

LA DIVISIONE GIUDIZIALE E CONSENSUALE

Venerdì 1° dicembre 2017

CAMERA DI COMMERCIO DI SALERNO – SALONE GENOVESI

RELATORI

- Alberto Cardino** – sostituto procuratore generale Suprema Corte di Cassazione
Antonio Carratta – professore ordinario di diritto processuale civile Università “Roma Tre”
Livia Di Cola – professore aggregato di diritto processuale civile Università di Macerata
Pasqualina Farina – professore aggregato di diritto processuale civile Università di Roma “La Sapienza”
Rosaria Giordano – magistrato addetto all’ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione
Valentino Lenoci – consigliere presso la Corte di Appello di Bari
Sabrina Passafiume – giudice dell’Esecuzione presso il Tribunale di Busto Arsizio

PRESIEDONO E MODERANO:

- prof. Girolamo Bongiorno** – professore emerito Università di Roma “La Sapienza”
dott. Franco De Stefano – consigliere della Corte Suprema di Cassazione – Direttore di NESOS

Ore 9,15 – Saluti dell’avv. Americo Montera – Presidente del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Salerno

Ore 9,30 Prima Sessione – IL GIUDIZIO DI DIVISIONE. Presiede e modera il prof. Girolamo Bongiorno

- Antonio Carratta** – LA TUTELA SOMMARIA NEL GIUDIZIO DI DIVISIONE
Livia Di Cola – L’IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI NEL GIUDIZIO DI DIVISIONE
Coffee break
Pasqualina Farina – IL PROCEDIMENTO DI DIVISIONE A DOMANDA CONGIUNTA
Rosaria Giordano – OPPOSIZIONE ALLA VENDITA ED AL PROGETTO DI DIVISIONE A DOMANDA CONGIUNTA

Ore 15,00 Seconda Sessione – LA DIVISIONE ENDOESECUTIVA. Presiede e modera il dott. Franco De Stefano

- Valentino Lenoci** – FATTISPECIE PARTICOLARI DI DIVISIONI: DALL’ART. 720 C.C. ALLA DIVISIONE DEI BENI DEL FALLITO
Alberto Cardino – LA DIVISIONE ENDOESECUTIVA TRA GIUDIZIO DI COGNIZIONE E TUTELA ESECUTIVA
Sabrina Passafiume – LA DIVISIONE ENDOESECUTIVA: PROFILI APPLICATIVI E CRITICITÀ

La partecipazione al convegno dà diritto all’attribuzione di crediti formativi secondo le modalità stabilite dal Consiglio dell’Ordine di appartenenza.

Comitato scientifico:

Coordinatore
avv. Annamaria Crescenzi

Partecipanti
avv. Rosanna Amendola
avv. Simona Romeo
avv. Maurizio Rossi
avv. Rossana Volpe

LA DIVISIONE GIUDIZIALE E CONSENSUALE

Venerdì 1° dicembre 2017

Salerno – Camera di Commercio – Salone Genovesi

Relatori:

- **Alberto Cardino** – sostituto procuratore generale della suprema Corte di cassazione
- **Antonio Carratta** - professore ordinario di diritto processuale civile Università "Roma tre"
- **Livia Di Cola** - professore aggregato di diritto processuale civile Università di Macerata
- **Pasqualina Farina** – professore aggregato di diritto processuale civile Università Roma La Sapienza
- **Rosaria Giordano** - magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione
- **Valentino Lenoci** – consigliere della Corte di appello di Bari
- **Sabrina Passafiume** – giudice dell'esecuzione presso il tribunale di Busto Arsizio

Comitato Scientifico

Coordinatore: avv. Annamaria Crescenzi

Partecipanti: avv. Rosanna Amendola
avv. Simona Romeo
avv. Maurizio Rossi
avv. Rossana Volpe

Con l'ausilio tecnico del Geom. Antonino Erra

In occasione del convegno dedicato al giudizio di divisione, anche endoesecutivo, ed alla divisione concordata, organizzato per il 1° dicembre 2017 dal Centro Studi NESOS, il gruppo formatosi per studiare ed analizzare la tematica ha approfondito la conoscenza delle materie oggetto dell'evento, analizzando le questioni che potrebbero offrire spunti di discussione per addivenire a risposte propositive e costruttive.

