immobili e non alla successiva fase conclusiva del giudizio divisionale, stante l'ontologica differenza funzionale complessiva (che si traduce anche in differenza strutturale) tra giudizio divisorio e giudizio esecutivo^[93].

10. Il rinvio ex art. 788 non riguarda la distribuzione delle somme ricavate dalla vendita. Precisazioni sulla fase di approvazione del progetto divisionale

Il giudizio di scioglimento della comunione, abbiamo già detto, si conclude e raggiunge il suo scopo con l'approvazione del progetto divisionale ai sensi degli artt. 789 e ss., con cui si assegnano in proprietà esclusiva a ciascun condividente beni in natura (o loro equivalente in danaro) in misura proporzionale e corrispondente alla quota di comproprietà sul compendio comune.

Il progetto (redatto ai sensi degli artt. 718-729 c.c.) può, quindi, attribuire ai singoli condividenti determinati beni in natura (e prevedere conguagli) o individuare quote o frazioni di quote uguali di determinati beni in natura da sorteggiare tra gli stessi, oppure, nel caso di unico bene non comodamente divisibile venduto a terzi, può consistere nella distribuzione del ricavato dalla vendita in proporzione alle quote spettanti a ciascuno.

Secondo l'orientamento tradizionale e consolidato in giurisprudenza, siccome il giudizio divisionale ha una natura tale da consentirgli di avere uno sviluppo (alternativamente) contenzioso o negoziale^[94], visto il ruolo che in esso gioca la contestazione, il progetto divisionale approvato dal giudice con ordinanza ex art. 789, in assenza di formali contestazioni, sarebbe sottratto alle impugnative della sentenza idonea al giudicato, proprio perché l'ordinanza si limiterebbe a dare atto dell'esistenza di un (presunto) regolamento divisionale negoziale tra i condividenti^[95].

Molte pronunce ci dicono che neppure la contumacia, laddove il progetto sia comunicato ritualmente e non contestato, impedisce il formarsi di una sorta di accordo ex art. 789^[96].

L'ordinanza di approvazione del progetto divisionale, a seguito di un iter procedurale corretto e in assenza di contestazioni, viene, pertanto, pacificamente ritenuta un provvedimento privo di qualsiasi carattere decisorio, non impugnabile con mezzi giudiziali, ma comunque preclusivo delle contestazioni non fatte tempestivamente valere nel giudizio^[97].

Quando, invece, sussista contestazione sul progetto divisionale, in assenza di un nuovo accordo su un diverso progetto, è pacifico che si debba pronunciare il giudice con sentenza soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione e idonea al giudicato^[98].

La questione non può non interessare anche il professionista incaricato della vendita (ex art. 788 c.p.c.), il quale, una volta emesso il decreto di trasferimento e provveduto ai conseguenti adempimenti, dovrà sempre rimettere gli atti al Giudice Istruttore per il prosieguo delle operazioni divisionali.

Se poi il professionista incaricato della vendita (in ipotesi notaio^[99]) venisse incaricato anche della redazione del progetto divisionale delle somme ricavate, lo stesso dovrebbe attenersi alle norme tipiche del giudizio divisionale (artt. 790 e 791 c.p.c.) evitando confusioni con quelle previste in esecuzione forzata, in quanto:

– il progetto divisionale è altro rispetto al progetto di distribuzione delle somme ricavate dalla vendita in sede espropriativa^[100]. Ha una sua espressa diversa disciplina e una diversa funzione: di trasformazione del diritto comune di ciascuno in esclusivo sui beni corrispondenti alla propria quota nella divisione, di soddisfazione coattiva del credito nella esecuzione (distinzione che si esprime, ad esempio, nel principio per cui le spese che sono servite a condurre il giudizio alla sua conclusione sono poste a carico della massa, mentre quelle necessitate dalle eccessive pretese o da inutili resistenze ingiustificate di una parte sono poste a suo carico secondo i principi generali della soccombenza^[101]; nel principio per cui le spese legali di ciascuna parte restano a proprio carico^[102], nella circostanza per cui non è fisiologico riconoscere al creditore ipotecario -anche quello di cui sia stata cancellata l'ipoteca ex art. 2825 c.c.- l'attribuzione diretta di una somma, ecc.);

– la fase è disciplinata dagli artt. 786, 789, 790 e 791 e non dagli artt. 596 e ss.

– vi sono regole speciali quanto alla tutela rafforzata dei condividenti anche se non costituiti, a pena di nullità da far valere in ogni tempo (artt. 789 e 790[103]), quanto al regime delle contestazioni dell'operato del notaio delegato alle operazioni divisionali (art. 790 e non art. 591 ter[104]), quanto alla gestione delle contestazioni sul progetto divisionale (art. 789 e non art. 512), quanto alla forma del provvedimento conclusivo e al suo regime di stabilità (art. 789 -ordinanza o sentenza a seconda che vi sia contestazione- e non artt. 596-598).

L'unico elemento su cui possa ammettersi esservi stata una certa evoluzione negli ultimi anni e una certa assimilazione alle regole di approvazione del progetto di distribuzione in sede esecutiva (nell'interpretazione delle sue modalità attuative) potrebbe essere quell'accordo la cui mancanza ex art. 791 comporta la rimessione al giudice per lo svolgimento dell'udienza ex art. 789 avanti allo stesso [105].

Per anni si è inteso quell'accordo come un documento controfirmato da tutte le parti alla presenza del notaio incaricato, del tutto negoziale e tutto sommato idoneo a superare lo stesso processo.

La previsione del *“se le parti non si accordano su di esso, il notaio trasmette il processo verbale al giudice istruttore, entro 5 gg. dalla sottoscrizione”* ha fatto pensare agli interpreti che, in caso di accordo, il processo si chiudesse senza necessità di ritornare del giudice, mentre in difetto della sottoscrizione di tutte le parti il giudice istruttore dovesse risolvere le contestazioni con l'ordinanza di cui all'art. 791, ultimo comma, o istruendo e trattando la causa ex art. 187, per poi risolverle con sentenza. Tale ricostruzione lascerebbe scoperto proprio il caso della mancanza di contestazioni espresse e il caso della semplice mancata comparizione o rifiuto di sottoscrizione di una o più parti all'udienza davanti al notaio delegato.

Oggi, considerata l'evoluzione e il ruolo degli ausiliari delegati, le ragioni dell'economia ed efficienza del processo e, soprattutto, il consolidato orientamento secondo cui l'onere di contestazione grava tutti i condividenti (anche i contumaci) e il suo difetto equivalga ad un tacito consenso, non sembra irragionevole ipotizzare che un progetto divisionale, redatto dal notaio incaricato e debitamente depositato in cancelleria e comunicato ai condividenti, possa considerarsi approvato, e le relative contestazioni precluse, anche nel semplice caso di mancata sua espressa contestazione in occasione della convocazione avanti al delegato, ovvero interpretando il raggiungimento dell'accordo avanti al delegato con lo stesso meccanismo con il quale lo stesso sia ritenuto presunto avanti al giudice istruttore ex art. 789, che lo dovrebbe (comunque) poi dichiarare esecutivo ai sensi del medesimo articolo[106].

Mancando precedenti sul punto, il suggerimento in tutti i casi dubbi[107] non può che essere quello di rimettere sempre al giudice il verbale delle operazioni compiute ai sensi dell'art. 790.

Il dato circa la differenza ontologica della fase conclusiva del giudizio divisionale rispetto a quello esecutivo e il limite al rinvio di cui all'art. 788 c.p.c., non cambia neppure nel caso di vendita del bene in divisione c.d. endoesecutiva.

E' opinione del tutto pacifica che, anche in tale caso, occorra tenere distinti il giudizio di scioglimento della comunione (aperto su iniziativa del creditore e strumentale a quello esecutivo), che si deve concludere con l'approvazione del progetto divisionale, da quello esecutivo, provvisoriamente sospeso e che dovrà essere riassunto, dopo l'approvazione del progetto divisionale, per la distribuzione tra i creditori e in sede esecutiva di quella quota di danaro, attribuita al condividente debitore in sede divisionale.

Se pure la cosa non sia dibattuta, vale la pena citare una recentissima sentenza in materia **Cass. n. 1620 del 19 gennaio 2022** in cui si legge:

(...) È principio acquisito che il collegamento strutturale che viene a instaurarsi fra procedimento esecutivo e divisione, reso ancora più evidente dopo la modifica dell'art. 181 disp. att. c.p.c. ad opera della legge n. 80 del 2005, che ha radicato la competenza per la divisione sempre in capo al giudice dell'esecuzione, ha lasciato fermo il principio, ben presente nella elaborazione giurisprudenziale precedente, che il giudizio di cognizione per lo scioglimento della comunione incidentale all'espropriazione dei beni indivisi, è giudizio ordinario di merito, che condiziona bensì lo svolgimento e la conclusione del processo esecutivo, ma ne rimane oggettivamente e soggettivamente distinto. In altre parole «la riforma non ha inciso sulla struttura e sulla funzione del giudizio in questione, del quale ha in sostanza meglio precisato alcuni aspetti formali e procedurali. Il giudizio di divisione in esame, pertanto, continua a costituire una parentesi «consistente in un vero e proprio giudizio di cognizione» (Cass. n. 2(817/2018; n. 21218/2020). In altre parole, nonostante il collegamento strumentale con l'espropriazione forzata e la competenza funzionale del giudice dell'esecuzione, il giudizio di divisione costituisce un autonomo processo di scioglimento della comunione e non può essere considerato una fase o un subprocedimento della procedura espropriativa in cui si innesta (Cass. n. 22210/2021).”^[108] (...)

La sentenza, oltre a distinguere le varie ipotesi che possono realizzarsi in ambito processuale in caso di pignoramento di bene indiviso^[109], chiarisce:

- che, in ogni caso, il giudizio divisionale instaurato, anche se strumentale all'espropriazione, si compie e conclude sempre e solo con “la formazione e l’approvazione del progetto di divisione del ricavato ai sensi dell’art. 789 c.p.c” perché “è l’approvazione del progetto (sentenza o ordinanza) che segna il momento conclusivo della divisione giudiziale (cfr. Cass. S.U., n. 16727/2012), a partire dal quale decorre il termine per la riassunzione del processo esecutivo (Cass. n. 12685/2021)”, e
- che “la somma spettante al debitore, del resto, non è attribuita ai creditori direttamente dal giudice della divisione, ma su di essa dovrà statuire il giudice dell’esecuzione, nell’ambito e con le forme della procedura espropriativa (cfr. Cass. n. 571.8/1987).”

Una volta chiarito che il rinvio di cui all’art. 788 alle norme dell’espropriazione forzata non possa mai riguardare ne’ la redazione di un progetto divisionale (che dovrebbe essere regolata dagli artt. 789, 790 e 791)^[110] ne’ la distribuzione dell’eventuale somma ricavata dalla vendita della quota pignorata (ad esempio in caso di divisione endoesecutiva), torniamo a verificarne la portata e l’estensione con riferimento alla fase della liquidazione dei beni.

11. Il rinvio agli artt. 570 e ss. riguarda lo schema base della vendita con e senza incanto dall’avviso di vendita al decreto di trasferimento

Nessuno dubita che il rinvio oggi previsto nell’art. 788^[111] alla vendita forzata, ed in particolare all’art. 569, 3 comma, e 570 e ss., riguardi sia il provvedimento con cui il giudice istruttore (analogamente a quello di autorizzazione alla vendita in esecuzione forzata) dispone le operazioni di vendita, le sue condizioni e modalità attuative, che l’intero articolato sulla vendita con incanto e senza incanto fino alla pronuncia del decreto di trasferimento, cioè alla complessiva struttura processuale della vendita forzata intesa come subprocedimento funzionale alla liquidazione dei beni.

Basti leggere il terzo comma dell’art. 569 (sia nella formulazione originaria, quando fu riscritto l’art. 788^[112] che nella versione attuale^[113]) per avere il senso del rinvio allo schema applicativo vigente della vendita senza e (solo sussidiariamente con) incanto.

Può essere anche utile osservare in proposito che quando fu introdotto il rinvio, il testo dell’art. 569 era più sintetico (mancava l’attuale quarto comma e il riferimento alle modalità telematiche della vendita),

ma il rinvio era chiaramente all'iter base complessivo e di snodo del procedimento della vendita forzata.

La già citata Cass. S.U. 18185/2013, ha affermato che il rinvio ex art. 788 deve essere inteso come *sistematico* ed inclusivo del sistema rimediabile e di stabilizzazione previsto per la vendita forzata e ha dato per scontata anche l'applicabilità dell'art. 631.

A proposito di un lamentato vizio di nullità del verbale di apertura delle buste per difetto di *jus postulandi* dell'avvocato presente all'esperimento di vendita, la Corte ha dichiarato infondato il motivo di ricorso in quanto (esattamente come in vendita forzata ex art. 631[114]) anche nel caso di specie (vendita in divisione c.d. pura) non è richiesta la comparizione delle parti e il loro impulso all'udienza di vendita.

Si tratta della struttura che tutti conosciamo del subprocedimento (c.d. fase) che va dall'ordinanza che lo dispone all'emissione del decreto di trasferimento, governato sia da principi generali di economia ed efficienza processuale che dai principi specifici delle vendite giudiziali di trasparenza e competitività nell'interesse delle parti del processo e dell'affidamento del mercato.

L'idea del rinvio alla vendita forzata, come ad un sistema procedimentale testato che funge da modello di vendita giudiziale, richiama necessariamente tutti quei principi (e quelle norme che ne sono l'applicazione) che, dal 2005 in poi, hanno disegnato il subprocedimento di vendita esecutiva come una vendita competitiva e trasparente, idonea, non solo a garantire il miglior realizzo possibile dalla vendita (nell'interesse diretto delle parti[115]), ma anche a tutelare quell'affidamento del mercato (e dei terzi che intendono acquistare all'asta) che realizza al contempo direttamente sia l'interesse generale di ordine pubblico economico alla trasparenza del mercato immobiliare che l'interesse sempre di ordine pubblico all'efficienza dell'attività giudiziale e indirettamente quello delle parti del singolo processo alla miglior vendita.

La tutela dell'affidamento dei terzi e del c.d. mercato è, infatti, oggi divenuta una caratteristica essenziale della vendita disciplinata nel c.p.c., e si esprime in un doppio ordine di disposizioni:

- quelle volte a garantire un'informazione completa e trasparente al pubblico e
- quelle volte a tutelare e stabilizzare l'acquisto dei terzi (art. 187 bis disp. att.).

Sembra, pertanto, consequenziale all'identità della funzione liquidativa (in vendita divisionale ed esecutiva) e all'affermazione che quello di cui all'art. 788 c.p.c. sia un rinvio sistematico, che si possano intendere richiamate anche tutte le norme volte a garantire la trasparenza della vendita, la tutela dei terzi e la stabilità del suo risultato (in una parola quella c.d. competitività che ne è divenuta la cifra).

12. Il rinvio riguarda anche le norme della vendita forzata non espressamente richiamate, ma volte a garantire la competitività, la trasparenza e la stabilità della vendita

Quanto all'estensione del rinvio a quelle attività che nell'espropriazione sono preliminari alla vera e propria fase di vendita, può essere utile la lettura della recente **Cass., sez. 6, 28 maggio 2020 n. 10067**.

La Corte, si è pronunciata in un caso in cui (in divisione giudiziale pura) era stato attribuito un bene non comodamente divisibile ad un condividente su sua istanza e la decisione era stata impugnata, tra l'altro, adducendo che la domanda fosse improcedibile quando non corredata dalla documentazione ipocatastale sui beni oggetto del compendio.

La Corte, dopo aver precisato che la produzione dei certificati e delle iscrizioni ipocatastali sui beni in comunione non è richiesta a pena di improcedibilità della domanda di divisione in generale^[116], ha in motivazione affermato, incidentalmente e a proposito della vendita in sede divisionale e del richiamo compiuto dall'art. 788 alla vendita forzata (nel caso di specie era ancora l'art. 576 e ss. oggi è l'art. 569 e l'art. 570 e ss.), che:

– “*si deve convenire che, quando la divisione deve avvenire mediante vendita, a tutela del terzo acquirente, si dovranno acquisire anche nella divisione giudiziale le informazioni richieste dall'art. 567 per la espropriazione, ma*

– *a tale esigenza deve sovrintendere d'ufficio il giudice della divisione, nel suo potere di direzione delle operazioni divisionali (art. 786), ordinando alle parti la produzione della documentazione o tramite il notaio delegato al compimento della vendita*”.

Nel ritenere esteso il rinvio ex art. 788 anche a quel presidio, previsto nella vendita forzata a tutela della regolarità e della stabilità della vendita costituito dal ventennio ex art. 567, la Corte non ha, però, mancato di precisare che:

– “*il richiamo alle norme del processo di espropriazione non deve far dimenticare che, mentre questa vendita riguarda un bene che appartiene all'esecutato e avviene contro la volontà di questi, nel processo di divisione la vendita avviene non a danno di qualcuno, ma nell'interesse di tutti. Quel richiamo deve perciò intendersi limitato alle modalità esecutive della vendita (Cass. 1062/1979) e ai relativi rimedi (Cass. S.U. 18185/2013) e non in relazione all'effetto di liquidazione soddisfattiva inerente all'esecuzione forzata.*”

Tale pronuncia è interessante sotto due profili:

– perché conferma (se ce ne fosse bisogno) l'ontologica differenza tra la vendita in sede divisionale e quella in sede esecutiva quanto alla tutela del ceto creditorio e al perseguimento della soddisfazione dei crediti;

– perché applica l'art. 567 (sulla documentazione ipocatastale) come una norma di sistema, espressione di un principio di tutela dell'affidamento dei terzi e di stabilità dei risultati della vendita presente anche in vendita divisionale che può intendersi richiamato dall'art. 788, ma che deve essere adattato alla struttura del giudizio principale di scioglimento della comunione (si parla di documentazione reperibile *ex officio*).

Nella stessa logica (se pur non sono stati reperiti precedenti in termini) si dovrebbero poter ritenere applicabili alla vendita in sede divisionale le norme sull'elaborato peritale e sulla pubblicità dell'avviso di vendita^[117] in quanto funzionali ad una vendita trasparente e competitiva, ma si tratterebbe, pur sempre, di un rinvio mediato dal giudice nelle sue modalità attuative, che dovrebbe sempre tener conto della diversa funzione e struttura del giudizio divisionale rispetto al processo esecutivo evitando l'automatica applicazione di altre norme, collegate a queste nel processo esecutivo, ma che fanno riferimento alla sua specifica funzione e struttura e sono dettate da ragioni del tutto estranee al giudizio divisionale^[118].

Per essere pratici, è chiaro che se in ambito divisionale si decidesse di applicare le modalità di vendita telematica sarebbe necessaria anche la pubblicità sul Portale delle Vendite Pubbliche e se questa mancasse si profilerebbe una nullità del procedimento di vendita.

Come del resto in qualsiasi altro caso in cui venissero omesse delle pubblicità prescritte nell'ordinanza di delega.

Ma ciò non dovrebbe significare che siano automaticamente applicabili altre norme (collegate alla pubblicazione sul PVP) pensate per il procedimento esecutivo. Ci riferiamo a quelle sull'estinzione del giudizio per mancata pubblicità sul Portale delle Vendite Pubbliche ex art. 631 bis.

L'argomento merita sicuramente un diverso approfondimento, ma chi se ne è occupato ha posto in luce come la disposizione risponda ad esigenze proprie del processo esecutivo in senso macroeconomico, di controllo e monitoraggio delle sue vendite, funzionale a scopi ulteriori rispetto a quello della competitività e trasparenza della singola vendita giudiziale ne singolo processo esecutivo, scopi e obiettivi che sono certamente estranei alla vendita in sede divisionale c.d. pura, funzionale allo scioglimento della comunione tra condividenti e a loro beneficio.

Quanto alla non necessità della comparizione delle parti all'udienza fissata per la vendita di cui all'art. 631, osserviamo che la norma formalmente disciplina l'estinzione nel procedimento esecutivo (e, quindi, dovrebbe essere inapplicabile al giudizio ordinario di divisione), ma in quella riformulazione del suo primo comma (risalente alla riforma del 2005), ove ha previsto l'esclusione delle udienze di vendita dalla sua applicazione, è certamente dettata per bilanciare l'interesse delle parti del processo (ceto creditorio e parte esecutata) a governare i tempi del processo con quello dei terzi e del mercato a non vedere pregiudicato il proprio affidamento^[119] e si colloca in un contesto procedimentale che dal 2005 in poi, come già detto, vede nella tutela di questo affidamento una sorta di principio generale (destinato a recedere rispetto all'interesse delle parti solo a determinate condizioni^[120]).

E' interessante a tale proposito che Cass. S.U. n. 18185 del 29 luglio 2013, come già visto^[121], dia tale principio per acquisito anche in vendita in divisione pura.

Da questo punto di vista e se fosse corretta la ricostruzione fin qui proposta, se pure ancora non esistono precedenti in termini, dovrebbe ritenersi applicabile anche in vendita divisionale propria la norma emblematica della tutela dei terzi e del mercato in vendita esecutiva: quell'art. 187 bis disp. att. che tutela la posizione dell'aggiudicatario anche rispetto a determinate vicende di chiusura anticipata del processo^[122].

D'altronde se questa tutela è stata espressamente prevista nell'ambito di un giudizio che è spesso sbilanciato nel favorire la tutela del credito e l'interesse dei creditori (anche a danno di altri interessi pubblici che con essi entrino in conflitto) non si vede perché la stessa tutela non debba essere assicurata, e a maggior ragione, quando tale interesse manchi del tutto (come in vendita divisionale pura appunto).

Tale sembra essere l'opinione della dottrina e quella sottotraccia della giurisprudenza^[123].

13. Il rinvio ex art. 788 riguarda anche la delega al professionista, ma sono fatte salve le norme speciali del giudizio divisorio. Il criterio di compatibilità

Venendo, infine, all'ultimo comma dell'art. 788, l'esplicito rinvio al *professionista* cui possono essere affidate le operazioni, ha indotto, fin da subito, gli interpreti a dare per scontata, anche in sede di vendita divisionale, la possibilità di delega delle operazioni di vendita ai sensi dell'art. 591 bis^[124] (se pur con le già viste precisazioni date dall'ancora attuale formulazione dell'art. 786 che consente la delega della direzione delle complessive operazioni divisionali al solo notaio)^[125] e il rinvio all'art. 591 ter c.p.c.

A tale proposito ci sembra necessario dar conto di una sentenza che, a poca distanza da quella delle sezioni Unite n. 18185 del 29 luglio 2013 (che sembrava dare del tutto scontata l'applicazione rimediale tipica della vendita esecutiva alla vendita divisionale, incluso il ricorso ex art. 591 ter contro

gli atti del delegato[126]), sembra aver puntualizzato, invece, che gli atti del professionista delegato siano soggetti ad un regime specifico e diverso da quello di cui all'art. 591 ter in ambito esecutivo.

La sentenza che di per se' appare un isolato precedente (rispetto ad un orientamento di rinvio generale al sistema rimediale della vendita forzata) e che può anche essere ricondotta a sistema attraverso una lettura correttiva (su cui di seguito), si fa notare per l'introduzione di un principio interpretativo di cui tener conto in generale in questa materia, cioè quello per cui il rinvio strutturale alle norme processuali della vendita forzata debba sempre tenere conto della particolare espressa disciplina della divisione giudiziale.

Si tratta di **Cass., Ordinanza n. 27346 del 29 dicembre 2016.**

In un caso in cui si contestava un atto compiuto dal notaio delegato alle operazioni di vendita nell'ambito dello scioglimento di una comunione ereditaria[127], prendendo le mosse dalla Cass. S.U. 18185 del 29 luglio 2013 e confermando quanto in essa già asserito, ovvero che:

– *“gli atti del giudice istruttore relativi al procedimento di vendita sono soggetti al rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi di cui agli artt. 617 e 618 cod. proc. civ., dovendo escludersi l'esperibilità di un'autonoma azione di nullità avverso il decreto di trasferimento conclusivo del procedimento di vendita”*,

ha, però, ritenuto che:

– *“ciò non significa che non debbano trovare applicazione le disposizioni specificamente dettate per lo scioglimento della comunione che non contraddicano tale “richiamo sistematico” e, in particolare, che la previsione di cui all'art. 790 c.p.c. debba ritenersi abrogata o comunque ‘superata’ (in via interpretativa) per effetto dell'applicazione generalizzata dell'art. 591 ter c.p.c., che prevede appunto la possibilità di reclamo al giudice dell'esecuzione avverso il decreto dallo stesso adottato a seguito di difficoltà segnalate dal professionista delegato o -direttamente- avverso gli atti del professionista medesimo”*;

– *“per lo scioglimento delle comunioni, invece, l'art. 790 c.p.c. prevede che, in caso di contestazioni in ordine alle operazioni di vendita, “il notaio redige apposito verbale che trasmette al giudice istruttore”, il quale “fissa con decreto un'udienza per la comparizione delle parti”, all'esito della quale decide sulle contestazioni con ordinanza”*;

– *“a fronte del chiaro dettato dell'art. 790 c.p.c., deve dunque escludersi l'ammissibilità del reclamo ex art. 591 ter c.p.c. avverso gli atti del notaio delegato alle operazioni di scioglimento della comunione, giacché? tutte le contestazioni devono essere sottoposte al giudice istruttore a mezzo della trasmissione del verbale che le registra, per essere decise con ordinanza, avverso la quale e? esperibile l'opposizione agli atti esecutivi (ex Cass., S.U. n. 18185/2013)[128]”*.

La pronuncia si affretta a precisare di non essere in contrasto con i principi di cui alla sentenza delle S.U. del 2013 (ciò è evidente nella parte in cui riporta all'opposizione 617 l'impugnazione dei provvedimenti del giudice in merito alle operazioni di vendita), ma lascia l'interprete insoddisfatto nella parte in cui non si riesce a cogliere con certezza se la questione sia stata così decisa in quanto si trattasse di un caso di notaio delegato ex art. 786 a tutte le operazioni divisionali (inclusa la vendita) e per il quale si dovesse certamente ritenere non superato l'art. 790 o di un professionista (in quel caso notaio) delegato alla sola vendita ex art. 591 bis (per il quale si potrebbe, invece, ritenere richiamata tutta la struttura e l'apparato rimediale della vendita esecutiva, con esclusione dell'applicazione di cui all'art. 790)[129].

Da un certo punto di vista il rinvio all'art. 790, in questo momento storico, è anche idoneo a garantire una maggiore stabilità alle operazioni delegate^[130], ma dal punto di vista sistematico, se il rinvio contenuto nell'art. 788 è alle operazioni di vendita e alla possibilità di delega ex art. 591 bis, non sembra facile espellere dal sistema il rimedio dell'art. 591 ter, proprio pensato in relazione agli atti del delegato^[131].

A noi pare che, senza contraddire la sentenza delle Sezioni Unite 18185/2013 e neppure questa successiva, vi sia ancora spazio per ritenere che il rimedio ex art. 790 e ss. sia riferibile proprio al caso (distinto dal primo) di delega a notaio delle complessive operazioni di divisione, cioè una delega molto più estesa di quella alle sole operazioni di vendita e che ricomprenda sia la redazione del progetto di divisione in natura che quello delle somme ricavate dall'eventuale vendita^[132].

Resta il fatto che, a prescindere dalla posizione che si voglia assumere circa l'esperibilità del ricorso ex art. 591 ter anche in vendita divisionale propria contro gli atti del delegato^[133], l'istanza comunque proposta dal delegato^[134] possa essere sempre riqualificata dal magistrato e resta l'indicazione, data da questa pronuncia di Cassazione all'interprete, di rammentare sempre che il giudizio divisionale è un giudizio diverso e distinto da quello di esecuzione forzata (per struttura e per funzione), con una sua disciplina propria che il rinvio di cui all'art. 788 non è idoneo a superare.

Appurato che l'orientamento prevalente ritiene il rinvio ex art. 788 come un rinvio sistematico ad uno schema procedimentale complesso, che ci è parso anche di riconoscere nella trasparenza, competitività e tutela dell'affidamento del mercato alcune delle caratteristiche imprescindibili di questo schema, che è opinione consolidata che occorra, sempre e comunque, nell'interpretazione rispettare la struttura e la disciplina positiva del giudizio ordinario di cognizione (in generale) e di quello di divisione (in particolare), restano ora da porsi le due questioni interpretative più spinose:

- se possa escludersi in vendita divisionale pura l'applicazione di tutte quelle norme del subprocedimento di vendita forzata che trovano la loro (unica) ragion d'essere nella tutela del credito e nella funzione satisfattiva del procedimento espropriativo;
- in caso di risposta affermativa (cioè di esclusione di alcune norme della vendita tipiche dell'espropriazione forzata), se il rinvio ex art. 788 modifichi la propria estensione fino a ricomprenderle nel caso particolare di vendita disposta in sede divisionale c.d. endoesecutiva, ovvero se sia ammissibile che la vendita in sede divisionale sia disciplinata da disposizioni diverse a seconda che l'azione sia proposta e l'impulso dato da un condividente o da un creditore di un condividente ex art. 600 c.p.c.

14. L'esclusione in sede divisionale pura dell'estensione del rinvio a tutte quelle norme della vendita forzata che presuppongono l'esistenza di un credito da soddisfare^[135]

Nella sezione terza, intitolata “della vendita o assegnazione” vi sono norme processuali che presuppongono l'esistenza di un credito da soddisfare.

Si tratta delle norme che disciplinano determinate iniziative del creditore procedente, o intervenuto, idonee ad anticipare alla fase di liquidazione (o a tenere conto durante il suo svolgimento del) la funzione satisfattiva propria del processo espropriativo e della sua fase distributiva in particolare.

