

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Tiziana CARADONIO (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Paolo DI MARZIO (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPAIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Giudizio di divisione, ordinanza, non contestazione: medesima stabilità del giudicato sul diritto allo scioglimento della comunione pronunciato con sentenza

Posto che 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), se da un lato non può affermarsi che l'ordinanza che dispone la divisione in assenza di contestazioni ovvero quella che provvede a norma dell'art. 787, indirizzando il procedimento verso una sentenza sul diritto alla divisione, possiedano una propria efficacia di giudicato, dall'altro va affermato che la non contestazione attribuisce all'esito finale del procedimento, che si concluda con l'ordinanza non impugnabile ex [art. 789 c.p.c., comma 3](#), la medesima stabilità del giudicato sul diritto allo scioglimento della comunione pronunciato con sentenza.

Cassazione civile, sezione seconda, ordinanza del 7.2.2018, n. 2951

...omissis...

Preliminarmente si rileva che il ricorso è tempestivo, essendo stato sì notificato il 5.11.2013, ma avviato alla notificazione, mediante consegna all'ufficiale giudiziario, il 4.11.2013 (il termine ordinario d'impugnazione scadeva domenica 3.11.2013).

Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 2909 c.c.. La sentenza n. 725/10 ha rigettato l'appello proposto xxxxxxxxxx la sentenza n. 1037/03 resa nel giudizio di divisione, appello col quale quest'ultimo aveva contestato, appunto, che l'area in questione facesse parte del terreno da dividere.

Il secondo ed il terzo motivo tornano sulla medesima questione giuridica, rispettivamente ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5 e in base all'art. 132 c.p.c., n. 4. Con essi parte ricorrente sostiene che la Corte d'appello sia caduta in aperta contraddizione, lì dove dapprima a pag. 4 della sentenza impugnata osserva che il c.t.u. della causa di divisione nel redigere il progetto abbia incluso i 157 mq. controversi, e poi a pag. 5 afferma che non vi sarebbe prova dell'inclusione del terreno oggetto di usucapione nel giudizio concluso con la sentenza n. 725/10.

Il quarto motivo denuncia la violazione degli artt. 1158,1165 e 2937 c.c. e richiama espressamente Cass. n. 8815/98, in base alla quale 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, poichè la relativa domanda, ponendosi in termini di assoluta incompatibilità con l'originaria pretesa di usucapione, comporta, inevitabilmente, la rinuncia (implicita) alla tutela giurisdizionale della vantata condizione di usucapiente, senza che, di tale rinuncia, sia necessaria la forma scritta ex art. 1350 c.c., n. 5.

Da ciò parte ricorrente deduce che, nella specie, xxxx pur non avendo introdotto il giudizio di divisione, vi ha ad ogni modo aderito senza riserve. Di qui l'insussistenza dell'*animus possidendi*.

Il quinto motivo lamenta l'omessa pronuncia sul motivo d'appello che lamentava il fatto che il *locus servitutis* sarebbe stato incluso nella recinzione posta in essere dal xxxxxx di usucapione non della servitù ma della proprietà si sarebbe semmai trattato.

Il primo motivo è fondato.

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. 787, 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 c.p.c., comma 3, la medesima stabilità del giudicato sul diritto allo scioglimento della comunione pronunciato con sentenza.

In senso contrario non paiono deporre (e in un caso deporre convincentemente) i pochi precedenti di questa Corte in materia, formati in sede di regolamento ai sensi dell'art. 42 c.p.c., avverso ordinanze di sospensione del giudizio.

Non Cass. n. 4183/16, che esclude una pregiudizialità in senso tecnico ex art. 295 c.p.c., tra causa di scioglimento della comunione immobiliare e causa di usucapione di uno degli immobili da dividere, perchè in quel caso la pregiudizialità è stata esclusa attraverso il mero richiamo a Cass. nn. 3307/06 e 1109/07 (non massimate), oltre che per il fatto che le due cause, pendendo innanzi al medesimo ufficio giudiziario, avrebbero dovuto essere riunite.

Non a sua volta la citata Cass. n. 3307/06, la quale ha ritenuto illegittima la sospensione in quanto le due cause, quella di scioglimento della comunione e quella di usucapione, pendevano tra parti diverse.