Di seguito sono riportati, pertanto, le questioni ed i quesiti che nel corso dei lavori sono stati evidenziati dagli associati. Essi non sono stati ancora rielaborati in seno al Centro Studi e non rappresentano quindi in alcun modo alcuna "linea interpretativa" o soluzione condivisa, ma piuttosto il punto di vista ed il dubbio del singolo associato, talvolta formulato proprio per consentire l'ulteriore sviluppo del dibattito.

Ci si augura, in tal modo, di poter mettere a disposizione degli eccellentissimi relatori modesti ma utili suggerimenti per impostare un dibattito che si preannuncia sicuramente proficuo e stimolante.

Salerno, 21 novembre 2017

Qualche osservazione preliminare

La divisione, nella sua generica accezione di giudiziale, endoprocessuale e stragiudiziale, presuppone ovviamente un preesistente stato di comunione che è destinato a venire meno proprio a seguito del positivo estrinsecarsi del correlativo iter procedimentale.

Uno stato di comunione ereditaria si determina ogni qualvolta l'eredità venga acquistata da più eredi mediante accettazione, espressa o tacita, o per effetto di compossesso di beni ereditari.

In questo caso la comunione è sempre unica anche se esistono coeredi in base a diverso titolo, ossia eredi legittimi o legittimari accanto ad eredi testamentari. Il coerede non subentra solo nella contitolarità dei beni ereditari ma subentra, invece, *nell'universum ius defuncti*.

La correlativa divisione ereditaria è un fenomeno complesso che può essere esaminato sotto diverse angolazioni, con una disciplina che è modellata in maniera peculiare dal legislatore a seconda dell'interesse perseguito, in quanto si ispira all'esigenza di definire i rapporti tra i coeredi, rispettando, per quanto possibile, la parità di trattamento (imputazione dei debiti verso il defunto e verso i coeredi e prelevamenti, collazione dei beni donati a favore di coeredi legati da stretti vincoli con il *de cuius*).

A differenza della comunione ereditaria, che ha come oggetto normale e tipico tutta intera la massa ereditaria, la dottrina prevalente attribuisce alla comunione ordinaria una struttura atomistica, la cui disciplina fa costante riferimento alla "cosa comune" (cfr., ad esempio, gli articoli 1102, 1103, 1104, 1105, 1114, 1115 c.c.).

L'oggetto della comunione ordinaria è identificato precisamente nel titolo che costituisce la fonte della comunione (ad esempio, atto di acquisto in comune da parte di più comunisti; legato testamentario a favore di più collegatari).

In giurisprudenza è stato più volte affermato il principio per cui, quando i beni in comune provengono da titoli diversi, non si realizzerebbe un'unica comunione, ma tante comunioni quanti sono i titoli di provenienza: alla pluralità di titoli corrisponderebbe

una pluralità di masse, ciascuna delle quali costituirebbe un'entità patrimoniale a sé stante.

In caso di divisione, si avrebbero, in sostanza, tante divisioni ciascuna relativa ad una massa, nella quale ogni dividente fa valere i propri diritti rispetto a questa, al di fuori e indipendentemente dai diritti che gli competono sulle altre masse: nell'ambito di ciascuna massa, dovrebbero, pertanto, trovare soluzione i problemi particolari relativi alla formazione dei lotti e alla comoda divisibilità dei beni immobili che vi sono inclusi.

Qualora, invece, i dividenti, nell'esplicazione della propria autonomia privata, intendessero procedere ad un'unica divisione di più masse autonome, il negozio utilizzato per realizzare l'effetto divisorio dovrebbe assumere la natura di permuta, nella quale il reciproco trasferimento avrà ad oggetto la quota a ciascuno spettante su ognuna delle due entità.

La comunione legale, infine, non è riconducibile in toto alla comunione ordinaria. Infatti, per giurisprudenza costante configura una "comunione senza quote, nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente ad oggetto tutti i beni di essa e rispetto alla quale non è ammessa la partecipazione di estranei, trattandosi di comunione finalizzata, a differenza della comunione ordinaria, non già alla tutela della proprietà individuale, ma piuttosto a quella della famiglia".

Di conseguenza, nella comunione ordinaria le quote sono oggetto di un diritto individuale dei singoli partecipanti e delimitano il potere di disposizione di ciascuno sulla cosa comune (art. 1103 c.c.), laddove nella comunione legale i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, bensì solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto i beni della comunione (art. 189 comma 2 c.c.).