Sono, oltre all'art. 586 nella parte in cui prevede l'ordine di cancellazione di ipoteche e pignoramenti, tutte le norme sull'assegnazione del bene al creditore (artt. 588, 589, 590, 590 bis, 591 e art. 591 bis nelle parti in cui li richiama) e l'art. 585, secondo comma (nella parte in cui prevede l'autorizzazione alla limitazione del prezzo a favore del creditore ipotecario anticipando la fase distributiva e di sua

soddisfazione)[136].

Non sembra occorra dimostrare che tutte queste norme sono del tutto estranee alla vendita in divisione propria (c.d. pura)[137].

Vi sono poi alcune norme tipiche dell'espropriazione e del peculiare bilanciamento degli interessi in gioco in essa compiuto che, pur dettate a tutela del diritto di credito azionato, trovano le loro ragioni anche nell'economia processuale e/o nella efficienza della vendita e sembrano meritare una riflessione più approfondita.

Si tratta, tra le altre, dell'art. 164 bis disp. att.[138] sulla chiusura atipica per infruttuosità (che è riconducibile al venir meno dell'interesse a proseguire la vendita) e degli artt. 587 c.p.c. e 187 disp. att. cp.c. sull'acquisizione della cauzione e sulla condanna in danno in caso di decadenza dall'aggiudicazione.

Quanto alla norma sulla chiusura per infruttuosità della vendita, attenta dottrina[139] ha già rilevato che essa risponde ad una logica estranea al giudizio di divisione proprio, al quale si applicano norme diverse che perseguono interessi diversi[140].

Quanto alle norme su acquisizione della cauzione e condanna in danno la prima sembra rispondere all'esigenza di serietà delle offerte e della partecipazione alle aste (che potrebbe ritenersi sussistere anche in una vendita giudiziale divisionale come una sorta di condizione della vendita), ma la seconda individua un meccanismo sanzionatorio con un provvedimento di condanna[141] dell'aggiudicatario decaduto (a determinate condizioni) a favore del creditore che risulterà averne diritto nel successivo progetto di distribuzione che risulta del tutto inapplicabile e distonica rispetto al giudizio di divisione c.d. puro[142].

Quanto, infine, alle norme sulla custodia, abbiamo già detto che l'istituto disciplinato nel procedimento espropriativo sembra incompatibile con l'ordinario (e autonomo) giudizio di cognizione tra condidenti, in quanto, in alcuni suoi tratti essenziali (ordine di liberazione ad esempio) è stato ricostruito come fondato sull'efficacia esecutiva del titolo azionato.

Se è abbastanza pacifica la non applicazione alla vendita in divisione c.d. pura della gran parte di queste norme, quando esse abbiano la loro *ratio* nella soddisfazione del credito che presuppongono, la discussione sembra complicarsi e le opinioni della dottrina dividersi quando si tratti di stabilire se il rinvio ex art. 788 al procedimento di vendita forzata possa intendersi più ampio ed esteso nel caso di vendita in divisione c.d. endoesecutiva, cioè nel contesto di una divisione instaurata ex art. 600 come incidente di cognizione di un processo esecutivo.

15. Se la vendita in divisione c.d. endoesecutiva sia disciplinata da disposizioni diverse dalla vendita in divisione c.d. pura

Da una parte è del tutto pacifico e consolidato, anche nella giurisprudenza più recente[143], che il giudizio divisionale ha una disciplina processuale autonoma e distinta da quello del procedimento esecutivo anche quando instaurato incidentalmente ad esso al fine di assicurare il miglior soddisfacimento delle pretese creditorie, dall'altra è innegabile che la riformulazione (nel 2005) non solo del disposto dell'art. 600 c.p.c., ma soprattutto dell'art. 181 disp. att. c.p.c. ha modificato alcuni tratti processuali del giudizio divisionale endoesecutivo accentuando il collegamento tra i due procedimenti[144].

Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito interpretativo circa l'atto da considerare introduttivo del giudizio divisionale ex art. 600 (se l'ordinanza del giudice istruttore o un apposito atto di citazione

integrativo^[145]), ma basti ricordare che la suprema Corte, con la pronuncia **n. 20817 del 20 agosto 2018**, emessa nell'ambito del c.d. "progetto esecuzioni"^[146] è intervenuta per orientare le prassi e le decisioni dei giudici di merito sugli aspetti procedurali dell'instaurazione del giudizio divisionale endoesecutivo ed in tale contesto (anche contro l'opinione della dottrina maggioritaria), reputando il giudizio di divisione quale **normale sviluppo dell'espropriazione**^[147] dei beni indivisi, privilegia l'opzione dell'introduzione di esso a mezzo di notifica dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione^[148] e ricostruisce l'atto introduttivo del giudizio divisionale endoesecutivo come una fattispecie a formazione progressiva^[149] costituita dall'atto di pignoramento (che in se' contiene già la domanda di eventuale divisione del bene pignorato per quota) poi integrato e completato dall'ordinanza del giudice dell'esecuzione di apertura della divisione e fissazione nuova udienza avanti a se' come giudice istruttore^[150]. Il tutto sul presupposto, appunto, che il giudizio endoesecutivo sia lo sviluppo normale del giudizio esecutivo su beni indivisi e che la domanda di divisione del bene indiviso sia già contenuta nell'atto di pignoramento^[151].

Si legge però con chiarezza che, nonostante questo giudizio abbia modalità introduttive diverse da quelle di un normale giudizio di divisione^[152] e la sua specialità sia ricollegabile essenzialmente alla speciale legittimazione del creditore procedente^[153] (o di eventuale altro creditore intervenuto munito di titolo)^[154], *"... proprio per questo può riconoscersi che la riforma non ha inciso sulla struttura e sulla funzione del giudizio in questione, del quale, ha in sostanza meglio precisato alcuni aspetti formali e procedurali*^[155]*: come già prima della riforma del 2006, invero, la finalità di una divisione endoesecutiva è, con tutta evidenza, quella di consentire di procedere esecutivamente su di un bene in proprietà esclusiva, sia esso identificato ancora in natura ovvero ormai liquidato e cioè trasformato nel suo equivalente in denaro; e tanto, nel primo caso, per la conclamata migliore appetibilità sul mercato di un bene in proprietà esclusiva rispetto ad una semplice quota, l'acquisto della quale obbligherebbe l'eventuale acquirente ad una contitolarità di diritti, coi rischi e le complicazioni da questa derivanti e l'onere (o il rischio) di un successivo giudizio di scioglimento della medesima; e, nel secondo, per la intuitivamente maggiore utilità della prosecuzione del processo esecutivo su beni fungibili per definizione, quali appunto il denaro."*

L'affermazione che la speciale legittimazione al creditore non modifica la struttura del giudizio divisionale che resta un ordinario giudizio di cognizione con le sue proprie regole (parla di *"persistente tendenziale autonomia e morfologica irriducibile differenza strutturale di un giudizio di cognizione rispetto ad un processo esecutivo"*) non è contraddetta dalla decisione conclusiva sulla validità ed efficacia della notifica effettuata al procuratore già costituito per il debitore nell'esecuzione forzata.

La decisione è presa sul presupposto che, essendo la divisione lo sviluppo fisiologico dell'espropriazione della quota di bene indiviso, il mandato dato dal debitore nel processo esecutivo include anche quello per l'eventuale giudizio di divisione^[156].

In sostanza anche questa pronuncia, pur prendendo atto delle possibili interferenze tra i due processi, soprattutto in merito a legittimazione e capacità processuale (attiva e passiva) e ad alcuni aspetti formali espressamente disciplinati, sembra riaffermare l'autonomia strutturale dei 2 procedimenti, quanto alle rispettive fasi in cui si snodano e alla loro disciplina.

In proposito, abbiamo visto riaffermata di recente (in Cass. n. 1620 del 19 gennaio 2022^[157]) e con chiarezza, anche in divisione endoesecutiva, la **distinzione tra progetto divisionale** conclusivo del giudizio di divisione (anche quando in ipotesi si concretizzi nella divisione di una somma di danaro ricavata dalla vendita dell'unico bene indivisibile) e **progetto di distribuzione delle somme ricavate** conclusivo del procedimento espropriativo.

La Corte si è espressa incidentalmente per ribadire (non solo che si tratta di due autonomi giudizi, ma anche) che la funzione del giudizio di scioglimento della comunione (**anche quando endoesecutivo**) non è mai quella della soddisfazione dei creditori, che resta lo scopo del (solo) procedimento esecutivo

[\[158\]](#).

Nella recente pronuncia la Corte ha, inoltre, ribadito che la distinzione di funzione determina la prevalenza della disciplina propria delle divisioni giudiziali anche quando il giudizio sia strumentale ad un'esecuzione forzata.

L'affermazione è fatta con riguardo a due regole tipiche del giudizio divisionale: quella della preferenza per la divisione in natura (art. 718 c.c.) e quella della residualità della vendita rispetto ad all'assegnazione ad uno o più condividenti (art. 720 c.c.), regole che devono essere applicate e rispettate anche nella divisione endoesecutiva, indipendentemente e a prescindere dall'eventuale interesse (diverso) del creditore (attore nella divisione ex art. 600 c.p.c.) al miglior realizzo possibile a mezzo di vendita a terzi[\[159\]](#).

Si tratta di affermazioni svolte in merito a decisioni che si trovano a monte del subprocedimento di vendita, ma che rilevano in questo contesto perché affermano che l'interesse del creditore di un condividente, pur quando legittimato a dare impulso alla divisione, non può comunque pregiudicare le prerogative e l'interesse degli altri condividenti non eseguiti ad una divisione nel rispetto delle sue proprie regole[\[160\]](#).

Quanto alle opinioni della dottrina sebbene qualcuno ammetta[\[161\]](#) di poter distinguere tra norme del processo esecutivo, che devono ritenersi applicabili anche alla vendita in divisione endoesecutiva (come quella che vieta al debitore di partecipare alla vendita) e norme che sono del tutto incompatibili con la struttura della divisione, anche se endoesecutiva (come quelle sull'assegnazione al creditore[\[162\]](#)), ci pare che l'opinione prevalente sia nel senso della tendenziale distinzione di disciplina tra procedimento divisionale ed esecutivo (salve le peculiarità esplicitamente previste per il raccordo tra i due giudizi).

Secondo l'opinione maggioritaria non vi sarebbe un procedimento di vendita strutturalmente diverso (un rinvio ex art. 788 più esteso) a seconda che la stessa sia o non sia endoesecutiva.

Un'autorevole autrice, nell'indagare la connessione tra i due giudizi ha anche ipotizzato di distinguere il caso in cui la divisione endoesecutiva si svolga su esclusiva iniziativa del creditore pignorante nei confronti di tutti i condividenti che restano contumaci[\[163\]](#), da quello in cui alcuni condividenti partecipino attivamente, aderendo alla richiesta di scioglimento della comunione o di vendita[\[164\]](#), ma ha poi finito per concludere[\[165\]](#) che, se pure il legislatore ha stabilito norme di coordinamento speciali tra i due procedimenti (quanto alla fase introduttiva[\[166\]](#) e alla fase conclusiva), questo non significa necessariamente che il giudizio di divisione endoesecutiva (e la relativa vendita) sia un giudizio con regole diverse da quello divisionale proprio.

L'opinione è in linea con le pronunce di Cassazione n. 6072 del 18 aprile 2012, n. 20817 del 20 agosto 2018, n. 20977 del 23 agosto 2018 e Cass. n. 21218 del 2 ottobre 2020 le quali affermano che il c.d. giudizio endoesecutivo rappresenta *“una parentesi di cognizione nell'ambito del procedimento esecutivo, dal quale rimane soggettivamente ed oggettivamente distinto, tanto da non poterne essere considerato ne' una continuazione ne' una fase”* nonché con Cass. n. 22210 del 4 agosto 2021 che con parole simili ribadisce il medesimo concetto (la prima per ammettere che anche nel giudizio di divisione possa contestarsi l'esistenza del credito del precedente sotto il profilo della sua legittimazione, ma secondo la disciplina del giudizio ordinario e non a mezzo di opposizione all'esecuzione[\[167\]](#), la seconda come premessa di inquadramento sistematico alla decisione sulle modalità introduttive della divisione endoesecutiva, la terza per affermare che la dichiarazione di estinzione del giudizio divisionale endoesecutivo è impugnabile con appello e non con reclamo ex art. 630, la quarta *a proposito dell'applicabilità* al giudizio divisionale endoesecutivo dell'art. 337, secondo comma, e non dell'art. 336 in caso di dichiarazione di estinzione del primo e suoi effetti sul secondo [\[168\]](#), la quinta per precisare che non possono essere esaminate nel giudizio divisionale endoesecutivo

le opposizioni esecutive^[169]).

A noi pare che dal punto di vista dell'articolazione processuale, il ritenere che tra giudizio divisionale instaurato tra i condividenti e giudizio divisionale endoesecutivo su iniziativa del creditore pignorante **vi sia litispendenza per identità di oggetto**^[170] e che il **giudizio iniziato da un creditore possa proseguire su iniziativa di uno dei condividenti anche in caso di rinuncia del creditore originario attore (o di estinzione dell'espropriazione forzata)**^[171], testimonia e avvalorare l'opinione della prevalente dottrina (tutto sommato confermata nei principi dalla giurisprudenza di Cassazione) secondo cui la circostanza che l'uno sia lo sviluppo normale dell'altro non esclude l'autonomia del secondo dal primo e l'indipendenza delle regole processuali dell'uno rispetto a quelle dell'altro.

In questo senso l'evocazione nella (sola) vendita divisionale endoesecutiva (e non nella vendita in divisione pura) di alcune norme processuali estranee al giudizio divisionale, previste nel procedimento espropriativo, non sembra trovare la propria giustificazione in una diversa estensione del rinvio di cui all'art. 788 o in una diversa disciplina processuale del giudizio divisionale endoesecutivo. Si tratta, piuttosto, dell'applicazione dei principi generali del giudizio ordinario sull'interesse e la legittimazione ad agire al particolare caso del creditore (procedente o intervenuto con titolo in esecuzione forzata) che dà impulso al giudizio divisionale endoesecutivo.

Da questo punto di vista una norma come quella sulla chiusura atipica per infruttuosità come l'art. 164 bis disp. att. c.p.c. (propria del solo giudizio esecutivo ed estranea a quello divisionale) potrebbe venire in rilievo anche in divisione endoesecutiva non in quanto direttamente applicabile quanto invece come indice positivo del difetto di interesse o di legittimazione ad agire del creditore^[172].

15.1 Precisazioni su custodia e ordine di cancellazione delle formalità gravanti la quota pignorata in vendita endoesecutiva

Aldilà delle affermazioni di principio sull'autonomia tra i due giudizi, è frequente nella prassi dei Tribunali che il custode nominato nel procedimento esecutivo (sospeso) faccia visionare i beni in occasione della vendita dell'intero in divisione endoesecutiva, come anche che il decreto di trasferimento pronunciato in sede di vendita divisionale contenga la cancellazione delle ipoteche e dei pignoramenti gravanti la quota pignorata.

Non è chiaro se tali prassi siano accompagnate da un'adeguata riflessione teorica^[173].

Quanto alla figura del custode nominato nel procedimento esecutivo sospeso, si ritiene che la custodia continui anche durante la sospensione^[174] e, pertanto, non vi sarebbe nessuna anomalia o specialità nell'ammettere che il custode nominato in esecuzione possa far visionare i beni in divisione (come lo potrebbe fare il singolo condividente), certamente l'esercizio della sua funzione non esclude la condivisione della gestione dei beni da parte degli altri condividenti e non dovrebbe comportare l'applicazione della disciplina della liberazione endoesecutiva se non in relazione alla quota pignorata e tenendo conto della problematicità delle soluzioni in tale caso^[175].

Quanto all'ordine di cancellazione di ipoteche e pignoramenti gravanti la quota del debitore, sebbene sia chiaro agli interpreti che in divisione giudiziale il meccanismo di cancellazione delle ipoteche iscritte sulla quota di un condividente ai sensi dell'art. 2825 c.c.^[176] e il relativo spostamento del vincolo e della garanzia sui beni assegnati non abbia niente a che fare con la cancellazione delle ipoteche ai sensi dell'art. 586 in esecuzione forzata, l'esigenza di coordinamento tra divisione e procedimento, espropriativo quando l'una sia strumentale all'altro, instaurata e condotta sulla sola iniziativa del creditore procedente, si traduce in un decreto di trasferimento in sede di vendita divisionale endoesecutiva contenente sia la cancellazione delle ipoteche che quella dei pignoramenti

gravanti la quota pignorata.

A ben vedere l'ordine di cancellazione è in attuazione dell'art. 2825 c.c. e dovrebbe essere contestuale all'approvazione del progetto divisionale (certo non in virtù dell'estensione del rinvio di cui all'art. 788 anche all'art. 586, ultimo periodo).

Da ultimo la già citata Cass. n. 10067 del 28 maggio 2020 ha riaffermato che *i creditori chiamati a intervenire nel giudizio di divisione non possono perseguire la realizzazione coattiva del credito nell'ambito di tale giudizio, neanche quando questo si è svolto su beni colpiti da pignoramento sulla quota indivisa del debitore: «il giudice istruttore, nel dichiarare esecutivo il progetto di divisione, non ha il potere di attribuire al creditore la porzione spettante al debitore, in ordine alla cui vendita o assegnazione deve statuire il giudice dell'esecuzione, nell'ambito e con le forme della procedura espropriativa»* (Cass. n. 5718/1987). *L) Le ipoteche sui beni comuni iscritte contro il singolo colpiscono di massima i beni di cui egli risulti con la divisione proprietario (art. 2825 c.c.)* (Cass. n. 3971/1980), *conseguendone la cancellazione di quelle stesse iscrizioni sui beni assegnati agli altri. Tuttavia la cancellazione delle ipoteche (iscritte contro il singolo) non consegue dall'effetto di liquidazione satisfattiva inerente alla espropriazione, ma si connette «all'effetto retroattivo della divisione, per cui, al di fuori delle eccezioni previste dall'art. 2825 c.c., il bene assegnato deve pervenire al condividente libero dai pesi imposti da colui che, a posteriori, risulti privo della facoltà di disporre»* (Cass. n. 1062/1979)[\[177\]](#)".

16. Conclusioni sul rinvio ex art. 788 al subprocedimento di vendita in sede forzata.

Ci pare che dalla lettura di queste pronunce emerga il seguente schema di lavoro per l'interprete che si interroghi di volta in volta sull'applicabilità di una norma procedimentale della vendita forzata alla vendita **in divisione giudiziale c.d. pura**:

1. circoscrivere il rinvio alla sola fase di liquidazione dei beni;
2. rispettare lo schema procedimentale (rigido) della vendita senza e con incanto cui il rinvio è esplicito e che si riferisce alla disciplina organizzativa delle operazioni di vendita (offerte, gara, ribassi), alle forme dei suoi atti tra cui quello conclusivo (il decreto di trasferimento) e ai suoi mezzi di impugnazione;
3. tenere sempre e, comunque, conto della eventuale diversa disciplina positiva della divisione (inclusi gli artt. 786, 790 e 791) che non può ritenersi implicitamente superata dal rinvio ex art. 788 c.p.c. e della specifica funzione del giudizio divisionale nel cui contesto si colloca la vendita del bene non comodamente divisibile (lo scioglimento della comunione preferibilmente a mezzo di attribuzione di beni in natura e privilegiando l'assegnazione al condividente rispetto alla vendita a terzi);
4. verificare (caso per caso) le norme procedimentali che, pur non espressamente richiamate in via esplicita[\[178\]](#), possano certamente considerarsi applicabili in quanto di sistema e funzionali ad una vendita trasparente e stabile (a tutela dell'affidamento dei terzi oltre che di un principio generale di efficienza del processo [\[179\]](#)), ma evitando rigidi rinvii alle norme del processo esecutivo;
5. distinguere e tendenzialmente escludere l'applicabilità:
 - delle norme inequivocabilmente funzionali esclusivamente alla soddisfazione del credito: quale l'art. 586 ultimo periodo[\[180\]](#), l'art. 585, secondo comma, e gli artt. 588-590 bis sull'istanza di assegnazione;

– di quelle potenzialmente conflittuali con altri istituti del giudizio ordinario di cognizione (custodia) o dalla incerta *ratio* (per le quali non è chiaro se siano fondate sull'efficacia esecutiva del titolo esecutivo azionate e poste a tutela del credito o se siano funzionali all'economia ed efficienza del processo: oltre a quelle sulla liberazione ad opera del custode anche quella sulla condanna in danno in caso di decadenza dall'aggiudicazione ex artt. 587 c.p.c. e 177 disp. att. e quella sulla chiusura atipica per infruttuosità ex art.164 bis disp. att.).

Quanto alla vendita in **divisione giudiziale endoesecutiva**, il quadro è certamente più complesso, ma l'orientamento della giurisprudenza di Cassazione sufficientemente chiaro.

La divisione endoesecutiva è pacificamente oggi considerata **lo sviluppo normale dell'esecuzione** su beni indivisi^[181], caratterizzata dalla legittimazione e dall'impulso di uno dei creditori (procedente o intervenuto) muniti di titolo del procedimento esecutivo. Alla sua funzione propria (di scioglimento della comunione a beneficio di tutti i condividenti) si somma la finalità di poter procedere esecutivamente su un bene in proprietà esclusiva del proprio debitore (o sul suo equivalente in denaro ^[182]), finalità che l'ordinamento tutela e concretizza in una speciale legittimazione del creditore (procedente o intervenuto nell'esecuzione di beni indivisi) a dare impulso alla divisione.

Tale finalità e tale legittimazione si sono tradotte anche in una speciale disciplina introduttiva del giudizio divisionale endoesecutivo ed in alcune norme positive (come quella che esclude l'applicabilità della disciplina sulla mediazione obbligatoria), ma l'orientamento del tutto prevalente e consolidato continua a rimarcare la distinzione e autonomia tra i due procedimenti e l'estraneità alla divisione non solo delle norme proprie del procedimento esecutivo riconducibili alla funzione satisfattiva del credito (che resta prerogativa del giudizio esecutivo da riassumere una volta conclusa la divisione), ma in generale di qualsiasi norma del procedimento esecutivo incompatibile con quelle del giudizio ordinario di divisione.

Tale netta presa di posizione aiuta l'interprete ad individuare un'unica struttura procedimentale della vendita in sede divisionale ex art. 788, senza distinzioni tra quella endoesecutiva e quella pura, se non sotto il profilo della speciale legittimazione ed interesse ad agire riconosciuti al ceto creditorio, legittimazione ed interesse ad agire che non possono comunque andare a detrimento delle prerogative o pregiudicare l'interesse degli altri condividenti (che non sono tenuti a condividere con il debitore la sua condizione di soggezione)^[183].

Sezione III

Lo statuto della vendita forzata e la vendita in sede divisionale

Venuto così a delineare il quadro dello schema processuale utilizzabile in vendita divisionale, proviamo ad affrontare la seconda delle due questioni poste in apertura, ovvero l'applicabilità o meno alla vendita in sede divisionale delle discipline previste per gli atti negoziali (diversamente da quanto talora disposto o frequentemente ritenuto in via interpretativa per la vendita forzata espropriativa).

Il tema potrebbe sembrare rientrare in quello del rinvio di cui all'art. 788, ma non è effettivamente così; perché quello è riferito allo schema procedimentale da utilizzare per realizzare la liquidazione dei beni, mentre questo (della disciplina applicabile alla vendita in sede divisionale) attiene alle sue condizioni e al suo statuto.

I due temi, come vedremo, comunque si intrecciano e sovrappongono, nella misura in cui, quando anche si ritenga applicabile una disciplina negoziale ad una vendita giudiziale, si ritenga, invece, che la

sua eventuale violazione sia rilevabile e sanabile (non secondo lo schema negoziale oggetto della disciplina, ma) nei limiti e secondo lo schema procedimentale e giudiziale adottato.

17. Lo speciale statuto della vendita forzata e le deroghe alla disciplina della vendita negoziale. Loro applicabilità in vendita divisionale secondo la più recente giurisprudenza di cassazione

E' noto che la vendita forzata gode di una disciplina (in parte contenuta nel c.c.[\[184\]](#), in parte in norme speciali[\[185\]](#) e in parte consolidata in via interpretativa) in deroga alla disciplina della vendita comune (inapplicabilità delle c.d. nullità urbanistiche, inapplicabilità della prelazione agraria o di altre prelazioni previste dal diritto comune, ecc.), ma non sempre è chiaro se tale disciplina derogatoria tragga il suo fondamento da una (sola) o più di queste circostanze:

- l'esistenza di una specifica norma positiva in tal senso;
- l'esistenza di un titolo esecutivo da soddisfare giudizialmente e la prioritaria tutela del diritto di credito (rispetto ad altri interessi tutelati dalle diverse normative in ambito negoziale);
- la presunta mancanza di volontà da parte del debitore a vendere ovvero la coattività della vendita forzata[\[186\]](#) (e la relativa presunta esclusione di intento speculativo da parte dell'alienante);
- quando anche non, semplicemente, la irrilevanza della volontà dell'alienante nella struttura giudiziale con cui viene attuato il trasferimento.

Si tratta di un vero rompicapo, affrontato quotidianamente nelle prassi dei Tribunali.

Rispetto allo studio redatto 12 anni fa, sono state reperite due pronunce tra loro difformi in tema di applicabilità o meno alla vendita in sede divisionale della prelazione (una sulla prelazione urbana commerciale e l'altra sulla prelazione agraria) e un importante arresto giurisprudenziale delle Sezioni Unite in merito all'applicabilità della disciplina urbanistica e relative nullità anche in sede di divisione giudiziale e alla loro non applicabilità, invece, in caso di divisione giudiziale endoesecutiva o endoconcorsuale.

Quanto alle due pronunce sull'applicabilità o meno in ambito divisionale delle prelazioni previste in ambito negoziale, la prima **Cass. n. 5069 del 29 marzo 2012**, dopo aver dato atto che l'orientamento prevalente rinviene *le ragioni della incompatibilità ontologica tra l'istituto della prelazione e la vendita forzata, nell'esigenza di non intralciare le finalità di tutela del ceto creditorio perseguite dalle procedure di smobilitazione coattiva del patrimonio del debitore sia nell'ambito dell'esecuzione singolare che collettiva*, osserva che non esiste, però, un'incompatibilità ontologica tra vendita giudiziale e prelazione, perché anche in ambito esecutivo alcune prelazioni vengono comunque rispettate (prelazione artistica ad esempio, ma non solo), e che *“considerata la varietà di forme e disciplina che l'istituto della prelazione può assumere, sia nella versione legale che in quella convenzionale, (...) appare miglior partito rinunciare a ricostruire un precetto valido per tutte le ipotesi, e andare piuttosto a rintracciare, secondo un più duttile metodo di approccio, la regula iuris da applicare, nel silenzio della legge, al caso concreto, estrapolandola, di volta in volta e all'esito di un ponderato scrutinio di interessi in conflitto, dai principi generali dell'ordinamento”*. Fatta questa premessa e chiarito che il rinvio di cui all'art. 788 c.p.c. alla vendita forzata a proposito della vendita in sede divisionale non rileva a tale proposito, statuisce, invece, l'applicabilità della prelazione urbana commerciale al caso concreto oggetto di giudizio (di vendita in divisione pura) in quanto normativa posta a tutela di interessi pubblici prevalenti (rispetto agli interessi privatistici dei condividenti) che (nel caso di specie) non si pongono in alcun conflitto con altri interessi pubblici di pari grado (come potrebbe essere, in ipotesi, in caso di vendita coattiva forzata).

La pronuncia conclude affermando la compatibilità del diritto di prelazione con lo schema della vendita giudiziale *“sia sul piano dogmatico, che su quello pratico, posto che l’esercizio del diritto di prelazione si colloca nella fase in cui il prezzo sia divenuto definitivo, all’esito del procedimento di vendita con relativa aggiudicazione^[187]”*.

La seconda più recente sentenza è, invece, **Cass. n. 918 del 17 gennaio 2017**, la quale ha escluso l’applicabilità della prelazione agraria ad una vendita in divisione giudiziale c.d. pura ponendo l’accento (non tanto sugli interessi tutelati dalla normativa quanto) sulla presunta *non volontarietà della vendita* nel caso trattato.

La pronuncia, se pur brevemente motivata, prende una decisa posizione sul punto argomentando così: *“che nel caso di vendita divisionale si è in presenza di una vendita non volontaria, non riconducibile cioè ad una libera determinazione dei comproprietari lo si desume non solo dal richiamo di cui all’art. 788 c.p.c. (art. 570 c.p.c. e segg.), ma soprattutto perché ad essa si procede solo in caso di necessità, previa adozione di un provvedimento giurisdizionale, che può essere disposto con sentenza in caso di controversia sulla necessità della vendita stessa, a prescindere, quindi, dalla volontà dei comproprietari, evidenziandosi che in presenza di comune accordo alla divisione e alla vendita, ben si potrebbe procedere, invece, alla vendita volontaria dei beni”*. La sentenza sembra ritenere irrilevante la volontà delle parti rispetto alla vendita giudiziale e tanto basta per escludere l’applicazione di normative previste per atti volontari, quali la prelazione agraria.

E’ evidente che le due pronunce (se pur non del tutto in conflitto tra loro) sembrano indirizzare l’interprete verso percorsi interpretativi diversi:

- il primo, di riflessione caso per caso circa l’applicabilità di una determinata normativa alla divisione giudiziale in relazione all’interesse protetto dalla stessa (indipendentemente dalle soluzioni adottate in caso di vendita forzata);
- il secondo di ampliamento del concetto di vendita forzata fino a ricomprendervi la vendita in sede divisionale sul presupposto della mancanza (o comunque irrilevanza) della volontà di tutti i condividenti alla vendita in sede divisionale giudiziale.