Piuttosto, Cass. n. 1109/07 pur escludendo la pregiudizialità, ha finito per ammettere che la decisione della causa di usucapione di alcuni dei beni oggetto della comunione "non impediva la decisione della causa di divisione ereditaria, ben potendo successivamente, ove la causa di usucapione fosse stata decisa in senso favorevole (all'attore: n.d.r.) ripartirsi diversamente le quote tra i coeredi, ferma restando la possibilità (valutabile dal giudice di merito) di procedere a una divisione parziale dei beni non oggetto di contestazione".

Il che, però, significa:

- a) ammettere l'influenza della sentenza di usucapione sul processo divisionale;
- b) non considerare, per contro, che la stessa divisione non necessariamente è disposta in forma "negoziale" con l'approvazione del progetto, potendo essere pronunciata anche con sentenza, nel qual caso non è eludibile la potenzialità di giudicati contraddittori; e
- c) confermare l'influsso che sul procedimento di cui agli artt. 784 c.p.c. e segg., svolge il fattore di non contestazione.

Nel caso di specie, dall'esame diretto degli atti, consentito a questa Corte trattandosi di verificare l'eccepto giudicato esterno, si rileva che con la sentenza n. 725/10, che pose fine al giudizio di divisione precedentemente introdotto dal *OMISSIS*, la Corte dell'Aquila si pronunciò espressamente ed affermativamente, e dunque con efficacia di giudicato, su ciò che "l'inclusione nella comproprietà da dividere della porzione di terreno pretesamente acquistata a titolo originario da *OMISSIS*, è appieno giustificata perchè basata sul dato catastale rappresentato dalla unicità della particella *OMISSIS*" (v. pagg. 4-5 della sentenza n. 725/10).

Efficacia di giudicato esterno, questa, che non soffre pregiudizio o limitazione per effetto della premessa (contenuta all'inizio della medesima pag. 4) secondo cui tra quel giudizio divisionale e questa causa di usucapione non sarebbe intercorso nesso di pregiudizialità-dipendenza. Il giudicato dipende dalla natura dichiarativa del giudizio, al di là delle opinioni, esatte od erronee, che il giudice stesso ne abbia.

Nè ha rilievo la circostanza che nell'ambito del procedimento di divisione l'interesse a contestare il diritto di dividere anche la porzione di 150 mq., di cui si discute, sia sorto soltanto in seguito al deposito dell'elaborato del consulente tecnico nominato. In disparte che sin dall'inizio di quel procedimento l'allora convenuto avrebbe potuto esplicitare che tale porzione, quantunque catastalmente compresa in una particella immobiliare indicata dall'attore come comune, tale non era in virtù di una già maturata

usucapione della proprietà esclusiva in suo favore; ciò a parte, va osservato, altresì, che la questione ha costituito tema di decisione con sentenza in primo e in secondo grado, entrambe reiettive dell'eccezione formulata dal *OMISSIS*, il quale, pertanto, avrebbe dovuto dolersene interponendo ricorso per cassazione.

Nè, infine, la questione in oggetto, riguardando una parte soltanto di un più ampio immobile per il resto pacificamente comune, è apprezzabile altrimenti rispetto al caso in cui sia contestata in radice la comunione sull'intero e, con essa, il diritto al relativo scioglimento. Nell'un caso come nell'altro è il diritto alla divisione a venire in rilievo, contestandosene ora l'estensione quantitativa ora la sussistenza in toto.

Pertanto, il giudicato divisionale esterno intervenuto nel corso del presente giudizio di usucapione copre la possibilità di far valere fattispecie acquisitive del medesimo bene immobile diviso, che siano, come nella specie sono, contrarie ed anteriori al giudicato stesso.

L'accoglimento del primo motivo, realizzando tutto l'interesse del ricorrente, determina l'assorbimento delle restanti censure.

In accoglimento del ricorso la sentenza impugnata va dunque cassata e, decidendo nel merito, non essendo necessari ulteriori accertamento di fatto, la domanda deve essere respinta.

Le spese dei due gradi di merito e del presente giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza della parte odierna contro ricorrente.

PQM

La Corte accoglie il primo motivo, assorbiti i restanti, cassa la sentenza impugnata e decidendo nel merito rigetta la domanda; condanna *OMISSIS* alle spese, che liquida per il primo grado in Euro 3.500,00, di cui Euro 2.500,00 per onorari, Euro 900,00 per diritti ed il resto per esborsi, per il secondo grado in Euro 4.450,00, di cui Euro 2.500,00 per onorari, Euro 1.850,00 per diritti ed il resto per esborsi, e per il presente giudizio di cassazione in Euro 2.700,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, il tutto oltre spese generali forfetarie di studio nella misura del 15% ed accessori di legge.