In ognuna delle ipotesi di cui sopra, qualora si volesse porre fine all'evocata situazione di comunione, il correlativo giudizio di divisione è sottoposto alla condizione di procedibilità ai sensi del d.lgs 28/2010 (rientrando in una delle materie ricomprese nell'elenco di cui al relativo art. 5 comma 1 *bis*).

Unica eccezione è la divisione endoprocessuale: ciò -lungi da avventurose interpretazioni che pure vi sono state in dottrina agli albori del nuovo istituto della mediazione civile e commerciale- per un preciso dato normativo contenuto nel medesimo

d.lgs 28/2010, in quanto all'art. 5 comma 4 lett. e) il procedimento di mediazione è espressamente escluso nei procedimenti incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, quale è evidentemente la divisione endoprocessuale.

Qualora –in una delle fattispecie di comunione sopra evidenziate- si ravvisassero comportamenti lesivi dei diritti dei contitolari, va ovviamente affermata la possibilità di ricorrere ad una tutela possessoria e/o cautelare, rispettivamente prima e/o in pendenza del giudizio di divisione.

Infatti, in una situazione di compossesso - come quella esistente tra i componenti di una comunione ereditaria in pendenza del giudizio di divisione - è ravvisabile una lesione possessoria quando uno dei condividenti abbia alterato e violato, senza il consenso e in pregiudizio degli altri partecipanti, lo stato di fatto o la destinazione della cosa oggetto del comune possesso, in modo da impedire o restringere il godimento spettante a ciascun compossessore sulla cosa medesima mediante atti integranti un comportamento durevole, tale da evidenziare un possesso esclusivo animo domini su tutta la cosa, incompatibile con il permanere del possesso altrui (cfr. Cass. Civile n. 25646/2008).

Quindi, le concrete modalità di godimento della cosa comune, desumibili dagli art. 1102, 1120, 1139, 1121 c.c., assurgono a possibile contenuto di una posizione possessoria tutelabile, nelle more di un giudizio di divisione, contro tutte le attività con le quali uno dei compossessori comproprietari unilateralmente introduca una modificazione che sopprima o turbi il compossesso degli altri (Cass. civile, sez. II, 21/07/1988, n. 4733).

In questi casi di azionabilità di una tutela possessoria, il relativo procedimento giurisdizionale non è subordinato questa volta al preventivo esperimento della mediazione in quanto, in tal caso, la condizione di procedibilità è differita -ai sensi dell'art. 5 comma 4 lett. d) del d.lgs. 28/2010- in un momento successivo, ovvero dopo la pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703 III comma del codice di procedura civile; ciò in quanto il giudizio di merito sotteso avrebbe comunque ad oggetto una divisione che è – ex se e comunque- sottoposta alla condizione di procedibilità della mediazione.

Per quanto riguarda, invece, gli eventi che determinano lo scioglimento della comunione legale, si pone alla attenzione degli illustri relatori un ipotetico caso limite di divi-

sione dei beni ricadenti in tale comunione conseguente ad accordi intercorsi tra i coniugi ai sensi del D.L. n. 132/2014.

Infatti, con tale normativa è stata introdotta l'espressa possibilità di pattuire le condizioni di separazione e di divorzio in sede di negoziazione assistita, il tutto nel rispetto delle norme inderogabili e sul presupposto che non esiste una norma che vieta un accordo, in tal modo stipulato, relativo al mantenimento da corrispondersi con le modalità e gli effetti di cui all'art. 5 comma 8 della legge 898/70.

In tale ottica nulla vieterebbe, quindi, che la negoziazione assistita abbia potuto condurre ad un accordo *una tantum* in forza del quale i coniugi separandi prevedano –con espressa rinuncia ad un futuro assegno di mantenimento- lo scioglimento della comunione legale (e, quindi, di fatto la relativa divisione dei beni) con attribuzione ad uno solo di essi della proprietà esclusiva di alcuni dei beni rientranti in comunione.

Ebbene, essendo comunque il vincolo coniugale ancora in essere, cosa si verificerebbe in caso di riconciliazione ?

Ci troveremmo o meno di fronte ad una sorta di risoluzione dell'accordo per mutuo consenso con consequenziali effetti restitutori ?

Verrebbe o meno travolta anche la divisione implicitamente effettuata a corredo dell'accordo di negoziazione ?