In questo contesto si pone come molto rilevante l’arresto delle **Sezioni Unite n. 25021 del 7 ottobre 2019**, che (se non altro per l’autorevolezza della fonte) potrebbe aver segnato il passo all’interprete in questa materia, distinguendo con nettezza il caso della vendita in sede divisionale pura da quello della vendita in divisione c.d. endoesecutiva e tracciando un percorso operativo capace di garantire ad entrambe (e a prescindere dalle normative sostanziali ad esse ritenute applicabili) la stessa stabilità riconosciuta in ambito esecutivo alla vendita forzata.

Questa pronuncia ha trattato tanti e tali temi, da essere oggetto di molteplici commenti, sotto profili giuridici diversi da quelli che qui interessano.

Se pure dispendioso sembra doveroso darne conto, quanto meno, per comprendere la complessità di ragionamento e contestualizzare quella parte della decisione che, invece, qui interessa e che anticipiamo nei due seguenti principi di diritto:

- *“quando sia proposta domanda di scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria che sia), il giudice non può disporre la divisione che abbia ad oggetto un fabbricato abusivo o parti di esso, in assenza della dichiarazione circa gli estremi della concessione edilizia e degli atti ad essa equipollenti, come richiesti dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e dalla L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, comma 2, costituendo la regolarità edilizia del fabbricato condizione dell’azione ex art. 713 c.c., sotto il profilo della “possibilità giuridica”, e non potendo la pronuncia del giudice realizzare un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che è consentito alle parti nell’ambito della*

loro autonomia negoziale. La mancanza della documentazione attestante la regolarità edilizia dell'edificio e il mancato esame di essa da parte del giudice sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio", e

– “in forza delle disposizioni eccezionali di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5 e al L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, lo scioglimento della comunione (ordinaria o ereditaria) relativa ad un edificio abusivo che si renda necessaria nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (divisione c.d. “endoesecutiva”) o nell'ambito del fallimento (ora, liquidazione giudiziale) e delle altre procedure concorsuali (divisione c.d. “endoconcorsuale”) è sottratta alla comminatoria di nullità prevista, per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi, dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46, comma 1, e dalla L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, comma 2”.

18. Le Sezioni Unite n. 25021/2019 e le deroghe alle nullità urbanistiche di cui agli artt. 40 L. 47/85 e 46 D.P.R. 380/2001

Il caso riguardava una comunione ereditaria, tra due soggetti di cui uno fallito, avente ad oggetto un bene sopraelevato abusivamente. La curatela fallimentare aveva chiesto l'attribuzione dei beni corrispondenti alla quota di 2/9 spettanti al fallito e, in subordine (in caso di non comoda divisibilità e assenza di istanza di assegnazione), la vendita giudiziale dei beni della comunione. Il giudice aveva dichiarato la domanda improcedibile perché il bene era appunto abusivo e vietato lo scioglimento della comunione ex artt. 40 L. 47/85.

La decisione sul ricorso in Cassazione era stata rimessa al Primo Presidente^[188] per l'eventuale rinvio alle Sezioni Unite, per la rilevante importanza delle questioni di diritto sollevate col suo primo motivo e poi risultate oggetto dei primi tre principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite (ovvero sulla necessità di chiarire se tutti gli atti di scioglimento di comunione, sia ordinaria che ereditaria, indipendentemente dall'epoca dell'abuso e tanto in via negoziale che giudiziale, fossero soggetti o meno alla disciplina a tutela dell'ordinato sviluppo del territorio di cui agli artt. 40 L. 47/85 e 46 DPR 380/2001 e alle relative nullità), ma sarebbe bastato l'esame dell'ultima questione di diritto, sollevata dal secondo motivo di ricorso, e l'enunciazione del quinto principio di diritto per risolvere il caso concreto riformando la pronuncia di merito, trattandosi nel caso di specie di divisione endoconcorsuale ^[189].

Ad evitare equivoci su quanto statuito espressamente e quanto enunciato solo a livello argomentativo e in sede motivazionale, riportiamo preliminarmente i principi di diritto enunciati a conclusione di complessi e argomentati iter motivazionali.

1. «*Gli atti di scioglimento delle comunioni relativi ad edifici, o a loro parti, sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità prevista dall'art. 40, secondo comma, della legge n. 47 del 1985 per gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici realizzati prima della entrata in vigore della legge n. 47 del 1985 dai quali non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ovvero ai quali non sia unita copia della domanda di sanatoria corredata dalla prova del versamento delle prime due rate di oblazione o dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che la costruzione dell'opera è stata iniziata in data anteriore al 10 settembre 1967*».

2. «*Gli atti di scioglimento della comunione ereditaria sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità, prevista dall'art. 46, comma 1, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (già art. 17 della legge 28 febbraio 1985, n. 47) e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, per gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici o a loro parti dai quali non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria*».

3. «Quando sia proposta domanda di scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria che sia), il giudice non può disporre la divisione che abbia ad oggetto un fabbricato abusivo o parti di esso, in assenza della dichiarazione circa gli estremi della concessione edilizia e degli atti ad essa equipollenti, come richiesti dall'art. 46 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, costituendo la regolarità edilizia del fabbricato condizione dell'azione ex art. 713 cod. civ., sotto il profilo della “possibilità giuridica”, e non potendo la pronuncia del giudice realizzare un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che è consentito alle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale. La mancanza della documentazione attestante la regolarità edilizia dell'edificio e il mancato esame di essa da parte del giudice sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio».

4. «Allorquando tra i beni costituenti l'asse ereditario vi siano edifici abusivi, ogni coerede ha diritto, ai sensi all'art. 713, primo comma, cod. civ., di chiedere e ottenere lo scioglimento giudiziale della comunione ereditaria per l'intero complesso degli altri beni ereditari, con la sola esclusione degli edifici abusivi, anche ove non vi sia il consenso degli altri conviventi».

5. «In forza delle disposizioni eccezionali di cui all'art. 46, comma 5 del d.P.R. n. 380 del 2001 e all'art. 40, commi 5 e 6, della legge n. 47 del 1985, lo scioglimento della comunione (ordinaria o ereditaria) relativa ad un edificio abusivo che si renda necessaria nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (divisione c. d. “endoesecutiva”) o nell'ambito del fallimento (ora, liquidazione giudiziale) e delle altre procedure concorsuali (divisione c. d. “endoconcorsuale”) è sottratta alla comminatoria di nullità prevista, per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi, dall'art. 46, comma 1, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47».

La Corte ha, innanzitutto ricostruito le differenze semantiche tra l'art. 46 DPR 380/2001 (già art. 17 L. 47/85), relativo alle nullità degli atti aventi ad oggetto beni edificati abusivamente dopo l'entrata in vigore della L. 47/85, e l'ancora vigente art. 40 L. 47/85, relativo alle nullità degli atti aventi ad oggetto beni edificati abusivamente prima di tale data, per discostarsi da un certo orientamento secondo cui le nullità ivi previste non si sarebbero applicate allo scioglimento delle comunioni costituitesi prima della sua data di entrata in vigore, per via della sua stessa formulazione letterale^[190].

Poi, prendendo le distanze dalla più recente giurisprudenza delle sezioni semplici, che ha sottratto le divisioni ereditarie alle nullità previste dai predetti due articoli^[191] sul presupposto che esse si qualificano come atti *mortis causa*, ne ha affermato la natura di atti *inter vivos*^[192], anche rivisitando la tesi dichiarativa della divisione (ed è questa la parte motivazionale che ha maggiormente interessato i commentatori)^[193].

Valorizzando la tesi dell'effetto retroattivo della divisione e discostandosi dalla tesi della sua natura dichiarativa, la Corte ha riconosciuto che la divisione ha una natura specificativa, attributiva che impone di collocarla tra gli atti ad efficacia costitutiva e traslativa^[194] e ha concluso nel senso che:

– la divisione “costituisce, pertanto, un atto assimilabile a quelli di natura traslativa, per i quali la legge n. 47 del 1985 e il d.P.R. n. 380 del 2001 comminano la sanzione della nullità? ove abbiano ad oggetto edifici abusivi o parti di essi”;

– la conclusione valida per la divisione volontaria è applicabile anche a quella giudiziale in quanto come la Suprema Corte ha già avuto occasione di precisare, in caso contrario, sarebbe “*oltremodo agevole per i conviventi, mediante il ricorso al giudice, l'elusione della norma imperativa in questione (Cass., Sez. 2, n. 15133 del 28/11/2001; Cass., Sez. 2, n. 630 del 17/01/2003)*”.

Nella motivazione di questo terzo principio di diritto si legge che lo stesso “*si pone in linea con quanto la giurisprudenza di legittimità ha affermato in tema di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di*

concludere un contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà? di edifici o di loro parti (...) [195]” non potendo la pronuncia “realizzare un effetto maggiore e diverso da quello possibile alle parti nei limiti della loro autonomia negoziale [196] (...) la regolarità? edilizia del fabbricato in comunione, come costituisce presupposto giuridico della divisione convenzionale, parimenti costituisce presupposto giuridico della divisione giudiziale; più? precisamente, costituisce condizione dell’azione ex art. 713 cod. civ. sotto il profilo della “possibilità? giuridica” [197].

“Essendo la regolarità edilizia del fabbricato posta a presidio dell’interesse pubblico all’ordinato assetto del territorio, la carenza della documentazione attestante tale regolarità è rilevabile d’ufficio, in ogni stato e grado del giudizio (Cass. Sez. Un. N. 2385 del 11/11/2019, cit.); parimenti, è rilevabile d’ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, il mancato esame di tale documentazione da parte del giudice”.

Quanto all’esame del secondo motivo di ricorso e ultimo quesito di diritto, **la Corte ha ritenuto applicabili al giudizio di divisione endoesecutivo o endoconcorsuale le deroghe alla normativa urbanistica**, previste per gli “atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali” (dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5) e per i “trasferimenti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali” (dalla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 5) in base a plurimi argomenti:

1. la nuova formulazione dell’art. 600, secondo cui oggi più di ieri [198]:

– la divisione giudiziale è “lo sviluppo normale di ogni procedura di espropriazione di beni indivisi (la via ordinaria indicata dalla legge per attuare l’espropriazione di beni indivisi) [199] (...) **strutturalmente funzionale all’espropriazione forzata** della quota. Non rileva in senso contrario il fatto che il giudizio divisionale endoesecutivo sia comunque un giudizio di cognizione, distinto – soggettivamente ed oggettivamente – dal procedimento di espropriazione. Esso, nondimeno, è inserito nell’ambito del processo di espropriazione, del quale costituisce una parentesi, finendo per costituirne un’articolazione procedimentale” [200]

– “in definitiva, (...) il giudizio di divisione endoesecutiva **non è? affatto autonomo dal processo di espropriazione**, ma si trova in rapporto di “**strumentalità? necessaria**” rispetto ad esso”.

Si legge che– “il legame di dipendenza strumentale del giudizio divisorio rispetto al procedimento espropriativo e? poi confermato dalla speciale legittimazione ad agire per lo scioglimento della comunione che e? riconosciuta al creditore procedente (ma anche all’interventore munito di titolo esecutivo); legittimazione che trova il proprio fondamento nel credito per la soddisfazione del quale l’azione esecutiva e? esercitata, di tal che il giudizio di divisione dei beni pignorati non può? essere iniziato e, se iniziato, non può? proseguire ove venga meno in capo all’attore la qualità? di creditore e, con essa, la legittimazione e lo stesso interesse ad agire (cfr. Cass., Sez. 3, n. 6072 del 18/04/2012)”;

2. la formulazione letterale e la ratio delle disposizioni eccezionali di cui agli artt. 46, comma 5, del d.P.R. n. 380 del 2001 e 40, commi 5 e 6, della legge n. 47 del 1985 che ne fanno disposizioni coerenti al sistema delle nullità urbanistiche, **per niente eccezionali** [201], in quanto si basano sulla circostanza che tutti gli atti di espropriazione (anche quando semplicemente “derivanti” da un’esecuzione forzata) non promanano dalla volontà negoziale del proprietario ma, anzi, siano posti in essere sempre e comunque in suo danno, ad iniziativa e a vantaggio dei suoi creditori.

Si legge: “(...) Orbene, nella specie, non può? dirsi che le disposizioni eccezionali di cui agli artt. 46, comma 5, del d.P.R. n. 380 del 2001 e 40, commi 5 e 6, della legge n. 47 del 1985 dettino una

disciplina contrastante con la ratio legis posta a fondamento della comminatoria di nullità? di cui all'art. 46, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001 e all'art. 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985. Anzi, l'esclusione di tale comminatoria per gli «atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali» si colloca proprio nel solco della detta ratio normativa», perché se è vero che le nullità previste hanno funzione sanzionatoria nei confronti del proprietario e dei suoi eredi, precludendo loro la possibilità di negoziare il bene abusivo, le stesse non hanno “ragion d'essere rispetto agli atti strumentali all'espropriazione forzata intrapresa nei confronti del proprietario del fabbricato abusivo.

Gli atti di espropriazione dei beni pignorati o di quelli soggetti a procedura concorsuale, invero, lungi dal promanare dalla volontà negoziale del proprietario del fabbricato abusivo, costituiscono invece atti che quest'ultimo deve patire nell'ambito dell'esecuzione forzata intrapresa nei suoi confronti dai creditori. Non si tratta di atti posti in essere ad iniziativa e nell'interesse del proprietario dell'immobile abusivo (che è il debitore esecutato o il fallito), ma di atti posti in essere in suo danno, ad iniziativa e a vantaggio dei suoi creditori.

Non avrebbe senso, allora, una comminatoria di nullità che si estendesse agli atti traslativi posti in essere nell'ambito delle procedure esecutive individuali o concorsuali, perché una comminatoria di tal fatta, piuttosto che svolgere la sua tipica funzione di sanzione nei confronti del proprietario dell'edificio abusivo, finirebbe – al contrario – per avvantaggiare quest'ultimo in pregiudizio dei creditori.”

Risulta, pertanto, del tutto coerente col disegno e l'intenzione legislativa, confermata dal tenore letterale dei commi derogatori, l'esclusione dalle nullità urbanistiche tutti gli atti funzionali all'attuazione coattiva del credito e alla liquidazione della quota oggetto di esecuzione individuale o concorsuale.

19. Gli spunti offerti dalla sentenza per la ricostruzione della disciplina della vendita in divisione pura e in divisione endoesecutiva

La sentenza è particolarmente interessante perché nell'enunciare e motivare i 5 principi di diritto enunciati offre importanti punti di partenza e spunti di riflessione quanto all'oggetto della terza sezione di questo studio, che sono i seguenti:

1. lo scioglimento di comunione (c.d. divisione pura) è soggetta alle prescrizioni previste a pena di nullità nella disciplina urbanistica (v. primo e secondo principi di diritto);
2. in caso di scioglimento giudiziale di comunione (ordinaria o ereditaria, non endoesecutiva) avente ad oggetto un bene abusivo, non è possibile procedere alla divisione (e alla vendita del bene non comodamente divisibile) fino a che l'abuso non venga rimosso o sanato (v. terzo principio di diritto);
3. l'incommerciabilità del bene sotto il profilo urbanistico rileva come difetto di una condizione dell'azione (la possibilità giuridica), rilevabile in qualsiasi stato e grado del giudizio anche d'ufficio (terzo principio di diritto);

in motivazione all'enunciazione del terzo principio di diritto:

4. in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte in tema di pronuncia ex art. 2932 c.c., l'ordinamento giuridico non può consentire che le parti, attraverso il ricorso al giudice, conseguano un effetto giuridico ad esse precluso per via negoziale, così aggirando il complesso sistema di sanzioni posto a tutela dell'ordinato assetto del territorio, né il giudice potrebbe- contraddittoriamente- da un lato dichiarare la nullità e , dall'altro, disporre la divisione di

- fabbricati abusivi delle divisioni negoziali in violazione della normativa urbanistica;
5. essendo la regolarità edilizia del fabbricato posta a presidio dell'interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio, la carenza della documentazione attestante tale regolarità o il mancato esame di tale documentazione è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio;
 6. in forza delle disposizioni eccezionali degli artt. 40 L.47/85 e 46 DPR 380/2001 la divisione c.d. endoesecutiva o endoconcorsuale è sottratta alle nullità previste dalla disciplina urbanistica (v. quinto principio di diritto);

e in motivazione all'enunciazione del quinto principio:

7. sono le peculiari caratteristiche dei procedimenti di divisione endoesecutiva ed endoconcorsuale che rendono coerente al sistema e non eccezionale la espressa sottrazione al sistema delle nullità urbanistiche, non solo di tutti i trasferimenti in esito a vendita forzata (in esecuzione individuale o concorsuale) ma anche di tutti i trasferimenti e le attribuzioni in sede di divisione giudiziale endoesecutiva o endoconcorsuale, in quanto la divisione in tali casi è un'articolazione procedimentale necessaria dell'esecuzione, in quanto *“impedire la divisione dell'edificio privo di legittimità urbanistica vorrebbe dire ridurre l'espropriazione alla vendita di quota indivisa, indirizzandola verso esiti irrisori quanto al possibile ricavato”*, in quanto la *ratio* del sistema delle nullità urbanistiche è quella di sanzionare il proprietario e i suoi eredi precludendo loro la possibilità di negoziare il bene, mentre gli atti di espropriazione lungi dal promanare dalla volontà sono atti posti in essere in suo danno e a vantaggio dei creditori^[202].

E sembra utile osservare, a tale ultimo proposito, che nel caso di divisione endoesecutiva o endoconcorsuale verranno a beneficiare della speciale esenzione dalle nullità in materia urbanistica anche gli altri condividenti non eseguiti.

20. Possibili conclusioni sull'applicabilità o meno di altre disposizioni previste in ambito negoziale alla vendita in divisione pura e in divisione endoesecutiva

Consapevoli che le decisioni delle Sezioni Unite, nel nostro sistema non siano vincolanti (se non per il giudice del rinvio) e fondino la propria autorevolezza sulla persuasività degli argomenti^[203], possiamo qui concludere osservando che la presa di posizione della Corte è, comunque, netta ed inequivocabile in materia di disciplina urbanistica e relative nullità:

- quanto alla sua applicabilità alle divisioni giudiziali c.d. pure, se pur con modalità applicative e conseguenze successive adattate allo strumento giudiziale utilizzato;
- quanto alla sua non applicabilità alle divisioni c.d. endoesecutiva o endoconcorsuali.

Quanto ai percorsi argomentativi utilizzati dalla Suprema Corte per supportare i principi di diritto enunciati sull'applicabilità della disciplina delle nullità urbanistiche anche alla divisione giudiziale c.d. pura, è evidente che gli stessi potrebbero essere utilizzati come traccia operativa, se pur tutta da verificare, per stabilire l'applicabilità o meno alle medesime (e, quindi, anche all'eventuale vendita giudiziale in tale sede) di tutte quelle discipline, poste a tutela di interessi pubblici e applicabili alle divisioni negoziali.

Ci riferiamo all'argomento secondo cui, appunto, non potrebbe essere consentito alle parti del giudizio di divisione un effetto maggiore di quello che potrebbe essere dalle stesse raggiunto al di fuori del giudizio a mezzo di una divisione negoziale.

Si tratta di un argomento di recente molto utilizzato anche per confermare l'applicabilità della disciplina sulla conformità catastale oggettiva (oltre che di quella urbanistica) nell'ambito dei

procedimenti di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. dell'obbligo a concludere il contratto di compravendita.

Lo sforzo dell'interprete, ammessa la correttezza e l'utilizzabilità di tale argomento, si dovrebbe allora di volta in volta concentrare sul rilievo dell'interesse pubblico tutelato dalla singola normativa e sull'eventuale meccanismo sanzionatorio predisposto in ambito negoziale per valutarne il necessario bilanciamento con il diritto delle parti allo scioglimento della comunione e alla tutela giurisdizionale di questo diritto[204].

Non solo, ma, una volta ritenuto che determinate normative a tutela di interessi pubblici non possano essere eluse dalle parti del giudizio divisionale c.d. proprio o puro, si potrebbe anche ritenere (in conformità a quanto qui statuito dalle sezioni unite e in conformità ad un certo orientamento giurisprudenziale che si sta consolidando nell'ambito dell'azione ex art. 2932 c.c.[205]) che il loro rispetto si manifesti e attui nel processo con modalità ben diverse da quelle disciplinate in ambito negoziale, perché si tratterebbe non tanto di applicare la disciplina prevista per gli atti negoziali, ma di tutelare i medesimi interessi pubblici che la stessa protegge o persegue, sebbene nel rispetto del mezzo processuale utilizzato.

Il mancato rispetto di una determinata normativa prevista in ambito negoziale a pena di nullità potrebbe perciò rilevare in ambito processuale divisionale (forse anche in ambiti diversi da quello delle nullità urbanistiche) come difetto di una condizione dell'azione[206] e l'eventuale mancata acquisizione di una certa documentazione richiesta o il suo mancato esame, resterebbero rilevabili in ogni grado e fase del giudizio.

Quello che la pronuncia non dice espressamente, ma è la conseguenza della scelta giurisprudenziale a cui rinvia (la giurisprudenza della stessa Corte in ambito di azione ex art. 2932 c.c.) è che in tali casi il vizio (cioè la mancata acquisizione della documentazione o il suo omesso esame) si tradurrebbe in un *error in iudicando*, destinato a sanarsi con l'esaurimento dei mezzi di impugnazione del provvedimento finale e con la stabilizzazione dei suoi effetti[207].

Quanto poi, invece, allo statuto della vendita in divisione endoesecutiva o endoconcorsuale, sebbene il principio di diritto statuito in ambito urbanistico, cioè la sottrazione alle nullità urbanistiche di tutti gli atti derivanti da procedure esecutive individuali o concorsuali, trovi il suo fondamento principale nel dato testuale, abbiamo visto che l'argomentazione utilizzata dalla Corte è particolarmente interessante sotto due ulteriori profili:

– il primo è quello della sottolineatura, a seguito della riformulazione dell'art. 600 c.p.c., della *strumentalità necessaria* della divisione endoesecutiva all'attuazione coattiva del credito (affermando che *il giudizio di divisione endosecutivo non è affatto autonomo dal processo di espropriazione*);

– il secondo sta nell'esclusione dell'eccezionalità della norma[208] che viene descritta come una norma di sistema, in quanto la comminatoria di nullità ha natura sanzionatoria nei confronti del proprietario o dei suoi eredi, precludendo loro la possibilità di negoziare i diritti reali relativi agli edifici abusivi, “*ma tale comminatoria di nullità non ha ragione d'essere rispetto agli atti strumentali all'espropriazione forzata intrapresa nei confronti del proprietario del fabbricato abusivo*”[209].

In sostanza l'esonero dalle nullità urbanistiche, anche in divisione endoesecutiva, discenderebbe dal sistema, in quanto gli atti di espropriazione dei beni pignorati o soggetti a procedura concorsuale, *lungi dal promanare dalla volontà negoziale del proprietario del fabbricato abusivo, costituiscono* atti che lo stesso deve patire, si tratta di atti non a sua iniziativa ed interesse, ma in suo danno e a vantaggio dei creditori.

L'argomento è particolarmente interessante perché potrebbe essere utilizzato per escludere l'applicabilità anche di altre discipline negoziali sia alla vendita forzata che alla vendita in divisione endoesecutiva o endoconcorsuale (anche, in ipotesi, a prescindere dall'esistenza di un espresso dato testuale in tal senso).

Pensiamo alla conformità catastale oggettiva e soggettiva e alle nullità in essa previste o ad altre normative volte a sanzionare la volontà negoziale del proprietario o il suo intento speculativo che, infatti, sono già ritenute non applicabili alla vendita forzata c.d. in danno e che, secondo questo schema logico, non dovrebbero essere applicabili neppure alla vendita in divisione endoesecutiva.

In tali casi, ammessa la bontà della ricostruzione, il problema interpretativo si sposterà sulla portata degli interessi pubblici protetti, sul loro rapporto con la tutela del credito e/o sul rilievo della volontà negoziale della parte.

E' evidente che ricostruire la disciplina applicabile alla divisione giudiziale e alla vendita del bene non comodamente divisibile in modo diverso a seconda che la stessa sia o meno un'articolazione di un'esecuzione forzata (individuale o concorsuale), retta o meno dalla legittimazione e dall'interesse di un creditore che ha esercitato l'azione esecutiva, pone qualche problema, ma è proprio quanto statuito dalle Sezioni Unite, almeno nel caso del bene urbanisticamente abusivo.

Se le argomentazioni delle Sezioni Unite saranno ritenute persuasive dagli operatori del diritto e dalla successiva giurisprudenza, la direzione interpretativa segnata in questa occasione, utilizzabile in altri ambiti e a proposito di altre discipline negoziali, potrebbe essere:

- quanto alla vendita forzata, quella (già attuale) di verificare di volta in volta l'applicabilità di una disciplina negoziale, nel corretto bilanciamento degli interessi protetti e inquadramento del rilievo o meno della volontà negoziale nella fattispecie disciplinata (sotto il profilo della procedibilità della vendita o della sua trasparenza);

- quanto alla vendita in sede divisionale c.d. pura, quella di verificare, di volta in volta, il rilievo dell'interesse pubblico protetto da una specifica disciplina in ambito negoziale (sulla base delle sanzioni approntate), tenendo presente che il processo non può essere il mezzo per eludere norme imperative e che le parti non possono ottenere con il giudizio ciò che è loro vietato al di fuori;

- quanto alla vendita in divisione endoesecutiva o endoconcorsuale quella di applicare la stessa disciplina ritenuta applicabile in vendita forzata, in quanto articolazione necessaria del processo espropriativo, retta dalla speciale legittimazione ed interesse ad agire del creditore procedente o intervenuto nel processo espropriativo, sempre attuata in danno del debitore e a beneficio dei creditori.

Un'ultima notazione, le parti condividenti non esegutate non sembrano subire alcun pregiudizio da questa ricostruzione, in quanto in divisione endoesecutiva la sottrazione a determinate norme imperative (prevista espressamente dalla legge o ricavata in via interpretativa) risulterà di fatto a vantaggio oltre che dei creditori del condividente esegutato anche degli altri condividenti non esegutati.

Il ché è a dire (mettendo insieme quanto visto nella seconda sezione a proposito degli aspetti processuali con quanto osservato qui in merito all'applicabilità delle diverse discipline negoziali) che nella vendita in divisione endoesecutiva le prerogative e i diritti dei condividenti non esegutati, non solo non sono pregiudicati da eventuali diverse norme processuali tipiche del processo esecutivo (in quanto restano disciplinati dalle norme tipiche del giudizio ordinario^[210]), ma anzi possono giovare (quanto meno nel caso di bene abusivo) della speciale disciplina di vantaggio (e in deroga alla divisione negoziale) assicurata dall'ordinamento e a beneficio della tutela del credito.

21. Conclusioni complessive.

In esito a questa lunga, se pur non del tutto esaustiva, carrellata di pronunce, ci pare potersi concludere che la giurisprudenza degli ultimi 12 anni ha dato all'interprete alcuni punti fermi e una possibile traccia interpretativa sia sul rinvio procedimentale contenuto nell'art. 788 c.p.c. alla vendita in sede esecutiva che sulla disciplina applicabile alle vendite in divisione giudiziale pura e in divisione endoesecutiva.

Il primo punto fermo è che il rinvio previsto per la vendita in divisione (per c.d. pura) alla vendita in sede esecutiva, dal punto di vista processuale, riguarda oltre che lo schema procedimentale (rigido) della vendita senza incanto, anche una parte delle norme sempre processuali non espressamente richiamate, ma per così dire di sistema, come quelle volte a garantire la trasparenza e la stabilità della vendita (controllo ipocatastale ex art. 567, sussistenza di una perizia idonea, utilizzo di pubblicità adeguate, ecc.) o quelle relative all'impugnazione e stabilità dei suoi atti procedurali (in particolare del decreto di trasferimento) poste a tutela dell'efficienza del processo oltre che dell'affidamento dei terzi.

Il tutto, però, con la dovuta verifica di compatibilità rispetto alle eventuali specificità del giudizio divisionale.

Verifica di compatibilità che comporta: la prevalenza di eventuali norme esplicite che regolino il giudizio di divisione, l'applicazione modulata ed adattata al giudizio divisionale di talune prescrizioni funzionali alla liquidazione dei beni e l'inapplicabilità delle disposizioni procedurali che traggono la loro unica ragione d'essere dalla tutela prioritaria del diritto di credito, che è perseguito in espropriazione, ma non in divisione.

Il secondo punto chiarito è che il giudizio divisionale endoesecutivo o endoconcorsuale è sì strumentale al procedimento esecutivo di beni indivisi e ne rappresenta lo sviluppo normale, ma non ne è ne' una fase ne' un subprocedimento, restandone distinto come un giudizio processualmente autonomo sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo che quanto alla disciplina processuale generale applicabile (di giudizio di cognizione ex art. 784 e ss.).

Le peculiarità del giudizio divisionale endoesecutivo si concretizzano in alcune forme speciali previste per la sua introduzione o per il raccordo col processo esecutivo (disciplinate positivamente) e nella legittimazione speciale riconosciuta al creditore (procedente o intervenuto con titolo) del procedimento esecutivo del bene indiviso, perché nel giudizio divisionale endoesecutivo lo scopo tipico della divisione, cioè lo scioglimento della comunione con attribuzione a ciascun condividente di beni in proprietà esclusiva (o del loro equivalente in denaro), è perseguito dal creditore per soddisfare più efficientemente (ma in sede esecutiva) la soddisfazione del proprio credito.

Ne consegue che dal punto di vista strutturale (a parte queste specificità) il giudizio divisionale è sempre lo stesso (che si tratti di divisione propria o endoesecutiva), si applicano tutte le norme a tutela delle prerogative dei condividenti (artt. 718 e 720 c.c.) ed eventuali contestazioni riguardanti la sussistenza dell'interesse o la legittimazione del creditore saranno rilevanti e determinanti per la prosecuzione del giudizio solo nella misura in cui non si sia manifestata l'iniziativa degli altri condividenti.

Quanto allo statuto della vendita in sede divisionale, cioè all'applicabilità ad essa della disciplina prevista per la divisione e per la vendita in ambito negoziale piuttosto che di quella speciale riconosciuta alla vendita in sede forzata, non sembra che l'art. 788 c.p.c. rilevi in alcun modo, riferendosi solo all'aspetto strutturale del procedimento nella fase di liquidazione e non alle condizioni della vendita.

Sembra, invece, che un ruolo determinate lo possano giocare gli interessi pubblici tutelati da determinate normative e la circostanza che la divisione sia o meno strumentale ad un'espropriazione forzata.

Le Sezioni Unite n. 25021/2019 hanno, infatti, statuito, a proposito dell'applicabilità o meno alle divisioni giudiziali della disciplina urbanistica e delle nullità in essa previste, l'improseguibilità della divisione c.d. pura nel caso di bene urbanisticamente abusivo (terzo punto fermo) e la sottrazione alle c.d. nullità urbanistiche, invece, della divisione c.d. endoesecutiva o endoconcorsuale (quarto punto fermo).

I percorsi argomentativi utilizzati dalle Sezioni Unite per raggiungere le proprie conclusioni a proposito della disciplina urbanistica offrono interessanti spunti di riflessione ed una traccia operativa all'interprete per tutti i diversi casi e dubbi di applicabilità di ulteriori normative negoziali alle divisioni e alle vendite giudiziali (che solo il tempo ci dirà se abbastanza persuasivi da affermarsi e consolidarsi in altri ambiti).

In pratica, mentre nella vendita in divisione c.d. "pura" potrebbero non esservi ragioni per derogare a talune normative imperative previste per la vendita negoziale a presidio di interessi pubblici (oltre a quelle previste a pena di nullità dell'atto in materia urbanistica, anche quelle relative alla c.d. conformità catastale oggettiva, ad esempio), in conformità al principio (ormai consolidato nel diverso ambito dell'azione ex art. 2932 c.c. e non solo) per cui le parti non possono ottenere con il processo *un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che è loro consentito nell'ambito della loro autonomia negoziale*^[211], nella vendita endoesecutiva realizzata su impulso del creditore di un condividente e strumentale al procedimento esecutivo (nel frattempo sospeso), invece, la speciale legittimazione del creditore del processo esecutivo e l'ulteriore suo interesse a poter efficientemente perseguire la soddisfazione del proprio credito (se pur in sede esecutiva) sembrano connotare questa vendita come in danno di (almeno) un condividente, sottraendola alla disciplina comune e sottoponendola allo statuto privilegiato della vendita forzata (solo occasionalmente a beneficio anche degli altri condividenti oltre che delle ragioni del credito).

Il quinto punto fermo in ambito di disciplina urbanistica enunciato dalla pronuncia delle Sezioni Unite (che è anche spunto di interpretazione per altri ambiti) è che, comunque, nella vendita in divisione pura la necessità di rispettare determinate normative previste in ambito negoziale e gli interessi pubblici da esse protetti si traduce non nell'applicazione ad atti e provvedimenti del processo delle norme previste per negozi e contratti, ma semplicemente nella necessaria acquisizione e verifica di determinati documenti nel processo per l'esame di una condizione dell'azione (la possibilità giuridica), acquisizione e verifica la cui eventuale omissione è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio.

Quel che la sentenza delle sezioni unite non dice espressamente, ma sembra un dato riconosciuto nella giurisprudenza cui rinvia (quella sull'azione ex art. 2932 c.c.) è che si tratterebbe di mero *error in iudicando*, destinato ad essere sanato dall'eventuale esaurimento dei suoi mezzi di impugnazione.

Ed è forse questo il dato e lo spunto maggiormente interessante, se pur sotto traccia e meritevole di ulteriori approfondimenti, utile alla ricostruzione di un sistema in cui gli interessi pubblici protetti da determinate norme in ambito negoziale possano essere valutati e rispettati anche in ambito processuale (quanto meno quando quest'ultimo è funzionale ad ottenere quel che avrebbe dovuto o potuto essere negoziato dalle parti), ma nel rispetto del mezzo processuale utilizzato.

Dal punto di vista dell'attività richiesta al delegato, segnaliamo che l'analisi circa la vendibilità del bene in divisione giudiziale e circa le condizioni di tale vendita (in divisione "pura" o endoesecutiva) dovrebbe essere stata effettuata ben prima del conferimento della delega, ma ciò non esclude che il delegato si debba confrontare con il proprio giudice delegante in tutti i casi dubbi, sia in merito all'applicazione di talune norme procedurali che in relazione alle condizioni della vendita e

all'applicabilità di talune norme previste come imperative in ambito negoziale.

NOTE

[1] Studio CNN n. 16-2010/E del 21 maggio 2010, *La delega al notaio della vendita di beni immobili nel giudizio di scioglimento della comunione (ex art. 788 c.p.c.)*, di E. Gasbarrini, in *Studie e Materiali*, 2010, 4, 963 e ss.

[2] Tra le tante RQ 228-2016 di L. Piccolo, *Applicabilità delle norme in tema di conformità catastale all'ordinanza di assegnazione emessa nell'ambito della divisione endoesecutiva*, Risposta a quesito precedente al consolidarsi dell'attuale orientamento in merito all'applicabilità della disciplina sulla conformità catastale c.d. oggettiva anche ai giudizi ex art. 2932 c.c.su cui di seguito. RQ n. 78-2017/C (di L. Piccolo), *Applicabilità all'ordinanza di divisione ex art. 789 c.p.c. dell'art. 29 comma 1 – bis della legge 52/85 nonché della disciplina in materia urbanistica, con particolare riguardo alla possibilità di confermare l'atto in ipotesi di omesse menzioni*; RQ n. 250-2017/C. e RQ n. 225-2017/C (di L. Piccolo) in punto di divisione e cancellazione ipoteche ex art. 2825.

[3] Il tema del rinvio interroga l'interprete circa l'applicabilità di tutta la normativa posta nella vendita esecutiva a tutela dell'affidamento dei terzi (che nell'evoluzione normativa è risultato prevalente anche rispetto agli interessi delle parti del processo: pensiamo alle norme che hanno sottratto alle parti la disponibilità dei tempi e dello svolgimento del processo: art. 495, 624 bis, 631 c.p.c. e 164 bis disp. att. ma, soprattutto, all'art. 187 disp. att.) e quella sulla regolarità delle operazioni di vendita, la loro trasparenza e competitività, la cui violazione è rimessa al rilievo d'ufficio e aperta alla legittimazione anche dei terzi offerenti o aggiudicatari (in tema di pubblicità della vendita, coerenza e congruità della documentazione agli atti, ecc.) in prima battuta. In seconda battuta, ci si deve chiedere se il rinvio possa intendersi esteso ad istituti previsti nella vendita forzata come quello della decadenza e della condanna in danno o quello della custodia (norme dislocate topograficamente prima e/o dopo gli articoli richiamati, senza che la loro collocazione possa ritenersi un argomento determinante).

[4] Come è noto, infatti, la vendita in sede esecutiva forzata ha una disciplina propria che la distingue da quella negoziale contenuta in parte nel codice civile, in parte in alcune specifiche norme positive che la sottraggono a determinate disposizioni previste per gli atti negoziali (pensiamo alle nullità urbanistiche o all'esercizio della prelazione agraria) e in parte consolidata nella prassi interpretativa.

[5] Per espressa disposizione normativa (come in ambito urbanistico o per la prelazione agraria) o per consolidate prassi interpretative (come per la conformità catastale).

[6] In sede divisionale c.d. "pura", infatti, la vendita è sempre funzionale allo scioglimento della comunione, su iniziativa di un convivente e a beneficio di tutti gli altri, e in essa manca quell'interesse di ordine pubblico alla tutela del credito che è la ragione di talune deroghe alla disciplina della vendita di diritto comune, nell'espropriazione forzata.

[7] Gli interpreti escludono l'applicabilità della prelazione urbana degli immobili commerciali alle vendite coattive sulla base dell'assenza di volontarietà della vendita (così Cass. n. 1125/1996 e Cass. n. 3298/1984). In tal senso l'esclusione della prelazione agraria in vendita forzata non sarebbe una norma eccezionale, ma l'applicazione di un principio più ampio e sarebbero, pertanto, escluse anche la prelazione ereditaria e quelle prelazioni a tutela di interessi meramente privatistici (Cass.n. 7056/1999)..

[8] Pensiamo a talune prelazioni (come quella del conduttore di immobile commerciale), ma anche alle norme imperative sul rinnovo automatico nel caso di locazione urbana (dopo la prima scadenza si ritiene non rinnovabile automaticamente in pendenza del processo esecutivo e in mancanza di autorizzazione del G.E.) e alla vendita di beni di edilizia residenziale pubblica (nell'interpretazione data fino all'ultimo intervento normativo, di cui ai commi 376-379 dell'art. 1 della legge n. 178 del 31 dicembre 2020 di bilancio, che ha affermato l'importanza degli interessi pubblici sottesi a talune normative, anche in ambito di vendita esecutiva). In tal senso la recente Cass. III, 17 gennaio 2017, n. 918 che ha escluso l'applicabilità della prelazione agraria e ritenuto l'estensione della norma di cui all'art. 8, comma 2, l. 590/1965, anche ad una vendita in divisione c.d. pura sulla base della non volontarietà della vendita anche nell'ambito di divisione giudiziale *“che nel caso di vendita divisionale si è in presenza di una vendita non volontaria, non riconducibile cioè ad una libera determinazione dei comproprietari lo si desume non solo dal richiamo di cui all'art. 788 c.p.c. (art. 570 c.p.c. e segg.), ma soprattutto perché ad essa si procede solo in caso di necessità, previa adozione di un provvedimento giurisdizionale, che può essere disposto con sentenza in caso di controversia sulla necessità della vendita stessa, a prescindere, quindi, dalla volontà dei comproprietari, evidenziandosi che in presenza di comune accordo alla divisione e alla vendita, ben si potrebbe procedere, invece, alla vendita volontaria dei beni.”* Discostandosi da quanto, invece, ritenuto da Cass., III, n. 5069 del 29 febbraio 2012 secondo cui l'esercizio di una prelazione prevista in ambito negoziale non è incompatibile con la struttura giudiziale della vendita in sede divisionale e vada verificata caso per caso in relazione agli interessi tutelati dalla normativa.

[9] V. Cass. n. 3298/1984, ma l'argomento è confutato da Cass., n. 5069 del 29 marzo 2012 e da Cass. S.U. n. 14083 del 27 luglio 2004 secondo cui nulla osta a che l'aggiudicazione venga condizionata al mancato esercizio della prelazione da parte dell'avente diritto debitamente avvertito.

[10] Ci riferiamo, ad esempio, alla compatibilità del meccanismo di esercizio della singola prelazione con il procedimento di gara e aggiudicazione, come anche al dubbio circa l'applicabilità del riscatto successivo alla trascrizione del trasferimento anche in caso di vendita effettuata a mezzo di provvedimento giudiziario. Sulle modalità di esercizio della prelazione E. Sgubin, *Vendita all'incanto dell'immobile in sede di divisione giudiziale: la cassazione riconosce il diritto di prelazione del conduttore*, in Nuova Giur. Civ. Com., 2012, 10, 10826 ed ivi riferimenti in giurisprudenza e dottrina.

[11] In tal senso anche Cass. n. 5069 del 29 marzo 2012 a proposito di vendita giudiziale in divisione e prelazione urbana.

[12] Che ricomprende sia l'attività di accompagnamento in visita dei beni che il fornire informazioni che la consegna dei beni, previa liberazione.

[13] Ci riferiamo al sequestro giudiziario.

[14] Si rinvia da ultimo a R. Lombardi, *La connessione tra divisione ed espropriazione forzata*, in Riv. Es. forz., 2019, 3, 545 e s. e in generale a R. Lombardi, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*. Napoli, 2009.

[15] Cass. n. 1620 del 19 gennaio 2022: *“nonostante il collegamento strumentale con l'espropriazione forzata e la competenza funzionale del giudice dell'esecuzione, il giudizio di divisione costituisce un autonomo processo di scioglimento della comunione e non può essere considerato una fase o subprocedimento della procedura esecutiva in cui si innesta (Cass. 22210/2021)”*. Cass. n. 22210 del 4 agosto 2021: *“Il giudizio di divisione dei beni indivisi pignorati (la cd. “divisione endoesecutiva”) ha natura di procedimento incidentale di cognizione nel procedimento esecutivo e, pur essendo in collegamento con l'espropriazione forzata e devoluto alla competenza funzionale del giudice dell'esecuzione, costituisce un autonomo processo di scioglimento della comunione e non può essere considerato una fase o un subprocedimento della procedura espropriativa in cui si innesta; ne*

consegue che nell'ambito del procedimento divisionale non possono essere introdotte – o, se comunque introdotte, non possono essere esaminate e decise – opposizioni esecutive avverso i provvedimenti del giudice dell'esecuzione."

[16] Da ultimo leggiamo in Cass. S.U. n. 25021 del 7 ottobre 2019: *"La divisione – la cui disciplina codicistica, dettata con riferimento alla comunione ereditaria, si applica anche alla comunione ordinaria in quanto compatibile (art. 1116 cod. civ.) – può essere "contrattuale", quando è conseguita attraverso l'accordo tra i tutti i partecipanti alla comunione, culminante nella stipulazione di un apposito contratto divisionale (divisio ex contractu); oppure "giudiziale", quando è disposta con apposita pronuncia del giudice (divisio iudicis) a seguito dell'azione di divisione esercitata da uno dei partecipanti alla comunione (si tratta dell'azione che le fonti giustineane denominano "actio familiae erciscundae", che corrisponde, con riguardo alla comunione ordinaria, all' "actio communi dividundo")*.

Il negozio divisorio (che, quando concerne beni immobili, è soggetto alla forma scritta ad substantiam: art. 1350 n. 11 cod. civ.) è un contratto plurilaterale, cui devono necessariamente prendere parte tutti i partecipanti alla comunione, con il quale la quota ideale spettante a ciascun condividente (pars quota) viene convertita in una "porzione concreta" (pars quanta) dei beni comuni in titolarità esclusiva (c.d. "apporzionamento").

L'apporzionamento determina l'attribuzione in titolarità esclusiva dei diritti in comunione su una porzione di essi, il cui valore, rispetto al valore dei beni divisi, deve corrispondere al valore della quota spettante al condividente sui beni comuni.

Anche la divisione giudiziale, come quella contrattuale, esige la partecipazione al giudizio di tutti i compartecipi (l'art. 784 cod. proc. civ. prevede espressamente che, nel giudizio divisorio, vi è litisconsorzio necessario tra tutti gli eredi o condomini: cfr. Cass., Sez. 2, n. 4891 del 26/04/1993; Cass., Sez. 1, n. 7954 del 13/08/1998). Con essa alla contitolarità del diritto sopra i beni comuni si sostituisce il diritto esclusivo di ciascuno degli originari partecipanti su una parte di tali beni; ma la legge prevede che, qualora i beni ereditari non possano essere divisi in natura, si possa procedere all'attribuzione congiunta (se più coeredi la chiedano) o alla vendita all'incanto con successiva divisione del ricavato (artt. 720 e 722 cod. civ.).

[17] A tale proposito può essere utile precisare, fin da ora, che per quanto riguarda la pronuncia sulla vendita, è orientamento ormai pacifico e consolidato che *"nell'ordinanza prevista dal primo comma dell'art. 788 c.p.c. deve, in vero, ravvisarsi la previsione di due distinte ed autonome determinazioni del giudice istruttore, che hanno natura e contenuti diversi e che vanno, di conseguenza, assoggettate a differente disciplina: l'una con la quale, il giudice, nell'ambito del giudizio di divisione, provvede per il prosieguo, secondo la specifica previsione normativa, una volta accertato che "occorre procedere alla vendita dell'immobile" così disponendo in conformità; l'altra con la quale, sulla base di tale premessa, stabilisce le modalità dell'incanto giusta la previsione degli artt. 576 ss. c.p.c. (oggi il rinvio è agli art. 570 e ss.) cui all'uopo rinvia la seconda parte dello stesso art. 788c.p.c.",* così Cass. n. 1575 del 24 febbraio 1999.

Quando il giudice dispone la vendita, allora, vi sono due provvedimenti: il primo che dichiara la necessità della vendita (ovvero la non comoda divisibilità, ecc.) che ha natura di atto processuale tipico del giudizio divisionale e conclusivo di fase, al quale si applicano norme e principi del giudizio divisionale (in punto di forma, di formale contestazione e di impugnazione) e il secondo che la dispone alla stregua dell'art. (oggi) 569 c.p.c. ess. espressamente ivi richiamato, che ha invece natura e regime di stabilità analoghi a quelli del procedimento esecutivo, in quanto volto ad istruire il subprocedimento di vendita nel suo svolgimento pratico e operativo. Così da ultimo si legga Cass. S.U. 18185/2013 secondo cui l'orientamento risale alle intuizioni ante riforma di Cass. n. 1575/99 e Cass. 1572/00 secondo la felice intuizione che nell'ordinanza prevista dall'art. 788 siano ravvisabili due distinte ed

autonome determinazioni che hanno natura e contenuto diversi e assoggettate a differente disciplina: l'una con cui (nell'ambito del giudizio divisionale) si accerta che occorra procedere alla vendita e l'altra che, sulla base di tale premessa, stabilisce le modalità della vendita. *Quest'ultima determinazione, già al di fuori dell'ambito della disciplina del giudizio di divisione, soggetta alla disciplina generale del processo d'esecuzione e specificamente alla parte di essa nella quale vengono regolate le opposizioni agli atti esecutivi* (Cass. 24.5-99 n. 1575, 9.6.94 n. 5164, 21.3.85 n. 2063).

[18] V. Cass. 19 novembre 2020 n. 26356 *“Nel procedimento di scioglimento della comunione, ove si proceda mediante attribuzione diretta delle quote ai conviventi, non occorre attendere il passaggio in giudicato della sentenza che definisca le contestazioni insorte rispetto al progetto di divisione, giacché in tal caso, diversamente dall'ipotesi di assegnazione con sorteggio, la formazione delle parti e la loro distribuzione sono distinguibili solo dal punto di vista logico, mentre, sul piano operativo, rappresentano due aspetti di una medesima operazione, essendo la porzione formata in funzione del convivente cui va attribuita.*

[19] Cass.n. 7182 del 22 marzo 2018 così massimata: *“Nel procedimento di divisione ereditaria, il provvedimento con cui il giudice istruttore, uniformatosi alle statuizioni della sentenza non definitiva che ha approvato il progetto di divisione, provveda al sorteggio e alla assegnazione dei lotti, non è soggetto ad impugnazione, in quanto mero atto esecutivo delle decisioni assunte con la pronuncia non definitiva”.*

[20] E anche se vi sia esecutivamente da effettuare un sorteggio successivo. Sulla strumentalità della prima fase rispetto alla seconda (e sull'ininfluenza della fase del sorteggio) e sui problemi in caso di regressione dalla seconda fase alla prima per contestazioni tardive (ne caso in cui non sia stata pronunciata sentenza) v. Criscuolo *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, in Riv. Es. Forz., 2010, 448.

[21] Cass. S.U. n. 16727 del 2 ottobre 2012 e Cass. 15504 del 13 giugno 2018.

[22] A tale proposito Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, in Riv. Es. Forz., 2010, 443 e ss. ripercorre le varie tesi della dottrina per concludere nel senso che l'opinione maggioritaria in giurisprudenza è quella della ricostruzione dello stesso come un ordinario giudizio contenzioso (soggetto alle preclusioni in esso previste).

[23] In presenza di contestazione e a prescindere dalla forma utilizzata, il provvedimento avrebbe natura di sentenza, sarebbe impugnabile con appello e, pertanto, sarebbe idoneo al giudicato, mentre in assenza di contestazione avrebbe forma di ordinanza, non decisoria e non impugnabile (neppure ricorribile neppure in cassazione secondo l'orientamento più recente su cui di seguito), ma con effetti di preclusione affine al giudicato una volta concluso il giudizio.

[24] In tal senso R. Lombardi, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, cit., pag. 208 e ss.. Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, in Riv. Es. Forz., 2010, 446 e poi 474, il quale cita Cass. S.U. 20 giugno 2006 n. 14109 a proposito della tardività di una domanda di simulazione in una divisione giudiziale ereditaria.

[25] In tal senso già L. Di Cola, *L'oggetto del giudizio di divisione*, Milano, 2011.

[26] Così testualmente Cass., 10.11.98, n. 11293. Ma si legga anche da ultimo Cass., 10067 del 28 maggio 2020: *“Con la divisione si opera la trasformazione dell'oggetto del diritto di ciascuno, da diritto sulla quota ideale a diritto su un bene determinato, senza che intervenga fra i conviventi alcun atto di cessione o di alienazione* (Cass. n.1976/1983)” affermazione svolta in motivazione per spiegare il perché non vi sia l'onere della c.d. *probatio diabolica* che invece incombe al rivendicante in un giudizio di accertamento della proprietà. La sentenza riafferma in proposito il carattere dichiarativo

e non costitutivo di diritti anche sotto il profilo della sua inidoneità probante verso i terzi nei confronti dei quali occorre sempre dimostrare l'atto di acquisto della comunione e Cass. S.U. n. 25021 del 7 ottobre 2019 (che ha dato adito ad un'importante dibattito dottrinale sul punto) si legge: “ *Tuttavia, sul piano della modificazione della sfera giuridica dei conviventi, e? indubbio come nel fenomeno divisorio sia insito un effetto costitutivo, sostanzialmente traslativo, perche? con la divisione ogni convivente perde la (com)proprietà? sul tutto (che prima aveva) e – correlativamente – acquista la proprietà? individuale ed esclusiva sui beni a lui assegnati (che prima non aveva): le quote ideali spettanti a ciascun convivente su tutti i beni facenti parte della comunione sono convertite in titolarità? esclusiva su taluni singoli beni.*”

Deve, pertanto, riconoscersi che la divisione ha una natura specificativa, attributiva, che impone di collocarla tra gli atti ad efficacia tipicamente costitutiva e traslativa (efficacia, peraltro, della quale non si dubitava ne? nel diritto romano ne? in quello intermedio)”.

[27] Sull'evoluzione e la complessità del dibattito in materia (e anche sull'orientamento diverso minoritario) v. Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, cit., 448 e ss. in particolare 450 ove l'autore riferisce che “*ad agevolare il, spesso non agevole, compito dell'interprete circa la corretta qualificazione del carattere della sentenza, è il più recente orientamento giurisprudenziale sul punto, che ha ancorato il carattere di definitività non più a valutazioni di carattere sostanziale, bensì ad indici di natura formale, quale l'esplicito provvedimento di separazione, ovvero il provvedimento di liquidazione delle spese*”.

[28] Cass. 1760/1958, Cass. 1815/1963.

[29] Cass., n. 10067 del 28 maggio 2020.

[30] Contraria all'impugnazione differita della c.d. sentenza non definitiva nel giudizio divisionale è infatti R. Lombardi, *Contributo allo studio del giudizio divisorio cit*, pag. 204 e ss e pag. 322.

[31] R. Lombardi, *Orientamenti giurisprudenziali sul procedimento di scioglimento di comunioni*, in Corr. Giur., 2011, 1219 e ss. (in particolare 1223), riferisce come il principio di non contestazione codificato nell'art. 115 c.p.c. possa prefigurare un espediente processuale cui si ricorre in luogo dell'istruzione con l'effetto che l'ordinanza, pronunciata in tali casi, sarebbe in tutto sostitutiva della sentenza e perciò idonea ad attribuire certezza alla presunta pacificità del diritto alla divisione. Una diversa opinione si porrebbe in contrasto sia con la scissione del giudizio in fasi sia con il regime delle preclusioni. Non solo, ma sebbene la giurisprudenza maggioritaria ritenga l'unicità del processo, l'autrice riferisce che la Cassazione ondeggia tra il ritenere la non definitività di tutte le sentenze pronunciate nel corso del giudizio divisionale fino all'attribuzione finale e il distinguere alcune pronunce da altre, ma senza criteri puntuali.

Anche Cass. (ordinanza) 7 febbraio 2018, n. 2951, nella quale si dice che le questioni risolte dall'ordinanza ex art. 785 hanno un'efficacia simile al giudicato quando si giunga all'approvazione del progetto ex art. 789, non sembra decisiva ai nostri fini.

Se pensiamo alla vendita disposta sulla base di un certo assetto proprietario (quote tra i conviventi) dovrebbe ritenersi la vendita effettuata a terzi insensibile ad eventuali successive riformulazioni di tale assetto proprietario, in alternativa dovrebbe sospendersi la vendita fino alla definizione delle questioni tempestivamente sollevate.

[32] Lombardi, *Orientamenti giurisprudenziali sul procedimento di scioglimento di comunioni*, cit., 1229, ipotizza la preclusione dell'istanza di attribuzione una volta che si sia svolta la vendita e cita Cass. 28.1.1985 n. 684.

[33] La riforma in appello comporterebbe il prosieguo delle operazioni in tale grado senza rimessione al giudice di primo grado (Lombardi, *Orientamenti giurisprudenziali sul procedimento di scioglimento di comunioni*, cit., pag. 1224).

[34] Principio riaffermato incidentalmente anche da Cass. n. 10067/2020: *“il principio secondo cui l’atto di divisione non è idoneo a fornire la prova della proprietà nei confronti dei terzi, non può essere applicato nella controversia sulla proprietà tra i condividenti o i loro aventi causa, perché la divisione, accertando i diritti delle parti nel presupposto di una comunione dei beni divisi, presuppone l’appartenenza dei beni alla comunione (Cass. n. 4828/1994; n. 27034/2006 cit.; n. 4730/2015; n. 15504/2018).”*

[35] Prosegue: *“La speciale struttura del procedimento divisorio comporta che, qualora non sorgano contestazioni sul diritto alla divisione, si proceda alle operazioni divisionali in virtù di semplici ordinanze (art. 785 c.p.c.). In caso contrario, in qualsiasi stadio della procedura, le contestazioni vanno risolte nelle forme del procedimento ordinario e definite con sentenza (Cass. n. 11293/1998). Le sentenze pronunciate in questa fase del giudizio divisorio hanno natura di sentenze non definitive (Cass. n. 7165/1983; n. 1521/1980).”*

[36] Prosegue: *“Si spiega quindi l’affermazione secondo cui il principio che l’atto di divisione, per il suo carattere meramente dichiarativo, non è idoneo a fornire la prova della proprietà nei confronti dei terzi, non può essere applicato nella controversia sulla proprietà tra i condividenti o i loro aventi causa, perché la divisione, accertando i diritti delle parti nel presupposto di una comunione dei beni divisi, presuppone l’appartenenza dei beni alla comunione (Cass. n. 4828/1994; n. 27034/2006).”*

[37] Così massimata: *“L’aggiudicatario, che rivendica nei confronti del condividente o di un suo avente causa un bene attribuitogli in Sede di divisione, non deve fornire altra prova del suo diritto, poiché l’accertamento del suo diritto a conseguire il possesso di tali beni è stato già compiuto in Sede divisionale con efficacia di giudicato; il convenuto condividente od avente causa da quest’ultimo non può proporre l’eccezione possideo quia possideo né pretendere la reiterazione dell’accertamento del diritto, salvo che non possa impugnare la divisione contestandone il presupposto e deducendo un titolo di possesso diverso da ogni altro che possa derivargli dalla sciolta comunione”.*

[38] Ci riferiamo essenzialmente agli artt. 789-791 secondo cui il progetto divisionale e l’udienza di sua discussione devono essere comunicate a tutte le parti anche contumaci a pena di invalidità. V. Cass. n. 880 del 23 gennaio 2012.

[39] Secondo una certa ricostruzione l’ordinanza in tali casi sarebbe stata ricorribile in Cassazione ex art. 111 Cost. in quanto decisoria mentre secondo altra tesi non sarebbe stata ricorribile per Cassazione, ex art. 111 Cost. ma soggetta ad *actio nullitatis* (così Cass. 10995 del 10 giugno 2004), che non è un mezzo di impugnazione, ma un’ordinaria azione di accertamento per la declaratoria di inefficacia dei provvedimenti adottati dagli organi giurisdizionali al di fuori delle loro attribuzioni (provvedimento abnorme). Sulla differenza tra provvedimento decisorio (in quanto incidente su diritti in modo definitivo) e provvedimento abnorme si veda Cass. S.U.16727 del 2 ottobre 2012 e Cass. S.U. n. 2317 del 1995 secondo cui non necessariamente un provvedimento decisorio e definitivo è anche abnorme e un provvedimento anomalo, c.d. abnorme, potrebbe non essere idoneo ad incidere su diritti in modo definitivo. Prima del D.Lgs. 58 del 1998 si poteva discutere di abnormità quando il provvedimento decisorio venisse preso dal giudice istruttore con ordinanza anziché dal collegio con sentenza, successivamente la qualificazione dell’ordinanza ex art. 789, pronunciata in presenza di contestazioni, come abnorme risulta superato.

[40] Quanto alla pronuncia sulla vendita del bene non comodamente divisibile (su cui torneremo espressamente nel prosieguo) è significativa e interessante la Cass. 10798 del 11.5.2009 ove si legge, in conformità all’orientamento all’epoca consolidato, che nel caso in cui vi sia stata contestazione sulla

necessità della vendita e sia stata dichiarata la necessità della vendita in forma errata di ordinanza, il provvedimento ha natura decisoria ed è impugnabile in Cassazione ex art. 111 Cost. (oggi si riterrebbe impugnabile con appello), mentre in difetto di contestazioni non avrebbe natura decisoria e quindi non sarebbe ricorribile in Cassazione 111 Cost. Vi si legge anche che la presenza di contumaci non implichi la contestazione. Quanto alla pronuncia di approvazione del progetto divisionale Cass. n. 21064 del 2006 (citata da Cass. 11.5.2009 in un excursus sui precedenti: “(*... più di recente, il riferito indirizzo giurisprudenziale è stato ulteriormente specificato dalla sentenza n. 21064 del 2006, con la quale si è affermato che l’ordinanza del giudice istruttore che, ai sensi dell’[art. 789 cod. proc. civ.](#), dichiara esecutivo il progetto divisionale, pur definita dalla legge non impugnabile, è ricorribile in cassazione ex [art. 111 Cost.](#), qualora risulti emanata in presenza di contestazioni e, quindi, in assenza dei presupposti che ne legittimano la pronuncia, assumendo essa, in tal caso, natura decisoria, per il fatto di incidere, sia pure in maniera abnorme, sui diritti delle parti, e non essendo previsto della legge processuale alcun mezzo di impugnazione*)”)

[41] In quanto non decisorio. Così, dopo molte opinioni divergenti, Cass. S.U. 2317 del 1995. Tale sentenza basava la sua decisione sulla circostanza che la mancata comparizione dei contumaci invalidasse quello che doveva essere ritenuto un presunto accordo del tutto negoziale semplicemente vistato dal giudice istruttore (che comunque non avrebbe avuto competenza a decidere con sentenza sulle contestazioni).

[42] su ordinanza interlocutoria n. 1307 del 2011

[43] Nel caso di specie, però, la Cassazione ha però ammesso il ricorso in quanto sulla questione vi era stato il c.d. overruling. Cass., S.U. n. [16727](#) del 02 ottobre 2012 : “*In tema di scioglimento di comunioni, l’ordinanza con cui il giudice istruttore, ai sensi dell’art. 789, comma terzo, cod. proc. civ., dichiara esecutivo il progetto di divisione, pur in presenza di contestazioni, ha natura di sentenza ed è quindi impugnabile con l’appello. È tuttavia, ammissibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell’art. 111 Cost., avverso detto provvedimento, in quanto proposto dalla parte facendo ragionevole affidamento sul consolidato orientamento del giudice della nomofilachia all’epoca della sua formulazione.*”

[44] Un caso particolare e qui non trattato sembra essere il caso in cui, pur in assenza di contestazioni, il giudice si sia pronunciato in forma di sentenza (secondo Cass. n.13205 del 25.2.2017, non vi sarebbe alcuna nullità della sentenza, ma visto il cambio di regime di impugnazione e stabilità della decisione presa in tale forma se ne potrebbe dubitare).

[45] Da ultimo Cass. ordinanza n. 11013 del 8 maggio 2018. (v. anche Cass. n. 11523 del 1995 che parla di concrete obiezioni che possano impedire al giudice di disporre a mezzo di ordinanza e sempre con la precisazione che occorre distinguere tra il provvedimento che pronuncia sulla necessità della vendita e quello, invece, soggetto alle impugnative ex art. 617 relativo alle modalità e condizioni della stessa ex art. 569 c.p.c.). Quanto alla preclusione alla proposizione non tempestiva di un’istanza di attribuzione, v. Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, cit., 478 e 479 secondo cui dovrebbe sussistere una preclusione alla richiesta di attribuzione da parte del condividente. Se pure non si possa pretendere che la stessa sia già contenuta nella domanda dovrebbe essere proposta non oltre il primo scritto difensivo dopo il deposito della CTU sulla non comoda divisibilità.

[46] E confermata ad esempio in Cass. n. 880 del 23 gennaio 2012 proprio in un caso di progetto divisionale approvato con ordinanza ex art. 789 c.p.c. (in terza versione) su accordo delle parti costituite e a modifica del precedente progetto comunicato alla parte contumace, ma senza la fissazione di un’apposita udienza. “...il giudice istruttore designato, una volta depositata la relazione del c.t.u. per l’accertamento della comoda divisibilità dei beni relativi al compendio immobiliare interessato, aveva fissato apposita udienza (per il 28 maggio 2004) al fine della discussione del progetto;

senonché, in detta udienza, rilevato l'intervenuto decesso della convivente (...), lo stesso g.i. dichiarava l'interruzione del procedimento. A seguito della sopravvenuta riassunzione ai istanza della parte attrice, alla prima udienza successiva (fissata per il 25 gennaio 2005), sulla sola istanza del difensore dell'attore (che insisteva per l'emissione dell'ordinanza di attribuzione delle quote) e senza la presenza di alcun'altra parte, il g.i. si riservava e con ordinanza fuori udienza del 17 febbraio 2005, sull'asserito presupposto dell'assenza di contestazione in ordine al progetto divisionale predisposto dal c.t.u., lo dichiarava esecutivo, fissando ulteriore udienza per l'estrazione a sorte dei lotti, come nello stesso progetto determinate in favore dei conviventi. Alla seguente udienza (stabilita per il 25 ottobre 2005), su richiesta del difensore dell'attore (il quale invocava l'emissione dell'ordinanza di assegnazione delle quote tenendosi, però, conto della situazione di fatto esistente) e sull'accordo del patrocinatore dell'unico convenuto costituito, il g.i., nell'assenza degli altri conviventi, si riservava nuovamente. Con ordinanza del 17 novembre 2005, depositata il 21 novembre successivo, il g.i., considerando che erano precedentemente intervenute tra alcune parti scritture private relative alla promessa di vendita (in favore dei conviventi maschi) dei diritti ereditari derivanti dalle successioni materna e paterna, provvedeva direttamente ad assegnare parte delle quote ad alcuni dei conviventi maschi, rimettendo il procedimento alla successiva udienza del 30 giugno 2006 per le operazioni di sorteggio con riguardo ai residui beni. In tale ultima udienza, sull'istanza del difensore dell'attore (alla quale si associava il difensore del suddetto convenuto costituito), mediante la quale era prospettata la possibilità di assegnare le quote tenendosi conto del possesso di ciascun convivente e di valutare, quindi, di non procedere al sorteggio (siccome ritenuto l' superfluo e dilatorio), il g.i. (senza che fossero comparsi gli altri conviventi) si riservava ancora una volta; con ordinanza del 12 febbraio 2007 (depositata il giorno successivo), sul presupposto dell'emissione della precedente ordinanza del 17 novembre 2005 e delle osservazioni formulate concordemente dalle parti (aderendo alla soluzioni prospettate dal c.t.u.), con le quali si era proposto di prendere atto della situazione di fatto sussistente tra i conviventi, ravvisando l'inutilità di ogni ulteriore fissazione dell'udienza di discussione, "dichiarava esecutivo il progetto divisionale concordemente prospettato dalle parti nelle note autorizzate del 14 ottobre 2006 con riguardo al compendio ereditario residuale rispetto all'ordinanza di assegnazione del 17 novembre 2005", ponendo le spese di lite a carico della massa "pro quota" e disponendo l'estinzione del procedimento. Orbene, al di là del complessivo "modus procedendo adottato non propriamente rituale (avendo, peraltro, il g.i., a seguito della intervenuta riassunzione, provveduto direttamente, una prima volta, a dichiarare l'esecutività del progetto di divisione approntato dal c.t.u., senza rifissare preventivamente la necessaria udienza di discussione, per poi procedere ad un'attribuzione delle quote in modo parziale, valorizzando come idonei atti traslativi di diritti inerenti parte degli immobili oggetto della divisione delle scritture preliminari di vendita intercorse tra i conviventi e, quindi, riprocedere ad un nuovo assetto globale dell'assegnazione delle quote, dichiarando esecutivo un ulteriore progetto divisionale, ancora una volta prescindendo dalla fissazione dell'udienza di discussione), con l'ordinanza finale approvata ed in questa sede impugnata è incorsa nella violazione prospettata con il motivo in esame. Infatti, avuto riguardo all'[art. 789 c.p.c.](#), il g.i., una volta revocata la prima ordinanza con cui si era dichiarata l'esecutività del progetto divisionale predisposto originariamente dal c.t.u. e si disponeva di procedere al sorteggio per l'attribuzione delle quote, avrebbe dovuto fissare altra udienza per la discussione della sopravvenuta seconda ipotesi divisionale, come sollecitata dalla sole parti costituite, con la necessaria comunicazione alle parti contumaci; in analogo modo si sarebbe dovuto comportare con riguardo all'adozione dell'ordinanza finale del 12 febbraio 2007, attraverso la quale – senza che tutti i conviventi contumaci (tra i quali il Piccolo Luigi) fossero stati resi partecipi dell'ulteriore sviluppo del procedimento (e, quindi, messi nelle condizioni, con apposta comunicazione di cancelleria, di essere eventualmente ascoltati e di proporre le opportune osservazioni) – il g.i., ancora una volta, omettendo di fissare l'udienza di discussione, era pervenuto ad una nuova dichiarazione di esecutività del progetto divisionale sulla scorta delle nuove prospettazioni riconducibili alle sole note autorizzate delle parti costituite, senza, peraltro, rilevare la persistenza delle condizioni per disporre l'estrazione a sorte dei nuovi lotti individuati (come precedentemente ravvisata) e per l'adozione del conseguente provvedimento (...).

[47] L'appello o il ricorso ex art.111 per provvedimento abnorme.

[48] Cass. 11523 del 4.11.1995 richiamata poi da Cass. 10798 del 11.5.2009 (secondo cui anche in presenza di contumaci -cui non è necessario comunicare la decisione- la stessa è presa con ordinanza in difetto di contestazioni e non è ricorribile in cassazione in quanto non decisoria).

[49] Tra le altre Sez. 2, Sentenza n. [11575](#) del 22/06/2004 massimata:“ *La disposizione di cui all'art. 789 cod.proc.civ, nel prevedere che, in assenza di contestazioni all'udienza fissata per la discussione del progetto di divisione predisposto il giudice istruttore lo dichiari esecutivo, implica – per ciò stesso – che, invece, le eventuali contestazioni debbano essere espressamente sollevate nell'udienza in questione.*”

[50] Cass, 11328 del 21.7.2003: “*.. Ora, se è vero che il giudice istruttore, nonostante che le parti non avessero approvato il progetto di divisione, dichiarò ugualmente questo esecutivo, è altrettanto vero che il sig. (a differenza dell'altro convivente sig,) non si oppose, come si è detto, nell'udienza, all'uopo fissata, alla divisione In altri termini, il fatto che dal verbale risulti, come ha ricordato il ricorrente, la mancata approvazione del progetto, non integra l'ipotesi contemplata nell'art. 789 comma 3 c.p.c., posto che le contestazioni che possono eventualmente sorgere all'udienza di discussione, e che impediscono al giudice istruttore di dichiarare esecutivo il progetto, non sono riconducibili alla parte, la quale, come si è verificato nella presente fattispecie, non si sia opposta alla divisione e, dunque, non abbia mosso, alcuna contestazione in merito al progetto predisposto dal giudice (ved. sent. n. 843/83, n. 4984/81). Ne discende che è inammissibile, per mancanza di interesse, l'impugnazione proposta da chi non si sia opposto all'udienza.*”

[51] Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, cit., 487.

[52] In difetto di citazione abbiamo i più gravi problemi legati alla mancanza di integrità del contraddittorio e all'inopponibilità della pronuncia. Sul punto Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, cit., 462 e s.

[53] In particolare dopo la pronuncia della Corte Costituzionale 29.10.2009 n. 276, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 300, comma 4, nella parte in cui non richiamando l'art. 789 c.p.c. non prevedeva la dichiarazione di interruzione del processo nel caso di morte del contumace certificata dalla relazione dell'ufficiale giudiziario nella relata di notifica dell'udienza di discussione del progetto. La consulta dichiarando la questione infondata ha chiarito che l'art. 789, comma 2, integra l'art. 292 c.p.c.

[54] Cass. 880 del 23 gennaio 2012 e ed ancora più esplicitamente già Cass., n. 21829 del 25 ottobre 2010, secondo cui: “*Nel procedimento di scioglimento della comunione, la comunicazione – e non notificazione – del deposito del progetto divisionale e della udienza fissata per la relativa discussione deve essere effettuata, a norma dell'art. 789 c.p.c., comma 2, nei confronti di tutti i conviventi, anche se contumaci. Il difetto di tale adempimento priva il giudice istruttore del potere di dichiarare esecutivo il progetto per mancanza di contestazioni (v., sul punto, Cass., sentt. n. 1018 del 2004, 8441 del 1997, n. 1818 del 1996), ed invalida la relativa ordinanza (v. Cass., sentt. n. 1018 del 2004, cit., n. 1818 del 1996, cit., n. 9305 del 1993) ed i successivi atti del procedimento (Cass., sent. n. 5014 del 1991). Con particolare riferimento alla fattispecie di progetto di divisione in cui siano stati inclusi altri beni rispetto a quelli indicati nella domanda giudiziale, e che sia dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 789 c.p.c., comma 3, mentre i conviventi sono rimasti contumaci, la giurisprudenza di legittimità ha poi chiarito che in tale ipotesi l'accordo sul progetto non si è formato e perciò tale ordinanza non è idonea ad accertare, con efficacia di giudicato, i diritti spettanti ai predetti conviventi, e questi possono impugnarla, come un negozio giuridico, con l'actio nullitatis o con altri mezzi di tutela, in un ordinario giudizio di cognizione (Cass., sent. n. 2913 del 1997). 5.3. – Nè alla sussistenza dell'obbligo di comunicazione ai contumaci del progetto divisionale può ritenersi di*

ostacolo – come erroneamente affermato dalla Corte ambrosiana – la tassativa elencazione degli atti che devono essere comunicati al contumace contenuta nell'art. 292 c.p.c., comma 1, tra i quali non sono ricompresi ne' il progetto divisionale, ne' l'ordinanza di fissazione della relativa udienza di discussione. Infatti, la citata disposizione del codice di rito è norma generale che riguarda esclusivamente il giudizio contenzioso (Cass., sent. n. 9305 del 1993, cit.), mentre la disciplina di cui all'art. 789 cod. proc. civ. aggiunge nuovi obblighi di comunicazione al contumace, con specifico riferimento al procedimento di scioglimento della comunione. Nella specie, dunque, il mancato adempimento di cui al citato art. 789 cod. proc. civ. ha, alla stregua dei principi sin qui esposti, invalidato l'intero giudizio di primo grado, che si è svolto in modo irregolare, senza che rilevi in alcun modo in contrario, per un verso, la circostanza che sia mancata una ordinanza che dichiarasse la esecutività del progetto di divisione, essendo stata in realtà la divisione pronunciata dal Collegio con la sentenza di scioglimento della comunione, ne', per l'altro, l'argomentazione sostenuta dalla difesa della controricorrente, secondo la quale tale adempimento sarebbe stato adeguatamente sostituito dal deposito in cancelleria dell'elaborato peritale redatto dal c.t.u. che avrebbe dato atto della impossibilità di dividere il compendio ereditario. Al contrario, in presenza della specifica disposizione dell'art. 789 cod. proc. civ., deve escludersi, ai fini della corretta osservanza delle prescrizioni in materia, la sufficienza del mero deposito in cancelleria di detto elaborato. “

[55] In caso sia pronunciata sentenza in difetto di alcuni condividenti si tratterà di provvedimento impugnabile in appello con possibile rimessione al giudice di primo grado o di sentenza impugnabile con opposizione di terzo,.

[56] Come visto in precedenza, quanto al regime di stabilità e impugnazione di tale provvedimento vi sono state alterne opinioni: da provvedimento abnorme sempre ricorribile in Cassazione ex art. 111 Cost, a provvedimento non impugnabile con mezzi giudiziali in quanto inidoneo ad incidere su diritti per mancanza dell'accordo presunto e, quindi soggetto solo ad azione di nullità esperibile in qualsiasi tempo a mezzo di cognizione ordinaria in altro processo. Ci sembra in proposito che dall'argomentazione di Cass. S.U. 16727 del 2012 possa desumersi un cambio di opinione in proposito, confermato da pronunce delle sezioni semplici (v. Cass. 880 del 2012). In merito al (diverso) provvedimento preso erroneamente in forma di ordinanza, pur in presenza di contestazioni, la Corte a sezioni unite ha spiegato che deve intendersi superata l'opinione che in tale caso il provvedimento sarebbe privo di decisorietà e “del tutto equiparabile alla mancata conclusione di un accordo su un piano meramente privatistico”.

La Corte argomenta tra l'altro che, anche nei casi di inesistenza di un provvedimento c.d. abnorme il sistema processuale tende a favorire la parte che abbia interesse alla rimozione dell'atto processuale viziato (anche se inesistente), “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 c.p.c.”

Per tutte si legga: Cass., n. 880 del 23 gennaio 2012, in un caso in cui il progetto approvato con ordinanza (il terzo di una sequenza) non era stato comunicato ai contumaci “Così procedendo, però, il g.i. ha eluso il più recente ed essenzialmente consolidato orientamento di questa Corte (cfr. Cass.n. 9305 del 1993; Cass. n. 9849 del 1997 e, da ultimo, Cass. n. 21829 del 2010), alla stregua del quale, nel procedimento di scioglimento della comunione, la comunicazione del deposito del progetto divisionale e dell'udienza fissata per la relativa discussione deve essere effettuata, a norma dell'[art. 789 c.p.c., comma 2](#), nei confronti di tutti i condividenti, anche se contumaci, ragion per cui, in difetto di tale adempimento, che non può essere sostituito dal mero deposito in cancelleria dell'elaborato peritale, il giudice istruttore non può dichiarare esecutivo il progetto di divisione per mancanza di contestazioni, risultandone invalidi la relativa ordinanza ed i successivi atti del procedimento, senza che sia di ostacolo a tale obbligo di comunicazione la tassativa elencazione contenuta nell'[art. 292 c.p.c., comma 1](#), perché tale disposizione riguarda solo il giudizio contenzioso, mentre l'[art. 789 c.p.c.](#) aggiunge nuovi obblighi in riferimento al giudizio di divisione.”

Mentre, invece, Cass. S.U. 2317 del 1995 aveva escluso la ricorribilità in Cassazione ex art. 111 Cost. dell'ordinanza presa ex art. 789, in difetto di contestazioni, ma in mancanza di regolare convocazione della parte contumace, in quanto inidone ad incidere sui diritti degli stessi.

[57] Come statuito da Cass. Sezioni Unite n.2317 del 1995.

[58] In Cass. S.U. 16727 del 2012 si legge, a proposito dell'orientamento che riconduce la questione del vizio del provvedimento (preso in presenza di contestazione in forma di ordinanza), unicamente ad un *actio nullitatis* da far valere in ogni tempo al di fuori del giudizio, non tiene conto del fatto che il mancato accordo tra le parti in tale caso non può essere ricondotto al solo piano meramente privatistico in quanto un provvedimento giudiziale vi è stato e l'interesse della parte alla rimozione dell'atto coincide con l'interesse del sistema ad espellere dall'ordinamento i provvedimenti processuali errati o abnormi (anche mediante al ricorso nell'interesse della legge di cui all'art 363 c.p.c.). Pertanto, , anche ammettendo la proponibilità di un *actio nullitatis* laddove sia mancato l'accordo richiesto dalla legge ciò non preclude per definizione la proponibilità del rimedio impugnatorio che l'ordinamento appresta.

[59] Cass. 880 del 2012 ad esempio a proposito dell'ordinanza ex art. 789 pronunciata in difetto di convocazione dei contumaci.

[60] Nel senso che la previsione della comunicazione ai contumaci di cui all'art. 789 non può ritenersi estesa alla decisione sulla necessità della vendita ex art. 720 c.c./788 c.p.c. v. Cass. 11523 del 1995.

Si legge in Cass. 11.5.2009 n. 10798 che “... *Non appare superfluo richiamare, sul punto, l'orientamento espresso da questa Corte in materia di divisione ereditaria, secondo il quale l'ordinanza con la quale il giudice dispone la vendita all'incanto, ai sensi dell'art. 788 cod. proc. civ., per sciogliere la comunione ereditaria, non è atto né del procedimento di vendita, né del processo di esecuzione, ma da un lato fissa le modalità dell'incanto, dall'altro consente il prosieguo della divisione, sì che, mentre per la prima parte è impugnabile ex art. art. 617 cod. proc. civ., per l'altra parte non è invece ammissibile il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost., trattandosi di provvedimento privo di contenuto decisorio, anche nel caso in cui la suddetta ordinanza non sia stata comunicata alla parte contumace (Cass., sentenza n. 1575 del 1999, che ne ha escluso la ricorribilità anche se l'ordinanza non sia stata comunicata alla parte contumace).*

[61] Salvo il caso di vizio dell'iter che ha portato alla pronuncia come nel caso di mancata convocazione dei contumaci per l'approvazione del progetto divisionale.

[62] Nella prospettiva, invece, che sia il provvedimento ex art. 785 che quello ex art. 789, anche quando assunti in forma di ordinanza e in assenza di contestazione, abbiano sempre natura decisoria, alla luce dell'evoluzione normativa (in punto di procedimenti sommari di cognizione oltre che di attribuzione di poteri decisorii al giudice monocratico ex D. lgs. 51/98) si veda l'autorevole contributo di R. Lombardi, *Contributo allo studio del giudizio divisorio cit.*, in particolare p. 144 e ss. quanto all'ordinanza ex art. 785 (e la natura decisoria del provvedimento sul diritto alla divisione comporterebbe la sua sopravvivenza all'estinzione del giudizio) e pag. 294 e s. quanto all'ordinanza ex art. 789.

[63] In un caso in cui l'ordinanza di scioglimento della comunione e il successivo progetto avevano incluso un'area di terreno sulla quale successivamente un condividente intendeva far valere l'acquisto per usucapione (preclusione affine al giudicato sul fatto che il bene rientrasse nella comunione e vi fosse diritto alla divisione sulla stessa stabilito nell'ordinanza ex art. 785 c.p.c.) .

[64] In cui il risultato può essere rimesso in discussione dagli esclusi. V. Cass. 21829 del 25 ottobre 2010. Sulla questione si veda la questione nel caso di figli nati fuori dal matrimonio e retroattività delle norme sulla filiazione naturale M. Sesta, *Azione di petizione del “nuovo” parente e sorte delle*

pregresse divisioni, in *Famiglia e diritto*, 2016, 6, 537 (nota a sentenza Corte Cost. 9 luglio 2016 n. 146).

[65] Anche non costituiti. In tale caso si ritiene che il soggetto che non ha ricevuto la comunicazione possa impugnare il progetto anche con *actio nullitatis* e come atto contrattuale.

[66] Cass., sentenza n. [21064](#) del 28/09/2006 la cui massima: *“In tema di giudizio di divisione ereditaria, le caratteristiche del relativo procedimento – rappresentate dalla finalità che esso persegue, di porre fine alla comunione con riferimento all’intero patrimonio del “de cuius”, e dalla possibilità che esso si concluda, in luogo che con sentenza, con ordinanza che, sull’accordo delle parti, dichiarare esecutivo il progetto divisionale – non sono di per sé sufficienti a giustificare deroghe alle preclusioni tipiche stabilite dalla legge per il normale giudizio contenzioso; pertanto, vanno dichiarate inammissibili, ai sensi dell’art.167, secondo comma, cod. proc. civ., le domande di nullità o di simulazione dirette a far rientrare determinati beni nell’asse ereditario proposte, per la prima volta, in sede di discussione del progetto divisionale.”* Secondo Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, cit. 447, l’opinione giurisprudenziale prevalente è nel senso che si tratti di un giudizio contenzioso e che si applichino le ordinarie preclusioni, salvo che vi sia diverso accordo tra le parti.

In un caso in cui non era stata riconosciuta la possibilità di chiedere l’attribuzione del singolo bene ai singoli condividenti (anziché ad un loro gruppo) oltre una certa fase del procedimento, Cass. 13621 del 30 maggio 2017 ha ribadito, invece, che le preclusioni si atteggiavano in modo diverso che nel giudizio ordinario e che *“La causa, soffocata dall’uso severo dei criteri di preclusione della domanda, deve retrocedere, con rinvio alla Corte di appello per lasciare sfogo alle istanze di parte e a un adeguato esame di esse”* e già Cass. sez. 2, Sentenza n. 9655 del 19/04/2013 *“In tema di scioglimento di comunioni, il riferimento ad un progetto di divisione diverso da quello originariamente invocato non determina novità della domanda, in ragione del fatto che la composizione delle quote non modifica né la “causa petendi”, né l’oggetto del giudizio, ma attiene solo alle modalità di scioglimento della comunione in base alla stima dei beni, rimessa alla valutazione del giudice di merito.”* e già Sentenza n. [9367](#) del 17/04/2013 *“Il giudizio di scioglimento di comunioni non è del tutto compatibile con le scansioni e le preclusioni che disciplinano il processo in generale, intraprendendo i singoli condividenti le loro strategie difensive anche all’esito delle richieste e dei comportamenti assunti dalle altre parti con riferimento al progetto di divisione ed acquisendo rilievo gli eventuali sopravvenuti atti negoziali traslativi, che modifichino il numero e l’entità delle quote; ne deriva il diritto delle parti del giudizio divisorio di mutare, anche in sede di appello, le proprie conclusioni e richiedere per la prima volta l’attribuzione, per intero o congiunta, del compendio immobiliare, integrando tale istanza una mera modalità di attuazione della divisione.”*

[67] Cass. 160/68 e Cass. 1925/74 (la cui massima recita: *“Il giudizio di divisione ereditaria, avendo come oggetto la traduzione in quote reali delle quote ideali sull’asse ereditario spettanti ai condividenti, deve necessariamente tener conto di tutte le modificazioni, anche se sopravvenute, incidenti sulla massa dei beni da dividere, sul numero e la qualità dei coeredi: conseguentemente se viene a mutare la situazione giuridica, sulla quale è fondata una sentenza non definitiva emessa nel corso di un giudizio di divisione, la sentenza stessa, anche se non impugnata, non acquista efficacia di giudicato.”*)

[68] In particolare dopo sentenza delle S.U.20 giugno 2006 n. 14109. V. Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, in *Riv. Es. Forz.*, 2010, 474 (in particolare quanto alla preclusione all’istanza di attribuzione una volta disposta la vendita, 478).

[69] Tale provvedimento si concretizza e è esplicito in caso di contestazione o quando, ad esempio, è stata proposta un’istanza di assegnazione rigettata, ma talora, in assenza di contestazione o di istanze, il giudice dispone direttamente la vendita con un’ordinanza sull’attuazione della vendita dal contenuto di

cu all'art. 569.

[70] R. Lombardi *Contributo allo studio del giudizio divisorio cit.*, p. 312 e ss. e a partire da Cass., n. 1572 del 12 febbraio 2000. V. anche Cass., 24-2-1999, n. 1575 Cass., 24-2-2011, n. 4499.

[71] Concetto ribadito anche per il caso di vendita in sede di divisione endoesecutiva da Cass. n. 4499 del 24 febbraio 2011, secondo cui, l'ordinanza sulla necessità della vendita non è decisoria e neppure ricorribile in Cassazione, in quanto *“si tratta semplicemente di un provvedimento ordinatorio, insuscettibile di qualunque rimedio immediato, tanto meno di quelli previsti per il procedimento esecutivo in senso stretto..... con la conseguenza che i provvedimenti resi dal giudice istruttore del giudizio di divisione cd. endoesecutivo anteriori alle operazioni di vendita vere e proprie sono soggetti al regime di impugnazione di quelli di un ordinario giudizio di cognizione e restano quindi, se di carattere meramente ordinatorio, solo revocabili o modificabili e rivedibili con la sentenza, ovvero, se di carattere impropriamente decisorio (in quanto risolutivi di controversie insorte nel frattempo), direttamente ed omisso medio appellabili, ma mai suscettibili di opposizione agli atti esecutivi”*.

[72] Cioè l'opposizione agli atti esecutivi. Si tratta della fattispecie, tra l'altro, trattata da Cass. S.U. 18185 del 29 luglio 2013 nella quale la vendita era stata impugnata in quanto ritenuta viziata dall'errore sull'accoglibilità di un'istanza di assegnazione.

[73] Non decisoria e modificabile e revocabile in corso di causa.

[74] Cass. n. 10798 del 11.5.2009. V. R. Lombardi, *Contributo allo studio del giudizio divisorio cit.*, 319.

[75] Potrebbe essere il caso in cui a seguito di continui ribassi il prezzo raggiunga valori che consentano di riconsiderare l'assegnabilità del bene nell'ambito del patrimonio comune.

[76] Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, cit., 452, a proposito dei nuovi limiti al ricorso immediato in cassazione delle sentenze non definitive di appello su semplici questioni (e non su sentenze definitive parziali), di cui alla nuova disciplina degli artt. 360 e 361 c.p.c., rileva come questa nuova disciplina (ad esempio proprio nel caso di sentenza sulla necessità della vendita) determini un *vulnus* al principio di economia processuale, in quanto potrebbe essere rimesso in discussione tutta l'attività del giudice nel frattempo svoltasi (si ipotizza anche il travolgimento della stessa vendita a terzi).

[77] Ci riferiamo a norme come l'art. 624 bis (sulla sospensione volontaria) e all'art. 161 bis disp. att. sul rinvio della vendita.

[78] Si legge anche che i condividenti possono chiedere l'attribuzione di un bene fino all'approvazione del progetto divisionale definitivo. In un caso in cui non era stata riconosciuta la possibilità di chiedere l'attribuzione del singolo bene ai singoli condividenti (anziché ad un loro gruppo) oltre una certa fase del procedimento. Cass. 13621 del 30 maggio 2017 ha stabilito che le preclusioni si atteggiavano in modo diverso che nel giudizio ordinario e che *“La causa, soffocata dall'uso severo dei criteri di preclusione della domanda, deve retrocedere, con rinvio alla Corte di appello per lasciare sfogo alle istanze di parte e a un adeguato esame di esse”*. E già Sentenza n. [9367](#) del 17/04/2013, secondo cui: *“Il giudizio di scioglimento di comunioni non è del tutto compatibile con le scansioni e le preclusioni che disciplinano il processo in generale, intraprendendo i singoli condividenti le loro strategie difensive anche all'esito delle richieste e dei comportamenti assunti dalle altre parti con riferimento al progetto di divisione ed acquisendo rilievo gli eventuali sopravvenuti atti negoziali traslativi, che modifichino il numero e l'entità delle quote; ne deriva il diritto delle parti del giudizio divisorio di mutare, anche in sede di appello, le proprie conclusioni e richiedere per la prima volta l'attribuzione, per intero o congiunta, del compendio immobiliare, integrando tale istanza una mera modalità di*

attuazione della divisione. Ma sul punto si veda anche Cass. 10067 del 28 maggio 2020 secondo la quale ben può essere chiesta l'attribuzione del bene fino a che si discuta della non comoda divisibilità di un bene (pronuncia che cita tra le tante Cass. 3497/2019 3 Cass. 14756/2016).

[79] Le pronunce trovate attestano che nel caso in cui la sentenza non ritenga necessaria la vendita e sia ordinata la prosecuzione delle operazioni divisionali, le stesse possano sempre proseguire e il progetto divisionale venire approvato ex art. 789, ma l'eventuale riforma della sentenza impugnata potrebbe travolgerlo successivamente. Cass. n. 3636 del 16 gennaio 2007 così massimata: *“Qualora, a seguito di domanda di scioglimento di comunione immobiliare, sia stata emessa sentenza non definitiva dichiarativa dell'invocato scioglimento e della comoda divisibilità del bene immobile, con la conseguente proposizione di appello avverso tale sentenza, e, poi, il giudice istruttore abbia approvato con ordinanza il progetto divisionale per mancanza di contestazioni, divenuto perciò esecutivo, l'accoglimento del suddetto appello determinerebbe, ai sensi dell'art. 336, comma secondo, cod. proc. civ., la caducazione di tutti gli atti ed i provvedimenti dipendenti dalla sentenza riformata e, quindi, nel caso prospettato, anche dell'indicato progetto divisionale dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 789, comma terzo, cod. proc. civ., rinveniente il suo presupposto logico-giuridico proprio nella menzionata sentenza non definitiva. (...)”*

[80] Si legge: (...) La Terza Sezione di questa Corte con ordinanza n. 12419 del 18 luglio 2012 ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite.

Pur ravvisando analogie con la questione rimessa con l'ordinanza 2472/12, che è stata poi decisa da queste Sezioni Unite con sentenza 21110/12, il Collegio ha ritenuto che le Sezioni Unite debbano stabilire:

- a) quale sia il regime di impugnazione degli atti del giudice istruttore (o del delegato alle operazioni di vendita) relativi al procedimento di vendita, cioè se sia quello dettato dagli artt. 617 e 591 ter c.p.c., o quello ricavabile dal sistema delle impugnazioni del giudizio divisionale;
- b) se sia applicabile alla vendita di beni comuni l'[art. 2929 c.c.](#), e con quali conseguenze applicative; in particolare, se l'accertamento dell'inesistenza dei presupposti per procedere alla vendita, sopravvenuto all'aggiudicazione ed al trasferimento della proprietà del bene al terzo acquirente, prevalga – ed a quali condizioni – sul diritto di quest'ultimo.”

[81] Vi si legge che, dopo aver precisato “... che, come ha osservato l'ordinanza di rimessione, si verte in un'ipotesi patologica di ordinanza resa nonostante fosse sorta, a causa dell'istanza di attribuzione, controversia sulla necessità della vendita.

Va anche detto, per corollario, che è errata l'affermazione dei giudici napoletani secondo cui l'esistenza di richiesta di attribuzione costituisce causa di nullità della vendita, trattandosi invece di vizio relativo a un momento anteriore alla vendita, cioè della determinazione di disporre la vendita.” E di seguito: “Il tribunale, decidendo la causa relativa alla attribuzione del bene, ha tratto immediate conclusioni nel senso: che intendeva accolta la opposizione in parte qua; che restavano assorbite (...)” altre questioni. “Avrebbe dovuto invece: a) sancire l'inammissibilità della denuncia dei vizi formali e di tutte le ragioni di opposizione precluse dall'applicabilità al procedimento di divisione dell'apparato rimediale proprio del processo esecutivo, (...) b) valutare se la questione del diritto di attribuzione non costituisse una di quelle situazioni invalidanti suscettibili di rilievo nel corso ulteriore del processo, e quindi contro il decreto di trasferimento, ancora nelle forme dell'opposizione agli atti esecutivi, profilo giuridico evidenziato nel controricorso soprattutto con riguardo al secondo motivo; c) valutare se la causa di attribuzione non fosse pregiudiziale rispetto a quella di opposizione a decreto di trasferimento, adottando i provvedimenti del caso o pervenendo piuttosto al rigetto dell'opposizione. Ciò è quanto dovrà fare il giudice di rinvio in conseguenza dell'accoglimento del primo motivo e della conseguente cassazione della sentenza.”

[82] L'orientamento risale alle intuizioni ante riforma (come riportato in motivazione da S.U. 18185/2013) di Cass. 1575/99 e 1572/00.

Da ultimo, ormai come orientamento pacifico e consolidato Cass. n. 1620 del 19 gennaio 2022.

[83] Su rinvio della terza sezione con ordinanza n. 12419 del 18 luglio 2012.

[84] La formulazione dell'art. 591 ter da applicare alla fattispecie, prevedeva il rimedio dell'opposizione ex art. 617 contro la pronuncia sul ricorso ex art. 591 ter.

[85] L'orientamento risale (si legge nella sentenza) alle intuizioni ante riforma di Cass. n. 1575/99 e Cass. 1572/00 secondo la felice intuizione che nell'ordinanza prevista dall'art. 788 siano ravvisabili due distinte ed autonome determinazioni che hanno natura e contenuto diversi e assoggettate a differente disciplina: l'una con cui (nell'ambito del giudizio divisionale) si accerta che occorra procedere alla vendita e l'altra che, sulla base di tale premessa, stabilisce le modalità della vendita. *“Quest'ultima determinazione, già al di fuori dell'ambito della disciplina del giudizio di divisione”,* soggetta alla disciplina generale del processo d'esecuzione *“e specificamente alla parte di essa nella quale vengono regolate le opposizioni agli atti esecutivi (Cass. 24.5-99 n. 1575, 9.6.94 n. 5164, 21.3.85 n. 2063)”* e alle puntualizzazioni di Cass. 7785/2001 secondo cui il richiamo alle norme del processo esecutivo rappresenta l'adattamento al giudizio divisionale di una tecnica mutuata dall'espropriazione forzata, ma non incide sulla natura del giudizio divisionale.

[86] Cass. 8 giugno 2001 n. 7785 (che a sua volta richiama Cass. 9 giugno 1994, n.5614) e Cass. 13 dicembre 2005 n.27445 nonché Cass.10925/07 quest'ultima a proposito della delega ai sensi dell'art. 107 comma 2 L.F. è massimata: *“È inammissibile il reclamo ai sensi dell'art. 26 legge fall. proposto avverso atto del notaio delegato alla vendita di immobili, ai sensi dell'art. 591 bis cod. proc. civ., dal giudice delegato al fallimento, atteso che il rimedio in questione è consentito esclusivamente avverso atti del predetto giudice, al quale, peraltro, l'interessato può rivolgere reclamo ai sensi dell'art. 591 ter cod. proc. civ. avverso gli atti del notaio e, quindi, eventualmente reclamare, ai sensi dell'art. 26 cit., avverso il provvedimento in tale sede emesso dal giudice.”*

[87] Cass. n. 1199 del 22 gennaio 2010, che richiama Cass. n. 10778 del 29 ottobre 1993 e Cass. n. 10587 11 ottobre 1995 (rispettivamente sulla vendita dei beni dell'eredità giacente e sulla vendita dei beni dell'eredità accettata con beneficio di inventario) secondo cui il decreto di trasferimento in vendita divisionale si impugnerebbe a mezzo di un'autonoma azione di nullità e non a mezzo di opposizione ex art. 617.

[88] Cass. S.U. 18185/2013.

[89] Art. 788 Vendita di immobili. *“Quando occorre procedere alla vendita di immobili, il giudice istruttore provvede con ordinanza a norma dell'art. 569, terzo comma, se non sorge controversia sulla necessità della vendita.*

Se sorge controversia, la vendita non può essere disposta se non con sentenza del collegio.

La vendita si svolge davanti al giudice istruttore. Si applicano gli artt. 570 e seguenti.

Quando le operazioni sono affidate ad un professionista, questi provvede direttamente alla vendita, a norma delle disposizioni del presente articolo.”

[90] Pensiamo alle norme sul contraddittorio e a quelle sulle c.d. vicende anomale del processo: sospensione, interruzione ed estinzione.

[91] Talvolta a scapito degli interessi dei titolari del dritto posto in vendita.

[92] Se oggi, a seguito del rafforzato collegamento processuale tra giudizio espropriativo e divisione endoesecutiva (con la previsione di una competenza funzionale del giudice dell'esecuzione ex art.600, II comma), sia cambiato qualcosa rispetto al passato nei rapporti tra i due e possa immaginarsi addirittura un rinvio procedimentale e strutturale diverso e più esteso alle norme sulla vendita in sede esecutiva, nel caso in cui la vendita sia attuata (non in divisione c.d. pura, ma) in una divisione c.d. endoesecutiva, su iniziativa del creditore pignorante di quota indivisa.

[93] Questa precisazione che appare ovvia e sembra scontata nella giurisprudenza di legittimità non sembra così ovvia nelle prassi dei Tribunali, in particolare nel caso di vendita divisionale endoesecutiva.

[94] La stessa impostazione secondo cui la delega al notaio ex art 786 sarebbe funzionale a raggiungere un vero e proprio accordo sul progetto divisionale sottoscritto da tutti i condividenti e secondo la quale la parola accordo avrebbe lo stesso significato e conseguenze che ha nel campo sostanziale. Nel senso che sia oggi possibile, invece, una ricostruzione del provvedimento conclusivo di fase in forma di ordinanza come decisorio si veda l'autorevole contributo di R. Lombardi, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*. Napoli, 2009.

[95] Cass., 11754 del 20 ottobre 1999. V. Cass. 23464 del 17 dicembre 2004 nel senso della non impugnabilità con ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. dell'ordinanza pronunciata in difetto di contestazioni.

[96] Cass. Sez. 2 – , *Ordinanza n. 25756 del 15/10/2018* , parla di un vero e proprio consenso quando parla di plurime masse e divisioni unitarie (*Nel caso di divisioni di beni provenienti da titoli diversi e, perciò, appartenenti a distinte comunioni, si deve procedere a tante divisioni quante sono le masse, derivandone il litisconsorzio necessario tra i condividenti soltanto all'interno del giudizio di divisione relativo a ciascuna di esse; può invece procedersi a un'unica divisione solo in presenza del consenso di tutte le parti, purché la circostanza risulti da uno specifico negozio. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza emessa dal giudice di merito con la quale era stato predisposto un progetto di divisione cumulativo delle due masse, senza che risultasse l'acquisizione del consenso dei condividenti)* mentre le cassazioni classiche sull'approvazione del progetto 789 si accontentano della comunicazione al contumace e della mancata formale contestazione all'udienza per individuare un accordo sui generis... Si legge in Cass. n. 880 del 23 gennaio 2012: che in caso di approvazione ex art. 789 con ordinanza in assenza di contestazione” *lo stesso progetto viene dichiarato esecutivo con ordinanza (qualificata esplicitamente come “non impugnabile” e che, pur avendo un sostanziale fondamento negoziale, ha natura di provvedimento “sui generis”, inidoneo a passare in giudicato: cfr., da ultimo, Cass. 11 maggio 2009, n. 10798) (...)*lo stesso progetto viene dichiarato esecutivo con ordinanza (qualificata esplicitamente come “non impugnabile” e che, pur avendo un sostanziale fondamento negoziale, ha natura di provvedimento “sui generis”, inidoneo a passare in giudicato: cfr., da ultimo, Cass. 11 maggio 2009, n. 10798) dal medesimo giudice, il quale, contestualmente, emana le disposizioni attuative necessarie per l'estrazione a sorte dei lotti

[97] Aldilà dell'opinione tradizionale, è certo, come lo è in qualsiasi altro caso di giudizio di cognizione piena che l'eventuale accordo di tutte le parti può chiudere il processo con un accordo negoziale stragiudiziale. E' indubbio che se comunque il procedimento divisionale prevede l'ordinanza ex art. 789 del giudice istruttore, una differenza con un accordo del tutto negoziale e stragiudiziale che chiude il processo in rito per cessazione della materia del contendere ci deve essere. La differenza sta proprio nella circostanza che non occorre raccogliere un consenso espresso di tutte le parti, ma l'accordo (di cui l'ordinanza da atto) è presunto dal comportamento processuale delle parti ovvero dalla loro mancata espressa contestazione. E' quello che si legge in controluce anche in Cass. S.U. 16727 del 2012. Nel senso, invece, che anche l'ordinanza ex art. 789, resa in assenza di contestazione, abbia sempre natura decisoria si veda l'autorevole contributo di R. Lombardi, *Contributo allo studio del giudizio divisorio cit.* pag.294 es.

[98] Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, cit., 451 parla di giudicato interno rilevabile anche ex officio durante tutto il corso del giudizio.

[99] Innanzi tutto resta il dubbio se della redazione del progetto divisionale possa essere incaricato uno dei professionisti delegabili ex art. 591 bis diverso dal notaio, in quanto nonostante il bisticcio delle parole e il difetto di coordinamento tra l'ultimo comma dell'art. 788 e quelli che lo precedono, resta il dato che l'art. 786, il 790 e il 791 non sono mai stati toccati dalla riforma e la direzione delle operazioni divisionali può essere affidata (solo) ad un notaio. In tal senso, tra gli altri, Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, cit., 501 e ss. R. Lombardi, *La connessione tra divisione ed espropriazione forzata*, cit., par. 2, Studio CNN n. 16-2010/E del 21 maggio 2010, *La delega al notaio della vendita di beni immobili nel giudizio di scioglimento della comunione (ex art. 788 c.p.c.)*, cit. Sembra dare per scontato che la direzione delle operazioni di divisione possa essere delegata al solo notaio anche Cass. 880 del 23 gennaio 2012 (v. stralcio riportato al par. 2).

La scelta non sembra irragionevole se si pensa alla specificità del progetto divisionale e alle sue differenze con quello distributivo e sembra tutto sommato confermata dalla circostanza che il legislatore, quando ha voluto (v. nuovo art. 591 bis), ha espressamente esteso la competenza agli altri professionisti.

[100] R. Lombardi, *Orientamenti giurisprudenziali sul procedimento di scioglimento di comunioni*, cit., 1230.

[101] Cass. 7059 del 15.05.2002 e Cass. 12949 del 22.11.99.

[102] Mentre nel progetto di distribuzione le spese legali riconosciute al creditore procedente vengono messe in prededuzione come spese nell'interesse comune dei creditori e le spese legali dell'intervento riconosciute unitamente al credito capiente.

[103] Si veda Cass., sentenza n. 22390 del 22 ottobre 2009 secondo la quale nel caso di delega a un notaio delle operazioni divisionali ai sensi dell'art. 790 questi ha lo specifico obbligo di comunicazione a condividenti e creditori in un certo termine, il cui mancato rispetto determina nullità di tutte le operazioni di vendita.

[104] Cass. 27346 del 29 dicembre 2016

[105] Si tratta di quesiti assai dibattuti: sulla natura negoziale o giudiziale dell'accordo raggiunto davanti al notaio delegato, se avanti al notaio debbano necessariamente comparire tutte le parti personalmente, se occorra il consenso espresso o sia sufficiente il difetto di contestazione, se il verbale vada sempre rimesso al giudice (per un visto di conformità e legalità o per lo svolgimento di una nuova udienza di comparizione), ma che oggi andrebbero rivisitati anche alla luce dell'evoluzione normativa del ruolo e delle funzioni degli ausiliari. In tal senso anche Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, cit., 502 e ss.

[106] Secondo l'art. 791 bis c.p.c., comma 5, d'altronde, anche quando il professionista procede all'approvazione del progetto divisionale previo incarico congiunto di tutti e in assenza di contestazioni, il progetto viene comunque dichiarato esecutivo dal giudice con decreto.

[107] La questione è risolta dal giudice quando lo stesso, oltre a dare specifiche istruzioni sulle modalità redazionali del progetto (sulle spese da porre in prededuzione o a carico di determinati condividenti, su eventuali conguagli di cui tenere conto, sulla collocazione delle spese legali in caso di condanna ex art. 92 (Cass., 7059 del 15 maggio 2002) le dia anche sugli aspetti procedurali (fissazione dell'udienza di discussione/approvazione da svolgere avanti al delegato, previo deposito del

progetto in cancelleria e previa comunicazioni da effettuare a tutti i condividenti anche se contumaci, rimessione al giudice in caso di contestazione).

La questione resta aperta quando, invece, il giudice invita il delegato a predisporre un progetto e a convocare le parti avanti a sé per discutere il progetto predisposto senza particolari istruzioni.

[108] La Corte prosegue rilevando che, infatti, tra il giudizio divisionale endoesecutivo e l'eventuale giudizio ordinario sussiste litispendenza ex art. 39 (*Questa Corte ha chiarito che tra il giudizio di divisione intrapreso da alcuni dei partecipanti alla comunione e quello instaurato in seno al processo di espropriazione forzata della quota di pertinenza di altro condividente, sussiste un rapporto di litispendenza, da disciplinare applicando il criterio della prevenzione di cui all'art. 39 c.p.c. (Cass. n. 7617/2019).*)

[109] *“(...) in base al sistema sopra descritto, occorre tenere ben distinta la vendita della quota indivisa, ordinata dal giudice dell'esecuzione, che è soluzione alternativa alla divisione, dalla vendita del bene indivisibile nel giudizio di divisione eventualmente instaurato nell'ambito del processo esecutivo: questa vendita ha ad oggetto l'intero bene comune, già oggetto del pignoramento per quota indivisa, e può essere disposta solo in sede di cognizione dal giudice della divisione. A sua volta, la vendita della cosa comune, disposta nel giudizio di divisione, non va confusa con la vendita dei “beni attribuiti al debitore”, menzionata nell'art. 601, comma 2 c.p.c.: quest'ultima vendita suppone già avvenuta la divisione ed è disposta dal giudice dell'esecuzione, una volta che questa sia stata riassunta; essa non ha ad oggetto né la quota indivisa dell'esecutato, né il bene indiviso, ma la parte concreta del bene, già oggetto di comunione, che ha preso, retroattivamente, il posto della quota nel patrimonio dell'esecutato (art. 757 c.c.). L'esecuzione si svolgerà su questo bene come se avesse colpito fin dall'origine un bene di proprietà esclusiva del debitore esecutato. E' vero soltanto che nel caso che la cosa comune, oggetto del pignoramento sulla quota indivisa del singolo, sia stata venduta nel procedimento di divisione, il procedimento esecutivo si semplifica.*

Non ci sarà la vendita o l'assegnazione di quanto attribuito al compartecipe debitore con la divisione, ma il procedimento perviene alla fase della distribuzione della somma (art. 596 c.p.c.) (Cass. n. 2308/1964; n. 6072/2012).

Anche in questo caso deve tenersi fermo che la funzione della vendita fatta nel giudizio divisorio sarà stata quella solita di rendere possibile o facilitare la divisione in natura.

La liquidazione della quota del debitore è un effetto indiretto della vendita, che si verifica nei confronti del comproprietario debitore non in quanto tale (come avviene per la vendita della quota indivisa ordinata dal giudice dell'esecuzione e per la vendita della parte assegnata all'esecutato in esito alla divisione), ma perché egli si è venuto a trovare nella posizione del condividente il quale abbia visto la sua quota composta con solo denaro secondo il progetto approvato ex art. 789 c.p.c.

La somma spettante al debitore, del resto, non è attribuita ai creditori direttamente dal giudice della divisione, ma su di essa dovrà statuire il giudice dell'esecuzione, nell'ambito e con le forme della procedura espropriativa (cfr. Cass. n. 571.8/1987).”

[110] Sul tema si rinvia a S. Passafiume, cit., R. Lombardi, cit., già studio CNN n. 16-2010/E del 21 maggio 2010, *La delega al notaio della vendita di beni immobili nel giudizio di scioglimento della comunione (ex art. 788 c.p.c.)*, di E. Gasbarrini, in *Studie e Materiali*, 2010, 4, 963 e ss

[111] Mentre l'originario art. 788 (Vendita di immobili) prevedeva un timido rinvio alla vendita con incanto al primo comma: *“quando occorre procedere alla vendita di immobili, il giudice istruttore provvede con ordinanza a norma degli articoli 576 eseguenti, se non sorge controversia sulla necessita' della vendita. “e al terzo comma “l'incanto si svolge davanti al giudice istruttore che,*

quando occorre, può disporre altri incanti a norma dell'articolo 591", è a partire dalla riforma del 2005 che viene inserito nell'art. 788 un rinvio per così dire di sistema all'art. 569, 3 comma e all'art. 570 e ss. e un riferimento al professionista delegato alle operazioni (a dire il vero non ben coordinato con il disposto dell'art. 786).

Come ben evidenziato e ricostruito da Cass. S.U. 18185/2013 si tratta di un rinvio sistematico ad una disciplina articolata (e al suo apparato rimediale).

[\[112\]](#) Il terzo comma dell'art. 569 vigente dal 1 marzo 2006, recitava: *“Se non vi sono opposizioni o se su di esse si raggiunge l'accordo delle parti comparse, il giudice dispone con ordinanza la vendita, fissando un termine non inferiore a novanta giorni, e non superiore a centoventi, entro il quale possono essere proposte offerte d'acquisto ai sensi dell'articolo 571. Il giudice con la medesima ordinanza stabilisce le modalità con cui deve essere prestata la cauzione, fissa, al giorno successivo alla scadenza del termine, l'udienza per la deliberazione sull'offerta e per la gara tra gli offerenti di cui all'articolo 573 e provvede ai sensi dell'articolo 576, per il caso in cui non siano proposte offerte d'acquisto entro il termine stabilito, ovvero per il caso in cui le stesse non siano efficaci ai sensi dell'articolo 571, ovvero per il caso in cui si verifichi una delle circostanze previste dall'articolo 572, terzo comma, ovvero per il caso, infine, in cui la vendita senza incanto non abbia luogo per qualsiasi altra ragione.”*

[\[113\]](#) Il terzo comma dell'art. 569 oggi dispone: *“Nel caso in cui il giudice disponga con ordinanza la vendita forzata, fissa un termine non inferiore a novanta giorni, e non superiore a centoventi, entro il quale possono essere proposte offerte d'acquisto ai sensi dell'articolo [571](#). Il giudice con la medesima ordinanza stabilisce le modalità con cui deve essere prestata la cauzione, se la vendita è fatta in uno o più lotti, il prezzo base determinato a norma dell'articolo [568](#), l'offerta minima, il termine, non superiore a centoventi giorni dall'aggiudicazione, entro il quale il prezzo dev'essere depositato, con le modalità del deposito e fissa, al giorno successivo alla scadenza del termine, l'udienza per la deliberazione sull'offerta e per la gara tra gli offerenti di cui all'articolo [573](#). Quando ricorrono giustificati motivi, il giudice dell'esecuzione può disporre che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente ed entro un termine non superiore a dodici mesi. Il giudice provvede ai sensi dell'articolo [576](#) solo quando ritiene probabile che la vendita con tale modalità possa aver luogo ad un prezzo superiore della metà rispetto al valore del bene, determinato a norma dell'articolo [568](#).”*

[\[114\]](#) Si veda anche Cass. n. 13354 del 19 luglio 2004 che in ambito esecutivo (prima della riformulazione dell'art. 631) e in conformità a quanto statuito da Cass. S.U. n. 11178 27 ottobre 1995, confermò la non applicabilità dell'art. 631 c.p.c. nel caso di mancata comparizione di alcuna delle parti all'incanto con preciso riferimento anche alla vendita ex art. 788.

[\[115\]](#) In particolare quelle che non abbiano espresso il proprio consenso alla vendita o, addirittura, vi si siano dichiarate contrarie.

[\[116\]](#) specificando che la partecipazione del terzo può avvenire anche successivamente e che non determina l'invalidità della pronuncia, ma solo la sua eventuale inopponibilità al terzo. Anche a proposito della mancata trascrizione della domanda giudiziale precisa che non è prevista a pena di inammissibilità della domanda, può avvenire in qualsiasi momento e non impedisce la successiva trascrizione del provvedimento definitivo di divisione.

[\[117\]](#) Peraltro è lo stesso art. 570 a richiamare l'art. 490 che, a sua volta, richiama la relazione di stima.

[\[118\]](#) Ci riferiamo oltre che alle norme sull'estinzione del processo esecutivo per mancato deposito della documentazione ex art. 567 di cui alla pronuncia in termini, anche all'estinzione per mancata pubblicazione sul Portale delle Vendite Pubbliche (e alle esigenze di monitoraggio e controllo dei tempi di recupero del credito che vi sono connesse).

[119] Oltre che l'interesse generale all'efficienza del processo.

[120] Ci riferiamo alla norma sulla sospensione volontaria ex art 624 bis, che può essere chiesta solo una volta e solo entro 20 giorni prima della scadenza del termine fissato per il deposito delle offerte o al 161 bis disp. att. che prevede il rinvio della vendita solo con il consenso degli offerenti che abbiano depositato la cauzione e l'art. 187 bis disp. att. sulla stabilità dell'aggiudicazione anche nel caso di chiusura anticipata del giudizio e salvo quanto previsto dall'art. 2929 c.c.

[121] Paragrafo 11.

[122] Norma che precisa e completa quanto già previsto dall'art. 2929 c.c.

[123] Ci riferiamo al concetto di rinvio sistematico (relativo ai mezzi di impugnazione e alla stabilizzazione dei risultati della vendita) di cui anche a Cass. S.U. 18185/2013 e a S. Passafiume, *La vendita di beni immobili in espropriazione forzata e nel giudizio di divisione endoesecutivo* cit. 2018, par. 9, la quale si riferisce al caso di vendita divisionale endoesecutiva, ma con argomentazione valida per la vendita divisionale in genere.

[124] Segnaliamo che secondo alcuni autori (S. Passafiume cit. e R. Lombardi, cit.) in divisione la delega a professionista sarebbe facoltativa.

[125] R. Lombardi, *Le connessioni tra divisione ed espropriazione forzata*, in Riv. Es. Forz., 2019, 546 e ss. par. 5. Secondo, invece, S. Passafiume, *La vendita di beni immobili nell'espropriazione forzata e nel giudizio di divisione endoesecutivo: profili comuni e tratti distintivi*, in Riv. Es. Forz. 2018, I, 125 a ben vedere il riferimento al professionista di cui all'ultimo comma dell'art. 788 riguarderebbe il (solo) notaio di cui all'art. 786. L'autrice concorda, comunque, sull'estensione del rinvio di cui all'art. 788 all'art. 591 bis e, quindi, ammette la delega delle sole operazioni di vendita anche ad altri professionisti nella vendita in divisione endoesecutiva. Anche R. Lombardi, *La connessione* cit. distingue tra la delega delle operazioni divisionali al solo notaio e la delega delle sole operazioni di vendita anche ad altri professionisti.

[126] All'epoca nella versione che prevedeva l'impugnazione ex art. 617 della decisione sul ricorso ex art. 591 ter)

[127] Si trattava di un avviso di incanto rispetto al quale il reclamante aveva denunciato il mancato rispetto del termine di cui all'art. 790 c.p.c. . Con l'ordinanza impugnata ex art. 111 Cost. in Cassazione, il Tribunale aveva dichiarato l'inammissibilità del reclamo ex art. 591 ter, affermando che l'attività del notaio delegato avesse natura amministrativa e che sulle contestazioni sorte nel corso delle operazioni dovesse provvedere il giudice delegante, previa trasmissione del relativo verbale da parte del professionista delegato ex art. 790.

[128] La pronuncia ha altresì escluso che fosse ammissibile il ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost. contro l'ordinanza che ha dichiarato l'inammissibilità del reclamo ex art. 591 ter c.p.c.

[129] La massima lascia supporre che si fosse trattato di una delega alle operazioni divisionali (circostanza non chiaramente desumibile dal testo della pronuncia).

[130] Al momento in cui si scrive, la vigente disciplina dell'art. 591 ter e l'interpretazione datane recentemente dalla Cassazione (9 maggio 2019 n. 1238) apre un problema di stabilità degli atti della vendita nella misura in cui si ritiene che qualsiasi questione, anche già sollevata ex art. 591 ter (decisa con decreto o con ordinanza o, in caso di loro reclamo con ordinanza ex art. 669 terdecies) oppure mai sollevata (sebbene conosciuta) relativa alle operazioni di vendita, non abbia mai forza di giudicato e possa sempre essere riproposta impugnando il primo atto del giudice dell'esecuzione (solitamente il decreto di trasferimento ex art. 617). Si veda Cass. 9 maggio 2019, n. 12238 e Studio del CNN n. 24

del 24 maggio 2021, *Il decreto di trasferimento in generale e nel caso di procedimento delegato ai sensi dell'art. 591 bis c.p.c.*, di A.M. Soldi. Anche la legge delega di riforma della giustizia civile 206/2021 intende porre rimedio a questa situazione introducendo un termine di decadenza al ricorso ex art. 591 ter contro gli atti del delegato e reintroducendo l'opposizione ex art. 617 contro il provvedimento del giudice sul reclamo. Quanto, invece, alle conseguenze dell'impugnazione di un decreto di trasferimento cui sia già stata data esecuzione si veda: Cass. S.U. n. 28387 del 14 dicembre 2020.

Da questo punto di vista, nel caso di delega in sede divisionale ritenere che qualsiasi contestazione relativa all'operato del delegato debba essere fatta valere ex art. 790 e risolta con provvedimento ex art. 617 *in itinere*, sembra poter assicurare una maggiore stabilità agli atti del medesimo (quanto meno sotto il profilo della non riproponibilità contro il decreto di trasferimento di quanto già deciso con ordinanza non opposta ex art. 617 dal giudice istruttore).

[131] E pensiamo in particolare al caso di delega delle sole operazioni di vendita in senso stretto a professionista diverso da notaio.

[132] E' questa l'interpretazione data anche da S. Passafiume, cit., par. 3 alla pronuncia di Cass. 27346/2016.

[133] A leggere l'art. 790 è evidente che si tratta delle parti del processo e di contestazioni che il delegato riferisce al giudice, mentre nel caso di vendita a terzi anche il terzo interessato è legittimato ad impugnare ex art. 591 ter gli atti del delegato.

[134] In un caso di difficoltà rilevato durante le operazioni di vendita.

[135] Come già anticipato in apertura risulta del tutto estraneo alla divisione giudiziale tra i condividenti anche l'istituto della custodia come costruito in vendita forzata e, conseguentemente, l'applicabilità delle norme sulla liberazione endoesecutiva o successiva al decreto di trasferimento ad opera del custode. Il tema non è qui oggetto di trattazione e si registrano opinioni diverse. S. Passafiume, cit., .

[136] Si potrebbe dire lo stesso per la condanna in danno di cui all'art. 177, comma 2, disp. att. c.p.c. Mentre, infatti l'incameramento della cauzione può intendersi sicuramente richiamato nello schema base della vendita giudiziale, come mezzo di controllo della serietà delle offerte e dissuasivo verso il turbamento della gara, la condanna in danno ha un evidente carattere sanzionatorio e di tutela del credito.

[137] Anche chi ipotizza nella divisione endoesecutiva l'applicabilità di determinate norme del processo esecutivo, le esclude con decisione nel caso di vendita in sede divisionale propria (S. Passafiume, ct. par. 7).

[138] Perché basata sul venir meno dell'interesse del creditore a proseguire nell'azione esecutiva, mentre in divisione si possono immaginare altre soluzioni per pervenire alla divisione quali l'assegnazione del bene ad un condividente.

[139] Nel senso che tale norma non è applicabile al giudizio di divisione proprio, ma potrebbe ritenersi applicabile nel caso di vendita in divisione endoesecutiva, ma nel solo caso in cui non si siano attivati nella divisione altri comunisti v. R. Lombardi, *La connessione ci. Par. 4*, mentre precedentemente (Id. *L'espropriazione dei beni indivisi e le riforme dell'ultimo decennio*, in Riv. Dir. Proc., 2016, 331) aveva radicalmente escluso l'applicabilità al giudizio divisionale di una norma che disciplina il procedimento esecutivo.

[140] Basti pensare che la funzione della divisione propria è lo scioglimento della comunione e non la miglior vendita per la soddisfazione di un certo credito.

[141] Condanna che si ritiene retta dal titolo esecutivo azionato.

[142] La differenza di natura o finalità tra incameramento della cauzione a titolo di multa e provvedimento di condanna in danno sembra essere tenuta presente anche da proposte *de iure condendo* quali E. Fabiani, *Note per una possibile riforma del processo di espropriazione forzata immobiliare*, Foro it., 2014, V, 53 e Id *Sul possibile contributo del notariato al superamento della crisi della giustizia civile*, in Foro it., 2020, V, 317. V. citazioni in Fabiani-Piccolo, *Le modifiche di maggior interesse notarile, in tema di esecuzione forzata, contenute nella legge di riforma della giustizia civile (206/2021)* CNN Notizie 9 maggio 2022 Focus e novità normative.

[143] Cass. n. 22210 del 4 agosto 2021 ha escluso l'ammissibilità in divisione endoesecutiva delle opposizioni di terzo e all'esecuzione. La massima riferisce: *“Il giudizio di divisione dei beni indivisi pignorati (la cd. “divisione endoesecutiva”) ha natura di procedimento incidentale di cognizione nel procedimento esecutivo e, pur essendo in collegamento con l'espropriazione forzata e devoluto alla competenza funzionale del giudice dell'esecuzione, costituisce un autonomo processo di scioglimento della comunione e non può essere considerato una fase o un subprocedimento della procedura espropriativa in cui si innesta; ne consegue che nell'ambito del procedimento divisionale non possono essere introdotte – o, se comunque introdotte, non possono essere esaminate e decise – opposizioni esecutive avverso i provvedimenti del giudice dell'esecuzione”*. V. anche Cass. n. 6072 del 18 aprile 2012.

[144] Nel senso che la riformulazione più incisiva sia la seconda tra le due e per un'analisi dell'evoluzione di questa normativa di raccordo, v. R. Lombardi, *L'espropriazione dei beni indivisi e le riforme dell'ultimo decennio*, in Riv. Dir. Proc., 2016, 317 e ss. Per la c.d. tesi del processo esecutivo (del giudizio divisione) v. anche Criscuolo, Riv. Es. Forz., 2010, 443 e nota 3.

[145] Si rinvia in proposito a R. Lombardi, *Sull'introduzione del giudizio divisorio endoesecutivo*, in Riv. Dir. Proc. 2019, 246 e ss. (commento a Cass. 20 agosto 2018 n. 20817), ove si ripercorrono le varie ricostruzioni precedenti alla pronuncia. L'autrice conclude il commento criticando la ricostruzione dell'introduzione del giudizio divisionale a mezzo di ordinanza e non di atto di citazione (in quanto, tra l'altro, idonea a sollevare altre questioni processuali in punto di litispendenza principio della domanda e giudicato).

[146] Nell'aprile 2018 la terza sezione della Corte di cassazione ha dato avvio al c.d. “Progetto esecuzioni”, che si propone di individuare le questioni di «particolare rilevanza nomofilattica» su cui la Corte di cassazione interviene per orientare le prassi e le decisioni dei giudici di merito in modo risolutivo. cfr. R. Lombardi, *Sull'introduzione del giudizio divisorio endoesecutivo*, in Riv. Dir. Proc., 2019, 246, A. Spirito, *Il “Progetto esecuzioni” della Terza sezione Civile della Corte di cassazione*, Riv. Es. forz., 2019, 1, 1 ss.

[147] Il concetto di sviluppo normale si trova già in Cass. 18 aprile 2012 n. 6072 par. 5.1 ed è poi ripreso dalle successive sentenze su divisione endoesecutiva. In dottrina (R. Lombardi, *Sull'introduzione del giudizio divisorio endoesecutivo*, in Riv. Dir. Proc. 2019, 250 e ss., commento a Cass. 20 agosto 2018 n. 20817) sottolinea come ancor oggi (come già prima della riforma del 2005) si possa dire che l'apertura del giudizio di divisione con fissazione dell'udienza avanti allo stesso giudice dell'esecuzione resti teoricamente sussidiaria rispetto alle altre ipotesi previste dall'art. 600 (separazione in natura e vendita di quota che paiono anzi privilegiate) e solo di fatto lo sviluppo “normale”.

[148] *“...Devono invero essere ritualmente coinvolti, al fine del corretto avvio del giudizio di cognizione in cui si risolve anche la divisione endoesecutiva, non solo tutti i contitolari di diritti reali sul bene la cui quota è stata pignorata, compreso quindi il debitore esecutato, ma pure i creditori del processo esecutivo – procedente ed eventuali intervenuti – intentato contro quest’ultimo, nonché i creditori iscritti (non solo quali titolari di diritti di garanzia contro il debitore, ma, per l’effetto purgativo che discenderebbe dalla vendita in sede divisionale, anche quelli titolari di garanzia contro i comproprietari o contitolari) e coloro che hanno acquistato diritti sull’immobile in virtù di atti soggetti a trascrizione e trascritti prima della trascrizione dell’atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale (secondo quanto recita il terzo comma dell’art. 1113 cod. civ.)”*

[149] Ci si riferisce alla sequenza: atto di pignoramento, avviso ai comproprietari ex art. 599 di comparizione all’udienza fissata ex art. 600 e all’udienza l’ordinanza di apertura della divisione – con fissazione di nuova udienza avanti a se’ in funzione di giudice istruttore della divisione (in caso di comparizione di tutti gli aventi diritto all’udienza ex art. 600) o con ordine di notifica agli aventi diritto non comparsi all’udienza ex art. 600 della stessa ordinanza.

[150] *“... Indubbiamente, però, è con l’ordinanza del giudice dell’esecuzione, pronunciata all’udienza per la comparizione delle parti e di tutti gli interessati, che questa fattispecie si completa; ed è l’ordinanza che dispone il giudizio divisionale davanti allo stesso giudice, sia pure nelle diverse vesti di giudice della cognizione, tanto da essere quella stessa – e null’altro, stando alla lettera della disposizione codicistica – a dovere essere notificata agli interessati non presenti all’udienza pure fissata per la loro audizione. 19. La conseguenza è che l’ordinanza del giudice deve contenere necessariamente tutti gli elementi – se del caso anche solo integrativi rispetto al pignoramento, il quale ben potrebbe esservi richiamato per relationem, ovvero con riepilogo dei dati contenuti in quello ed in eventuali altri atti del processo – indispensabili per l’introduzione della domanda giudiziale, tra cui quelli identificativi dell’oggetto e cioè del bene o dei beni immobili da dividere, completi dei dati indispensabili per la trascrizione dell’ordinanza stessa.”*

Si specifica in motivazione che l’eventuale ordinanza del giudice dell’esecuzione che abbia, invece, disposto la notifica di un atto di citazione *vitiatur se non vitiat* lo sviluppo successivo del giudizio in tal modo instaurato.

[151] Nel senso che sia comunque necessaria la domanda di parte per l’instaurazione del giudizio divisionale così come espressamente previsto per la separazione in natura o la vendita di quota e non si possa ritenerla aperta d’ufficio v. R. Lombardi, *L’espropriazione dei beni indivisi e le riforme dell’ultimo decennio*, cit. 325.

[152] Ricordando, tra l’altro, che l’eventuale estinzione del giudizio divisionale (nel caso di mancato rispetto del termine perentorio fissato per la notifica ai non comparsi e per l’instaurazione del giudizio) determina l’estinzione del giudizio esecutivo.

[153] Quanto alla legittimazione riconosciuta al creditore la sentenza incidentalmente la definisce come propria e non straordinaria : *“... non rilevando qui ulteriormente approfondire se egli agisca utendo iuribus debitoris o iure proprio (pur apparendo, incidenter tantum, preferibile la seconda soluzione, così prospettandosi tale legittimazione del creditore quale ulteriore facoltà di soddisfacimento del credito riconosciutagli in via diretta ed immediata in considerazione della peculiare conformazione del patrimonio del debitore e quindi delle concrete modalità di estrinsecazione, possibili nella specie, della generale sua responsabilità patrimoniale generale di cui all’art. 2740 cod. civ.)”*. Nello stesso senso già Cass., 6072 del 18 aprile 2012.

[154] E si sottolinea che la specialità comporta, appunto tra gli altri effetti, quello *“molto grave e serio, della liquidazione del bene e cioè della definitiva perdita di qualsiasi diritto su quello come esistente in natura, benché quantitativamente limitato,”* imposto al contitolare *“non debitore in dipendenza delle*

vicende di altro contitolare e quindi senza alcuna diretta responsabilità personale o propria del primo, per l'evidente priorità della necessità del soddisfacimento dei creditori e, in questo caso, di quelli dei contitolari.” Come dire che questo è l'unico pregiudizio che subisce il contitolare dal punto di vista della struttura del giudizio cui ha diritto.

“... 10. In conclusione, da un lato il giudizio di divisione in esame costituisce una parentesi di cognizione – vale a dire un procedimento incidentale consistente in un vero e proprio giudizio di cognizione – nell'ambito del procedimento esecutivo, in quanto tale restando autonomo, perché soggettivamente ed oggettivamente distinto da questo, tanto da non poterne essere considerato né una continuazione, né una fase (per tutte: Cass. 10/05/1982, n. 2889; Cass. 08/01/1968, n. 44; Cass. 12/10/1961, n. 2096; ai fini dell'individuazione dei rimedi esperibili avverso i rg 26841-15 9 singoli atti di quello: Cass. 24/11/2011, n. 4499; Cass. sez. U 29/07/2013, n. 18185; Cass. ord. 29/12/2016, n. 27346); dall'altro lato, permane una correlazione funzionale del giudizio di divisione endoesecutiva al processo esecutivo, uno dei cui effetti è stato riconosciuto, ad esempio, il mantenimento, in capo al creditore esecutante, della sua legittimazione ad agire in divisione fintantoché in capo a lui permanga la qualità di creditore.”

[155] Esattamente della stessa opinione già Cass. 6072 del 18 aprile 2012.

[156] *“La funzionalizzazione intrinseca del giudizio di divisione al processo esecutivo comporta poi una costante interazione tra l'uno e l'altro, nonostante la persistente tendenziale autonomia e morfologica irriducibile differenza strutturale di un giudizio di cognizione rispetto ad un processo esecutivo: e tanto non solo (come nel caso deciso dalla richiamata Cass. 6072/12) quanto a legittimazione od interesse ad agire quanto meno in capo al creditore procedente (o, viene qui da precisare, ad altro munito di titolo esecutivo e quindi titolare del potere di dare impulso al processo esecutivo), ma anche ad utile riferibilità delle attività processuali svolte nel secondo – dalle parti o nei confronti delle parti del processo esecutivo – anche al primo, ogniqualvolta le peculiarità del processo di espropriazione di beni indivisi implicino come immanenti gli sviluppi anche cognitivi cui quelle attività possono essere effettivamente rivolte o da cui debbono ritenersi presupposte. 33. Tale immanente funzionalizzazione ed il relativo vincolo teleologico costante tra giudizio divisionale endoesecutivo e processo di espropriazione di beni indivisi — a differenza di quanto accade per altre parentesi cognitive nel processo di esecuzione, quali le opposizioni, meramente eventuali e non già necessario sviluppo di detto processo, caratterizzate quindi da ben più marcata autonomia — devono comportare allora pure che la notifica dell'ordinanza all'interessato, se assente all'udienza di comparizione in sede esecutiva, possa bene essere effettuata al procuratore del litisconsorte necessario dell'instaurando giudizio di divisione, il quale sia già, per separate vicende del processo esecutivo, costituito per quell'interessato in qualità di parte o soggetto di quest'ultimo (salvo il caso, forse solo di scuola, in cui dalla relativa procura non risulti in modo esplicito e non equivoco l'esclusione della rappresentanza proprio per quest'ultimo): dovendo, in mancanza di limitazione dei relativi poteri, presumersi conferito il mandato a costituirsi nel processo di espropriazione di beni indivisi esteso di per sé anche al compimento di tutte le attività che normalmente conseguono a quelle espressamente menzionate e, quindi, anche a rappresentare la parte nel giudizio di cognizione divisionale che ne costituisce normale epilogo.”*

[157] Sub paragrafo 10. V. Cass. n. 1620 del 19 gennaio 2022.

[158] Leggiamo in Cass. 19 gennaio 2022 n. 1620 che: *“La tutela dell'interesse dei creditori, anche nella divisione incidentale all'esecuzione forzata, rimane pur sempre correlata alla realizzazione al meglio della garanzia patrimoniale offerta dalla quota indivisa del condividente loro debitore (cfr. Cass. n. 9765/2004), senza che rilevi, a questi fini, approfondire se il creditore procedente agisca utendo iuribus debitori o iure proprio (in questo secondo senso, incidentalmente, Cass. n. 6072/2012 in motivazione). Essi potranno certamente pretendere che il giudice applichi in modo rigoroso le norme sull'iter divisorio, in modo che la divisione sia realizzata nel modo più economico e razionale*

possibile; ma, ad esempio, se il bene è comodamente divisibile, i creditori non potranno impedire la divisione in natura, accampando la prognosi del maggior lucro ricavabile con l'alienazione. Analogamente l'esigenza dei creditori, di realizzare il maggior risultato utile, non potrebbe giustificare la deroga al principio, consolidato nella giurisprudenza della Corte (Cass. n. 10216/2015; n. 1158/1995; n. 4458/1992; n. 8/1969), che, nel conflitto fra più aspiranti, la scelta dell'assegnatario dell'immobile indivisibile non può essere determinata dalla somma che egli offre di pagare a conguaglio (Cass. n. 5709/2020)".

La ricostruzione è tenuta presente anche dalle *Buone prassi nel settore delle esecuzioni – Aggiornamento Linee guida. (delibera CSM 6 dicembre 2021)* al cui paragrafo 13 si legge che nel caso di divisione endoesecutiva *“l’ordinanza di delega è qui caratterizzata dalla formazione non del progetto di distribuzione, ma di quello divisionale: si tratterà, peraltro, di una mera predisposizione da parte del delegato, né potrà procedersi all’approvazione da parte del professionista, posto che si tratta di un atto distinto dal progetto di distribuzione.”* Non sembra esservi consapevolezza della differenza tra delega delle operazioni di vendita e delega del progetto divisionale che dovrebbe essere data al solo professionista che sia anche notaio ai sensi dell’art. 786. V. par. 10.

[159] Il concetto era già condiviso in dottrina v. R. Lombardi, *L'espropriazione dei beni indivisi*, cit., 329 e s.

[160] A nostro avviso non fornisce argomenti in senso contrario a tale tesi neppure quanto ritenuto da Cass. S. U. 25021/2019, a proposito dello specifico tema dell'applicabilità delle deroghe alla normativa urbanistica anche alle divisioni endoesecutive.

Le affermazioni in essa contenute, infatti, relative all'articolazione necessaria e strumentale del giudizio divisionale rispetto a quello esecutivo riguardavano esclusivamente la questione delle nullità urbanistiche e la formulazione letterale delle deroghe in essa contenute (atti e trasferimenti derivanti da proce,.....).

La Corte in quel caso, vista l'attuale articolazione e sviluppo della divisione endoesecutiva, l'ha ritenuta ricompresa nella disciplina delle deroghe di cui agli artt. 40 e 46.

Nel caso di specie, trattato dalle Sezioni Unite, inoltre, non si trattava di chiarire se le norme processuali applicabili al giudizio divisionale fossero diverse nel caso di divisione endoesecutiva, ma solo di stabilire se la previsione della legge speciale in materia urbanistica potesse ricomprendere anche la divisione endoesecutiva nella sua sfera di applicazione.

[161] S. Passafiume, cit., 4 e ss.

[162] S. Passafiume, cit., le dichiara incompatibili con la vendita dell'intero in quanto il fine soddisfattivo esclude che l'assegnazione abbia ad oggetto beni non appartenenti al debitore.

[163] Caso in cui potrebbero venire in considerazione norme come l'art. 164 bis disp. att. c.p.c., sicuramente estranee al giudizio di divisione proprio.

[164] R. Lombardi, *La connessione tra divisione ed espropriazione forzata*, cit., par 4: *“...occorre considerare che la prospettiva di applicazione dell'art. 164- bis disp. att. c.p.c. risulta condizionata dalla partecipazione o meno al giudizio di divisione degli altri comunisti. Segnatamente occorre distinguere una prima ipotesi in cui al giudizio divisorio non partecipano gli altri condividenti o comunque nessun comunista solleciti la divisione. In questa ipotesi, proprio perché la volontà divisoria non è espressa dal condividente esecutato, ma per lui dal suo creditore, è innegabile che il pignoramento non è una mera “occasione” del giudizio divisorio ma ne è la stessa “causa”, per cui stretta è la correlazione tra giudizio divisorio e l'esecuzione che lo ha causato. In questa ipotesi,*

dunque, trova spazio la tesi che propende per l'applicazione dell'art. 164- bis disp. att. c.p.c.". L'autrice prosegue escludendo l'applicazione della norma sia nel caso di divisione propria che nel caso di divisione a cui partecipino attivamente altri condividenti, in quanto in entrambi i casi la stessa e il suo risultato non saranno retti dal solo interesse del creditore (destinato a venir meno in caso di infruttuosità), ma anche da quello dei condividenti al suo scioglimento e conclude :” il potere di chiusura del processo attribuito dal legislatore al giudice dell'esecuzione è affatto peculiare risolvendosi in una valutazione che il giudice compie rispetto alla prospettiva, pur sancita costituzionalmente (art. 24 Cost.), che la parte fruiscia dell'intervento giurisdizionale, e che evidentemente è prefigurabile a cagione delle specifiche finalità del processo esecutivo (art. 111 Cost.). Il che rende opportuno non espandere questo eccezionale potere fuori dai limiti segnati dalla legge, recte a forme diverse di tutela.”

[165] R. Lombardi, *La connessione cit.*, par. 7 “...l'exasperazione dei tratti esecutivi del giudizio divisorio incidentale

potrebbe far emergere un distinto tipo di giudizio divisorio, propriamente un giudizio che si svincola dalla disciplina di cui agli artt. 784-791 c.p.c. e si piega alle regole e agli obiettivi del processo esecutivo. E si è altresì segnalato che, all'opposto, le soluzioni praticate nell'ambito del giudizio divisorio incidentale potrebbero comportare un rimodellamento del giudizio divisorio autonomo e finanche riaccendere il sopito dibattito sulla natura del giudizio di divisione. Indubitabile è la singolarità di taluni tratti del giudizio di divisione che nasce dal processo esecutivo rispetto al giudizio di divisione autonomo . Nondimeno è da evidenziare che essi attengono specificamente allamodalità d'ingresso e di uscita dal processo esecutivo. Se una forma di tutela giurisdizionale s'immette in un'altra si pone inevitabile l'esigenza di operare un raccordo tra le stesse; il che però non deve condurre ad uno svuotamento dell'una in ragione dell'altra. Nell'espropriazione di beni indivisi la parentesi cognitiva resta puntualmente delimitata dalla sospensione del processo esecutivo e tanto segna il tempo della piena osservanza per il giudice (ormai) della cognizione della normativa di cui agli artt. 784-791 c.p.c. Dal canto suo il giudice della divisione autonoma non deve considerare le eventuali “distorsioni” che si verificano in ambito esecutivo, anzi, è tenuto ad osservare le peculiarità dello schema procedimentale tracciato nel libro IV del c.p.c. Al cospetto di uno schema procedimentale, quello di cui agli artt. 784-791 c.p.c., strutturato sul principio di non contestazione, sulla (auspicata) chiusura con ordinanza, sulla delega al professionista (quale strumento di degiurisdizionalizzazione), l'accuratezza ricostruttiva del legislatore del '42 merita di essere compresa ed esaltata. Si tratta di uno schema che porta con sé evidenti i tratti dell'accelerazione e dell'efficienza, recte del giusto processo civile (art. 111 Cost.), e che in siffatto momento storico è quantomai necessario far funzionare.”

[166] L'ordinanza ex art. 600 del giudice istruttore anziché un atto di citazione, l'esclusione da tentativo di mediazione ex art. 5, d.lgs. 28/2010, che al 4 comma dispone l'esclusione della mediazione «nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata».

[167] Si legge in Cass. 6072 del 2012: “5.5. sia prima che dopo la riforma, invero, la finalità di una divisione endoesecutiva è, con tutta evidenza, quella di consentire di procedere esecutivamente su di un bene in proprietà esclusiva, sia esso identificato ancora in natura ovvero ormai liquidato e cioè trasformato nel suo equivalente in denaro: e tanto, nel primo caso, per la conclamata migliore appetibilità sul mercato di un bene in proprietà esclusiva rispetto ad una semplice quota, l'acquisto della quale obbligherebbe l'eventuale acquirente ad una contitolarità di diritti, coi rischi e le complicazioni da questa derivanti e l'onere (o il rischio) di un successivo giudizio di scioglimento della medesima; e, nel secondo, per la – intuitivamente – maggiore utilità della prosecuzione del processo esecutivo su beni fungibili per definizione, quali appunto il denaro; 5.6. tali effetti – tra cui anche quello, molto grave, della liquidazione del bene e cioè della definitiva perdita di qualsiasi diritto in natura, benché limitato, su di esso – sono imposti al contitolare non debitore in dipendenza delle vicende di altro contitolare e quindi senza alcuna diretta responsabilità personale o propria del primo,

per l'evidente priorità della necessità del soddisfacimento dei creditori e, in questo caso, di uno dei contitolari; 5.7. viene riconosciuto a questi fini un'eccezionale legittimazione al creditore procedente o, vi è da ritenere, quanto meno all'interventore munito di titolo esecutivo – a provocare lo scioglimento della comunione: non rilevando, in questa sede, ulteriormente approfondire se egli agisca utendo iuribus debitoris o iure proprio (pur apparendo, incidenter tantum, preferibile la seconda soluzione, così prospettandosi tale legittimazione del creditore quale ulteriore facoltà di soddisfacimento del credito riconosciutagli in via diretta ed immediata in considerazione della peculiare conformazione del patrimonio del debitore e quindi delle concrete modalità di estrinsecazione, possibili nella specie, della sua generale responsabilità patrimoniale generale di cui all'[art.2740 cod. civ.](#)); 5.8. in conclusione, da un lato il giudizio di divisione in esame costituisce una parentesi di cognizione nell'ambito del procedimento esecutivo, in quanto tale restando autonoma, perché soggettivamente ed oggettivamente distinta da questo, tanto da non poterne essere considerata ne' una continuazione, ne' una fase (per tutte: Cass. 10 maggio 1982, n. 2889; Cass. 8 gennaio 1968, n. 44; Cass. 12 ottobre 1961, n. 2096; di recente, ai fini dell'individuazione dei rimedi esperibili avverso i singoli atti di quello: Cass. 24 febbraio 2011, n. 4499); dall'altro lato, la correlazione funzionale del giudizio di divisione endoesecutiva al processo esecutivo comporta che il creditore esecutante mantiene la sua legittimazione ad agire in divisione fintantoché in capo a lui permanga la qualità di creditore; 5.9. come ogni giudizio di cognizione, vanno valutati allora interesse e legittimazione ad agire: con la conseguenza che esso non può essere iniziato e, se iniziato, non può proseguire, tra l'altro, ove l'uno o l'altra vengano meno, come nel caso della qualità di creditore in capo all'attore e di quella di debitore in capo al convenuto principale: a meno che, beninteso, a tale deficienza – originaria o sopravvenuta – non si rimedi con una valida domanda di divisione formulata da altri interessati partecipanti al medesimo giudizio, vale a dire dallo stesso debitore, ovvero da altri dei creditori muniti di titolo esecutivo (in quanto titolari di un potere di provocare gli atti di espropriazione identico a quello del precedente o attore originario) , ovvero ancora – a seconda dei casi – degli altri “interessati” e litisconsorti necessari indicati nell'[art. 1113 c.c., comma 3](#), (i creditori iscritti e coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti soggetti a trascrizione e trascritti prima della trascrizione dell'atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale); 5.10. e bene può ammettersi che il debitore esecutato, oramai convenuto nel giudizio di cognizione in cui si risolve la divisione endoesecutiva, possa contestare, nel solo ambito ed ai limitati fini di decidere la sorte di quest'ultima, la persistenza della qualità di creditore, quale mero presupposto della legittimazione ad agire solo nel medesimo giudizio di cognizione: non rilevando in contrario la maggiore ampiezza del contraddittorio in quest'ultimo, rispetto all'altro giudizio di cognizione ordinario in cui si risolverebbe l'opposizione esecutiva (necessaria ove invece il debitore intendesse contestare la legittimità del relativo processo esecutivo), tanto non ledendo il diritto di chicchessia ed anche dinanzi all'evidente economia processuale derivante dalla concentrazione delle questioni in capo – ormai – al medesimo giudicante; 5.11. e tanto comporta, tra l'altro, l'infondatezza dell'altra eccezione in rito del controricorrente (...), per la quale le doglianze dell'(...) debitore esecutato e convenuto nel giudizio di divisione endoesecutiva, andavano proposte quali opposizioni ad atti esecutivi (con l'ulteriore conseguenza dell'improponibilità dell'appello avverso le relative statuizioni di primo grado): a parte il fatto che la contestazione della persistenza del credito azionato involgerebbe comunque, per consolidata giurisprudenza, un'opposizione all'esecuzione (contestandosi l'an exsequendum sit; e soggetta, al tempo in cui fu resa almeno la prima delle due sentenze di primo grado, quindi ancora alla regola dell'ordinaria appellabilità), la pure pacifica circostanza del collegamento funzionale del giudizio divisorio c.d. endoesecutivo al procedimento esecutivo non rende affatto applicabile, se non altro nella fase anteriore alle operazioni di vendita vere e proprie come è nel caso di specie, i rimedi propri del secondo, ma invece sempre e solo quelli dell'ordinario giudizio di divisione (Cass. 24 febbraio 2011, n. 4499).” Sembra di contrario avviso Crivelli, Studio CNN 14-2021/PC, La sospensione del processo esecutivo con particolare riguardo ai riflessi sull'attività del delegato e del custode, par. 3 a proposito di eventuali contestazioni nel giudizio divisionale endoesecutivo, ma la successiva ricostruzione del processo esecutivo sospeso da parte dello stesso autore (nei par. 5.2b) sembra invece ammettere la

proposizione di istanze (quindi anche opposizioni) da parte del debitore durante la sospensione (la distinzione tra atti ammessi e non ammessi fa riferimento all'inammissibilità dei soli atti volti alla prosecuzione del processo esecutivo)

[168] Cass. 21218 del 2020: *“Come puntualmente evidenziato nelle conclusioni del PM la divisione endo-esecutiva, sebbene strumentale alla liquidazione del compendio immobiliare pignorato per quota indivisa, non costituisce una fase dell'espropriazione, ma resta una parentesi cognitiva autonoma, oggettivamente e soggettivamente distinta dalla procedura espropriativa che ne ha cagionato l'introduzione. Da tale premessa ha quindi tratto le conseguenze sia dell'inapplicabilità dell'art. 336 c.p.c., dovendosi escludere che la vendita disposta in sede di divisione sia un atto esecutivo direttamente ricollegabile alla procedura esecutiva di cui è stata dichiarata l'estinzione, ancorché con sentenza non ancora passata in cosa giudicata, sia il venir meno in maniera automatica del processo di divisione, destinato quindi a sopravvivere almeno sino a quando l'estinzione del processo esecutivo non risulti dichiarata con sentenza ormai passata in giudicato. Da tali premesse ha poi tratto l'altrettanto condivisibile conclusione secondo cui, rivestendo la causa di estinzione della procedura esecutiva, nel cui ambito è stata disposta la divisione, carattere pregiudiziale rispetto a quest'ultima, ma essendo nella prima intervenuta una pronuncia di appello, correttamente la sospensione della divisione poteva essere disposta, non già ex art. 295 c.p.c., ma ai sensi dell'art. 337 co. 2 c.p.c., norma alla quale il Tribunale nell'ordinanza impugnata ha fatto esplicito riferimento (...) Sebbene tale giudizio di cognizione sia divenuto ormai lo sviluppo normale di ogni procedura espropriativa avente ad oggetto una mera quota, essendo stato il suo collegamento funzionale con il processo esecutivo sottolineato oggi dalla previsione del novellato art. 181 disp. att. cod. proc. civ., in base alla quale – in forza del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, art. 23-ter, lett. f), convertito, con modificazioni, in l. 14 maggio 2005, n. 80 – tale giudizio di divisione,, resta indiscutibilmente un ordinario giudizio di cognizione ordinario (...)”*

[169] Cass. n. 22210 del 4 agosto 2021: *“..., deve in questa sede ribadirsi che il giudizio di divisione dei beni indivisi pignorati (c.d. divisione endoesecutiva) ha natura di procedimento incidentale di cognizione nel procedimento esecutivo, e come tale, pur essendo in collegamento funzionale col procedimento esecutivo, ha una sua funzione circoscritta ed autonoma, nonché una sua autonomia strutturale. Esso costituisce un giudizio di scioglimento della comunione devoluto alla competenza funzionale del giudice dell'esecuzione, che provvede alla trattazione della causa quale giudice istruttore. Ne consegue che la divisione esecutiva non può essere considerata una fase, o un subprocedimento, della espropriazione immobiliare in cui si innesta (Cass. n. 6072 del 2021; Cass. n. 20817 del 2018) ma rimane autonoma rispetto ad essa in quanto procedimento eventuale ed incidentale di cognizione e che, stante l'autonomia con il procedimento esecutivo, nell'ambito del procedimento divisionale non possono essere introdotte, e ove introdotte non possono essere esaminate e decise, eventuali opposizioni esecutive.”*

[170] Cass. 7617 del 18 marzo 2019 ha statuito che nella litispendenza tra giudizio divisionale endoesecutivo e giudizio di divisione ordinario il criterio di prevenzione ex art. 39 c.p.c. va verificato tra notifica dell'atto di citazione del giudizio ordinario di divisione e data della pronuncia (o notifica alle parti non presenti) dell'ordinanza del GE che disponga la divisione nell'ambito del procedimento esecutivo (argomento da Cass. 20817/ 2018).

[171] Cass. 6072 del 2012 a proposito dell'ammissibilità nella divisione endoesecutiva di una contestazione sulla sussistenza del titolo esecutivo in quanto inerente la legittimazione del creditore: *“... 8. in conclusione, da un lato il giudizio di divisione in esame costituisce una parentesi di cognizione nell'ambito del procedimento esecutivo, in quanto tale restando autonoma, perché soggettivamente ed oggettivamente distinta da questo, tanto da non poterne essere considerata ne' una continuazione, ne' una fase (per tutte: Cass. 10 maggio 1982, n. 2889; Cass. 8 gennaio 1968, n. 44; Cass. 12 ottobre 1961, n. 2096; di recente, ai fini dell'individuazione dei rimedi esperibili avverso i singoli atti di quello: Cass. 24 febbraio 2011, n. 4499); dall'altro lato, la correlazione funzionale del*

giudizio di divisione endoesecutiva al processo esecutivo comporta che il creditore esecutante mantiene la sua legittimazione ad agire in divisione fintantoché in capo a lui permanga la qualità di creditore; 5.9. come ogni giudizio di cognizione, vanno valutati allora interesse e legittimazione ad agire: con la conseguenza che esso non può essere iniziato e, se iniziato, non può proseguire, tra l'altro, ove l'uno o l'altra vengano meno, come nel caso della qualità di creditore in capo all'attore e di quella di debitore in capo al convenuto principale: **a meno che, beninteso, a tale deficienza – originaria o sopravvenuta – non si rimedi con una valida domanda di divisione formulata da altri interessati partecipanti al medesimo giudizio**, vale a dire dallo stesso debitore, ovvero da altri dei creditori muniti di titolo esecutivo (in quanto titolari di un potere di provocare gli atti di espropriazione identico a quello del precedente o attore originario) , ovvero ancora – a seconda dei casi – degli altri “interessati” e litisconsorti necessari indicati nell'art. 1113 c.c., comma 3, (i creditori iscritti e coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti soggetti a trascrizione e trascritti prima della trascrizione dell'atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale); 5.10. e bene può ammettersi che il debitore esecutato, oramai convenuto nel giudizio di cognizione in cui si risolve la divisione endoesecutiva, possa contestare, nel solo ambito ed ai limitati fini di decidere la sorte di quest'ultima, la persistenza della qualità di creditore, quale mero presupposto della legittimazione ad agire solo nel medesimo giudizio di cognizione: non rilevando in contrario la maggiore ampiezza del contraddittorio in quest'ultimo, rispetto all'altro giudizio di cognizione ordinario in cui si risolverebbe l'opposizione esecutiva (necessaria ove invece il debitore intendesse contestare la legittimità del relativo processo esecutivo), tanto non ledendo il diritto di chicchessia ed anche dinanzi all'evidente economia processuale derivante dalla concentrazione delle questioni in capo – ormai – al medesimo giudicante....”. Sempre nel senso che la divisione endoesecutiva non debba considerarsi estinta automaticamente con la dichiarazione di estinzione del processo esecutivo, come se si trattasse di una fase di un unico procedimento, ma debba quanto meno attendere il passaggio in giudicato della sentenza di estinzione Cass. 2 ottobre 2020 n. 21218.

[172] In tal senso l'opinione di R. Lombardi, *La Connessione*, cit. In sostanza l'art. 164 bis disp. att. potrebbe determinare l'estinzione del giudizio esecutivo e la conseguente estinzione di quello di divisione ove non retto dall'impulso di uno degli altri contraddittori.

[173] Ci riferiamo anche alle *Buone prassi nel settore delle esecuzioni – Aggiornamento Linee guida*. (delibera CSM 6 dicembre 2021) ove al par. 13 sull'esecuzione di beni indivisi sembra darsi per scontato che il professionista delegato (non solo notaio) possa procedere alla redazione del progetto divisionale delle somme ricavate (con l'unico limite di non poter svolgere avanti a se' l'udienza di approvazione). Non sembra cioè evidenziata la distinzione tra quanto previsto dall'art. 591 bis, III c., n.12, e le norme di cui agli artt. 786, 788, 790 e 791, cioè la distinzione concettuale tra redazione del progetto di distribuzione e redazione del progetto di divisione.

[174] V. A. Crivelli, Studio CNN 14-2021/PC, *La sospensione del processo esecutivo con particolare riguardo ai riflessi sull'attività del delegato e del custode*, par.5.2c).

[175] Come già detto il tema della custodia è uno di quelli più complicati da trattare. Si legge (S. Passafiume, cit. par. 5 e 6) che secondo parte degli autori non sarebbe mai possibile la nomina di un custode di quota di beni e che la nomina del custode per l'intero dovrebbe essere effettuata dal giudice istruttore in divisione, ma resta il dato che la disciplina di cui agli artt. 559 e 560 è del tutta estranea al giudizio di divisione proprio.

[176] Cass., sez. III, n. 1062 del 12 febbraio 1979 (che parla di prelazione per surrogazione).

[177] Cita a tale proposito Cass. n.5718 del 2017 secondo cui il GI non ha mai e comunque il potere di attribuire direttamente al creditore la porzione spettante al debitore (per un caso di divisione endoesecutiva nel quale il provvedimento del giudice istruttore è stato ritenuto ricorribile in Cassazione

ex art. 111 Cost. in quanto decisorio). Da ultimo, sempre in un caso di divisione endoesecutiva, Cass. n. 1260 del 19 gennaio 2022. Sul punto si rinvia a Luisa Piccolo, Quesito n. 225-2017/C e Id. quesito n. 250-2017/C, *Quesito in tema di applicabilità dell'art. 2825 c.c. al pignoramento*, pubblicato in CNN Notizie del 3 maggio 2019 n. 81 Passafiume, *La vendita di beni indivisi cit*, riferisce la ricostruzione secondo cui l'ipoteca sulla quota di un convivente in caso di divisione a mezzo di vendita ex art. 2825 si trasforma in pegno su credito di Cardino, *Comunione di beni ed espropriazione forzata*, Torino, 2011, 435. Nel senso che nei rapporti tra pignoramento di una quota ed autonoma divisione tra conviventi si applichi l'art. 2825 non solo al creditore ipotecario, ma anche al creditore pignorante con pignoramento trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda e che mentre l'art. 2825 prevede che l'iscrizione di ipoteca iscritta su un solo bene della comunione possa essere reiscritta poi sul bene assegnato entro 90 gg. dalla divisione, si ritiene che il pignoramento debba necessariamente colpire tutti i beni facenti parte del patrimonio in comunione perché non ne è prevista la reiscrizione e sui rapporti tra avviso ai conviventi ex art. 599 e trascrizione della domanda di divisione v. Cass. n. 26692 del 24 novembre 2020.

[178] Si tratta di norme che anticipano nel codice l'art. 569 e 570 e ss. direttamente richiamati.

[179] Pensiamo oltre che al controllo ipocatastale di cui all'art. 567, alle norme su modalità redazionali della perizia e sulle pubblicità della vendita, ma anche a quelle di tutela dell'offerente e dell'aggiudicatario quale l'art. 187 bis disp. att. .

[180] V. Cass. n. 10067 del 28 maggio 2020 secondo cui: *“Il richiamo alle norme del processo di espropriazione non deve far dimenticare che, mentre in questa la vendita riguarda un bene che appartiene all'esecutato ed avviene contro la volontà di questi, nel processo di divisione la vendita avviene non a danno di qualcuno, ma nell'interesse di tutti. Quel richiamo deve perciò intendersi limitato alle modalità esecutive della vendita (Cass. n. 1062/1979) e ai relativi rimedi (Cass. S.U., 18185/2013), e non in relazione all'effetto di liquidazione satisfattiva inerente all'esecuzione forzata. I) È principio acquisito infatti che i creditori chiamati a intervenire nel giudizio di divisione non possono perseguire la realizzazione coattiva del credito nell'ambito di tale giudizio, neanche quando questo si è svolto su beni colpiti da pignoramento sulla quota indivisa del debitore: «il giudice istruttore, nel dichiarare esecutivo il progetto di divisione, non ha il potere di attribuire al creditore la porzione spettante al debitore, in ordine alla cui vendita o assegnazione deve statuire il giudice dell'esecuzione, nell'ambito e con le forme della procedura espropriativa» (Cass. n. 5718/1987). L) Le ipoteche sui beni comuni iscritte contro il singolo colpiscono di massima i beni di cui egli risulti con la divisione proprietario (art. 2825 c.c.) (Cass. n. 3971/1980), conseguendone la cancellazione di quelle stesse iscrizioni sui beni assegnati agli altri. Tuttavia la cancellazione delle ipoteche (iscritte contro il singolo) non consegue dall'effetto di liquidazione satisfattiva inerente alla espropriazione, ma si connette «all'effetto retroattivo della divisione, per cui, al di fuori delle eccezioni previste dall'art. 2825 c.c., il bene assegnato deve pervenire al convivente libero dai pesi imposti da colui che, a posteriori, risulti privo della facoltà di disporre» (Cass. n. 1062/1979)”.*

[181] Cass. 18 aprile 2012 n. 6072 par.5.1; Cass. S.U. n. 25021 del 7 ottobre 2019, nel senso della strumentalità necessaria del giudizio divisionale all'espropriazione.

[182] Tra le altre Cass. 20817/ 2018, Cass. 6072 / 2012.

[183] Ci riferiamo alla disciplina sulla residualità della vendita ex art. 720 c.c. e sul diritto alla divisione in natura ex art.718 c.c.

[184] Artt. 2919-2929 c.c.

[185] Art. 46 DPR 380/2001 e art. 40 L. 47/85, art. 8 L. 590/65, art. 59 D. Lgs. 42/2004, art. 9, c. 1, D. Lgs. 122/2005

[186] Sulla coattività della vendita pregnante e utile la ricostruzione del pensiero di Pugliatti sui c.d. trasferimenti coattivi di E. Fabiani, *La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti*, in *Il giusto processo civile*, 3/2015, 720 e ss. (anche in *Salvatore Pugliatti*, Edizioni Scientifiche Italiane), secondo cui il concetto di vendita coattiva si definisce non tanto e non solo per l'assenza della volontà negoziale delle parti (danti causa), quanto per la combinazione di questa assenza di volontà con il perseguimento di un interesse pubblico prevalente su quello privato, interesse pubblico che può essere perseguito solo a mezzo dell'atto autoritativo statuale: *“vi è un impulso che prevale sulla volontà del soggetto titolare del diritto e che viene riconosciuto e legittimato dall'ordine giuridico per il conseguimento di un fine pubblico. Per mezzo dell'espropriazione dei beni del debitore si tende ad ottenere coattivamente la realizzazione dei diritti dei creditori.”* Secondo questa teorizzazione, è possibile affiancare vendita forzata espropriativa ed espropriazione per pubblica utilità ed è possibile nell'ambito dell'espropriazione forzata accomunare e trattare in modo identico vendita forzata esecutiva individuale e vendite competitive o vendite attuate in ambito concorsuale, anche con modalità formalmente negoziali, perché in tutti i casi manca la volontà dell'alienante e l'autorità statale effettua la vendita nel perseguimento di un interesse pubblico prevalente.

[187] Conclude citando Cass. 2576/2004; Cas. 11760/1999; e Cass S.U. 3163/1981.

[188] Ordinanza di rimessione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della seconda sezione di Cassazione n. 25836 del 16 ottobre 2018.

[189] La pronuncia, confermata in appello, viene impugnata in Cassazione con due motivi di ricorso. Il primo motivo di ricorso sottopone 4 questioni di diritto: 1. se gli atti di scioglimento delle comunioni debbano ritenersi ricompresi tra gli atti tra vivi per i quali l'art. 40, comma 2, L. 47/85 commina la nullità (si trattava di un abuso ante 17 marzo 1985); 2. se possano considerarsi atti inter vivos solo gli atti di scioglimento della comunione ordinaria o anche quelli di comunione ereditaria; 3. Se alla divisione giudiziale si applica il medesimo regime de che vale per la divisione convenzionale; 4. Se sia possibile procedere ad una divisione parziale dell'asse ereditario, con esclusione dell'edificio abusivo che ne faccia parte. Le prime tre questioni sono quelle che hanno indotto il primo Presidente alla rimessione alle Sezioni Unite, le quali vi hanno enunciato i primi 4 principi di diritto che interpretano la disciplina urbanistica in relazione alle divisioni sia ordinarie che ereditarie sia negoziali che giudiziali, ben al di fuori del caso concreto (che era una divisione endoesecutiva). Il secondo motivo di ricorso deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 5, DR 380/2001 e 40, commi 5 e 6, L. 47/85 per avere la corte escluso che la divisione endoconcorsuale rientrasse tra gli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari o concorsuali sottratti alla nullità e sottopone il seguente quesito di diritto : *“se la divisione di un edificio abusivo che si renda necessaria nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (di cui al capo V del titolo I del libro III del codice di procedura civile) (divisione c.d. “endoesecutiva”) o nell'ambito delle procedure concorsuali (divisione c.d. “endoconcorsuale”), sia vietata in quanto colpita dalla comminatoria di nullità prevista per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi ovvero sia sottratta a tale comminatoria in forza delle disposizioni eccezionali di cui all'art. 46, comma 5 del d.P.R. n. 380 del 2001 e all'art. 40, commi 5 e 6, della legge n. 47 del 1985.”*

[190] Nel caso di specie gli immobili erano stati abusivamente sopraelevati tra il 1970 e il 1976. Giuridicamente si era posto il dubbio in precedenza dell'applicabilità della disciplina agli scioglimenti di comunioni relativi a beni realizzati prima dell'entrata in vigore della legge 47/85 per via di una diversa formulazione dell'art. 40 L. 47/85 rispetto a quella dell'art. 46 DPR 380/01. In tal senso Cass. 13 luglio 2005, n. 14764 . M. Bellini, *Lo scioglimento della comunione e la “nullità urbanistica”*, in

[191] La sentenza pone fine al dibattito sollevato da Cass. 28 novembre 2001 n. 15133 e Cass. 1 febbraio 2010 n. 2313, che avevano statuito l'inapplicabilità alle divisioni ereditarie delle prescrizioni urbanistiche in quanto da ritenersi atti *mortis causa* e supera anche altro orientamento che aveva ritenuto voluta la differente disciplina e lettera tra art. 40 e art. 17 L. 47/85 e conseguentemente sottratte alla disciplina delle nullità urbanistiche lo scioglimento di comunioni ove l'abuso fosse stato commesso tra il 1 settembre 1967 e l'entrata in vigore della L. 47/85 (v. anche Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, cit., pag. 480).

[192] Nelle S.U. 25021 del 2019 si legge invece: *“l'atto di scioglimento della comunione ereditaria costituisce un negozio inter vivos, allo stesso modo dell'atto di scioglimento della comunione ordinaria” e “L'atto di scioglimento della comunione ereditaria va dunque assimilato, quanto alla natura e ai suoi effetti, all'atto di scioglimento della comunione ordinaria: entrambi costituiscono contratti plurilaterali ad effetti reali e con funzione distributiva, con i quali i contraenti si ripartiscono le cose comuni in proporzione alle rispettive quote, facendo cessare lo stato di contitolarità in cui essi si trovano rispetto ad un bene o ad un complesso di beni; entrambi i negozi producono i loro effetti col mero scambio dei consensi espresso nelle forme di legge.*

In sostanza, la diversa origine della comunione non muta né la natura né gli effetti del negozio divisorio, che ha carattere unitario. Di ciò, del resto, si trae conferma dalla previsione dell'art. 1116 cod. civ., che estende l'applicazione delle norme sulla divisione dell'eredità alla divisione delle cose comuni, in quanto non contrastino con le norme che regolano la comunione.

Non può condividersi, perciò, l'affermazione secondo cui lo scioglimento della comunione ereditaria sarebbe un atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria, della quale costituirebbe l'evento terminale, permeandosi così della medesima natura.”

[193] Carmine Romano, *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle sezioni unite*, in Notariato, 2019, 6, 649 (nota a sentenza); F.M. Bava, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*, in Contratti, 2019, 6, 607 (nota a sentenza); Remo Trezza, nota a Cass. S.U. 7 ottobre 2019 n. 25021, *La natura giuridica dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria e le implicazioni sui beni immobili abusivi: atto inter vivos, nullità testuale, divisione ereditaria parziale ed espropriazione dei beni indivisi: il revirement sistematico-teleologico della cassazione*, Rivista giuridica dell'edilizia, fasc.5, 2019, pag. 1296; M. Leo, A.M. Lomonaco, E. Fabiani, L. Piccolo, *Prime riflessioni sulla sentenza della Cassazione SS. UU. 7 ottobre 2019 n. 25021*, in Cnn Notizie del 21 ottobre 2019.

[194] *“ lo scioglimento della comunione non accerta o dichiara affatto una situazione giuridica preesistente, ma immuta sostanzialmente la realtà? giuridica. Con la divisione, infatti, ogni condividente perde la (com)proprietà? di tutti i cespiti costituenti l'asse ereditario e concentra il proprio diritto su uno solo o su alcuni di essi (“aliquid datum, aliquid retentum”); sorgono, dunque, tante proprietà? individuali laddove, prima, esisteva una comproprietà?.*

E? chiaro, dunque, che l'idea secondo cui la divisione non costituirebbe titolo di acquisto dei beni assegnati in proprietà? esclusiva può? essere condivisa solo a patto di restringerne il significato al piano puramente economico, essendo chiaro che il passaggio dalla contitolarità? pro quota dei beni comuni alla titolarità? esclusiva della porzione non si traduce in un incremento patrimoniale per il condividente.

Tuttavia, sul piano della modificazione della sfera giuridica dei condividenti, e? indubbio come nel fenomeno divisorio sia insito un effetto costitutivo, sostanzialmente traslativo, perché? con la divisione ogni condividente perde la (com)proprietà? sul tutto (che prima aveva) e – correlativamente –

acquista la proprietà? individuale ed esclusiva sui beni a lui assegnati (che prima non aveva): le quote ideali spettanti a ciascun convivente su tutti i beni facenti parte della comunione sono convertite in titolarità? esclusiva su taluni singoli beni.

Deve, pertanto, riconoscersi che la divisione ha una natura specificativa, attributiva, che impone di collocarla tra gli atti ad efficacia tipicamente costitutiva e traslativa (efficacia, peraltro, della quale non si dubitava né? nel diritto romano né? in quello intermedio)." In effetti questa sentenza è stata oggetto di diversi commenti prevalentemente sotto questo profilo (V. Celli, *Efficacia e struttura della divisione. Precisazioni tecniche e conseguenze applicative*, in Riv. Trim. dir. e proc. civ., 2020, 1279 e ss. C. Romano, *Natura giuridica della divisione ereditaria; la posizione delle sezioni unite*, in Notariato, 2019, 6, 649 e ss. F.M. Bava, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*, in Contratti, 2019, 6, 607, Remo Trezza, nota a Cass. S.U. 7 ottobre 2019 n. 25021, *La natura giuridica dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria e le implicazioni sui beni immobili abusivi: atto inter vivos, nullità testuale, divisione ereditaria parziale ed espropriazione dei beni indivisi: il revirement sistematico-teleologico della cassazione*, Rivista giuridica dell'edilizia, fasc.5, 2019, pag. 1296; M. Leo, A.M. Lomonaco, E. Fabiani, L. Piccolo, *Prime riflessioni sulla sentenza della Cassazione SS. UU. 7 ottobre 2019 n. 25021*, in Cnn Notizie del 21 ottobre 2019).

[195] *"Laddove questa corte ha statuito che non può essere emanata sentenza di trasferimento coattivo, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., in assenza di dichiarazione- contenuta nel preliminare o prodotta successivamente in giudizio- sugli estremi della concessione edilizia, che costituisce requisito richiesto a pena di nullità dall'art. 17 della legge 47 del 1985 ed integra una condizione dell'azione ex art. 2932 cod. civ.,..."*

[196] E conclude citando Cass., Sez. 6 – 2, n. 8489 del 29/04/2016; analogamente, Cass., Sez. 6 – 2, n. 1505 del 22/01/2018.

[197] *"... in questo senso, in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita di un immobile, Cass., Sez. Un., n. 23825 del 11/11/2009, secondo cui la sussistenza della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, di cui all'art. 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, rilasciata dal proprietario o da altro avente titolo, attestante l'inizio dell'opera in data anteriore al 2 settembre 1967, non costituisce un presupposto della domanda, bensì? una condizione dell'azione, che può? intervenire anche in corso di causa e sino al momento della decisione della lite da ultimo, Cass., Sez. 2, n. 6684 del 07/03/2019".*

[198] Secondo la ricostruzione motivazionale della sentenza, la nuova formulazione dell'art. 600 c.p.c. autorizza, oggi più di ieri, a ritenere la divisione giudiziale la via ordinaria indicata dalla legge per l'espropriazione dei beni indivisi in quanto disponibile anche ex officio dal giudice in mancanza di richiesta di separazione e nel presupposto che difficilmente possa realizzarsi un prezzo pari almeno al valore della quota in caso di vendita della quota indivisa (sentenza par. 8.2).

[199] In realtà è ricorrente nelle pronunce della Suprema Corte l'affermazione che il giudizio divisionale endoesecutivo sia in rapporto di strumentalità necessaria fin da prima della riforma del 2006, ma è anche vero che un nutrito numero di interpreti era contrario all'estensione alla vendita in divisione endoesecutiva delle deroghe alle nullità urbanistiche. Criscuolo, *Il giudizio divisionale tra norme sostanziali e regole processuali*, in Riv. Es. Forz., 2010, pag.481 e ss. sul possibile rischio di strumentalizzazione del giudizio contenzioso e sulla circostanza che il comunista non esecutato verrebbe ad avvantaggiarsi di questa situazione senza motivo, inoltre la curatela potrebbe sempre vendere la quota indivisa. Ma lo stesso autore ammette la necessità di una riflessione sul punto.. Le obiezioni si fondano sulla natura distinta ed autonoma del giudizio ordinario di cognizione rispetto a quello esecutivo, perché diversamente opinando potrebbe sopravvivere al giudizio esecutivo (in caso di sua estinzione) una sentenza di divisione per la quale non sarebbero esistiti i presupposti (n.r.; ma tale obiezione varrebbe anche nel caso in cui in vendita forzata si venda un bene abusivo e poi, sebbene il

processo si estingua, ex art. 187 bis disp. att. la vendita si perfezioni).

[200] In tal senso già lo Studio CNN n. 7-2008/E del 18 luglio 2008, *Osservazioni sull'applicabilità dell'art. 40 legge 47/1985 nell'ambito del giudizio divisorio*, di M.R. Santucci.

[201] “ Secondo la dottrina e la giurisprudenza, una norma e? eccezionale innanzitutto quando “deroghi” ad altra norma di carattere generale, altrimenti applicabile; a tal fine, non basta che essa costituisca un complemento o una specializzazione della disciplina comune, ma e? necessario che rappresenti un'interruzione della consequenzialità logica della norma più ampia, ponendo una disciplina contrastante ed antinomica rispetto a quella posta dalla norma generale.”

[202] Osserviamo, infatti che si tratta dell'interesse che lo stesso sistema delle nullità sancisce anche nel primo e nel terzo comma dell'art. 46 DPR 380/ 2001 con l'espressa esclusione di nullità per gli atti costitutivi di garanzia reale e l'inopponibilità al creditore ipotecario di eventuali nullità di atti presupposti (già commi 1 e 3 dell'art. 17 L. 47/85). Comma 1, alinea: (...) “*Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù*”. Comma 3: “*La sentenza che accerta la nullità degli atti di cui al comma 1 non pregiudica i diritti di garanzia o di servitù acquisiti in base ad un atto iscritto o trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda diretta a far accertare la nullità degli atti.*”

[203] Ull'evoluzione del ruolo della Cassazione v. G. Miccolis, *Nomofilachia, Sezioni Unite e questione di “particolare importanza”*, pubblicato il 3 novembre 2020 su <https://www.questionegiustizia.it>

[204] Metodo interpretativo in realtà già in uso nella prassi giurisprudenziale e sottostante alla pronuncia di Cass. n.5069 del 29 marzo 2012.

[205] V. Cass. n. 12654 del 25 giugno 2020 (orientamento sostenuto in talune occasioni anche a proposito degli accordi in sede di separazione o divorzio v. Cass. S.U., n. 21761 del 29 luglio 2021).

[206] Se la disapplicazione della disciplina non sia sanzionata con la nullità dell'atto negoziale, invece, l'indagine dovrà dirigersi verso la sufficiente o insufficiente trasparenza della vendita.

[207] La ricostruzione era già stata proposta da E. Fabiani, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e l. 47/85 sul condono edilizio*, già nello Studio del CNN n. 3101 del 15/11/2000 a proposito della sentenza ex art. 2932 c.c. che *non fa altro che produrre gli effetti del contratto non concluso* e le condizioni di vendibilità del bene sono da intendersi *condizioni alla cui sussistenza è subordinato l'accoglimento della domanda* : Concetto definitivamente ribadito dalla ormai consolidata giurisprudenza di Cassazione. V. Cass. 20526 del 29 settembre 2020 oltre a Cass. n. 12564 del 25 giugno 2020). Non potrebbero, pertanto, essere applicate le norme destinate a regolare gli atti negoziali successivamente al loro perfezionamento (v. in senso problematico le conclusioni a proposito della divisione giudiziale in *Divisione giudiziale carente di menzioni urbanistiche e confermabilità con atto notarile*, in *Notariato*, 2010, 3, 279 (commento alla normativa) – a cura di Paolo Divizia, Mariarosaria Cante, Vincenzo Pugliese)

[208] Argomento utilizzato per escluderne un'interpretazione restrittiva.

[209] L'argomento è in linea con quanto affermato da Cass. n. 5069 del 29 marzo 2012 nella parte in cui distingue la posizione del debitore esecutato da quella del condividente in vendita c.d. pura per affermare che, a differenza della prima, nella seconda non c'è ragione per disapplicare la prelazione urbana.

[210] Pensiamo alle norme sul contraddittorio, sull'interruzione ed estinzione del processo, sul diritto alla divisione in natura, ecc.

[\[211\]](#) L'argomento utilizzabile per le discipline previste a pena di nullità non aiuterebbe l'interprete negli altri casi in cui non è prevista la sanzione della nullità. Ci riferiamo proprio al caso della prelazione ad esempio, per la quale il percorso argomentativo migliore resta l'esame dell'interesse pubblico protetto.