Le risposte a questi quesiti sono ovviamente funzionali anche ai fini della tutela di un eventuale terzo di buona fede che abbia successivamente contratto con il coniuge risultante intestatario esclusivo di tali beni in sede di accordo, atteso che - mancando nel caso di specie il controllo giudiziario (non potendo quest'ultimo ritenersi integrato con il nulla osta o l'autorizzazione del pubblico ministero) – dovrebbe ritenersi ammissibile la potenziale impugnativa dell'accordo medesimo facendone valere l'eventuale iniquità che costituirebbe la fisiologica violazione dell'art. 5 comma 8 della legge 898/70.

Ove si consideri, inoltre, che oggi - ex art. 191 comma 2 c.c. come modificato dalla l. 6 maggio 2015 n. 55 - in caso di separazione dei coniugi la comunione legale tra i medesimi si può sciogliere anticipatamente nel momento in cui il presidente del tribunale li autorizza a vivere separati, la perplessità evocata risulta ancor più di attualità.

La divisione giudiziale e consensuale.

1° dicembre 2017

Ciò in quanto, nella fattispecie evocata, la cessazione della comunione legale decorrebbe dalla data di sottoscrizione del verbale ex art. 711 c.p.c. (che deve essere inviato all'Ufficiale di Stato civile) e non già al momento della conclusione del giudizio di separazione, lasciando anche in questo caso aperto – in caso di riconciliazione delle parti – l'interrogativo sulla sorte di quell'accordo e delle eventuali pattuizioni con terzi di buona fede che i coniugi avessero concluso dopo lo scioglimento della comunione legale in tal modo autorizzata.

avv. Maurizio Rossi

La Divisione a Domanda Congiunta – art. 791 bis c.p.c.

Con il D.L. 21 giugno 2013 n. 69 (c.d. «decreto del fare») è stato introdotto nel nostro Ordinamento un nuovo procedimento di natura non contenziosa che consente di addivenire, in tempi brevi, alla divisione dei beni in comproprietà, **“la divisione a domanda congiunta”**.

Si tratta di una procedura semplificata rispetto al tradizionale processo contenzioso davanti al giudice civile la quale, diversamente da quest'ultimo, rinviene tra i suoi presupposti applicativi l'assenza di controversie sul diritto alla divisione, sulle quote dei comproprietari e su qualsivoglia questione pregiudiziale.

L'art. 791 bis “Divisione a domanda congiunta” testualmente recita: *“Quando non sussiste controversia sul diritto alla divisione né sulle quote o altre questioni pregiudiziali gli eredi o condomini e gli eventuali creditori e aventi causa che hanno notificato o trascritto l'opposizione alla divisione possono, con ricorso congiunto al tribunale competente per territorio, domandare la nomina di un notaio ovvero di un avvocato aventi sede nel circondario al quale demandare le operazioni di divisione. Le sottoscrizioni apposte in calce al ricorso possono essere autenticate, quando le parti lo richiedono, da un notaio o da un avvocato. Se riguarda beni immobili, il ri-*

corso deve essere trascritto a norma dell'articolo 2646 del codice civile. Si procede a norma degli articoli 737 e seguenti del presente codice. Il giudice, con decreto, nomina il professionista incaricato eventualmente indicato dalle parti e, su richiesta di quest'ultimo, nomina un esperto estimatore. Quando risulta che una delle parti di cui al primo comma non ha sottoscritto il ricorso, il professionista incaricato rimette gli atti al giudice che, con decreto, dichiara inammissibile la domanda e ordina la cancellazione della relativa trascrizione. Il decreto è reclamabile a norma dell'articolo 739. Il professionista incaricato designato, sentite le parti e gli eventuali creditori iscritti o aventi causa da uno dei partecipanti che hanno acquistato diritti sull'immobile a norma dell'articolo 1113 del codice civile, nel termine assegnato nel decreto di nomina predispone il progetto di divisione o dispone la vendita dei beni non comodamente divisibili e da' avviso alle parti e agli altri interessati del progetto o della vendita. Alla vendita dei beni si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni relative al professionista delegato di cui al Libro terzo, Titolo II, Capo IV, Sezione III, § 3-bis. Entro trenta giorni dal versamento del prezzo il professionista incaricato predispone il progetto di divisione e ne da' avviso alle parti e agli altri interessati. Ciascuna delle parti o degli altri interessati puo' ricorrere al Tribunale nel termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione dell'avviso per opporsi alla vendita di beni o contestare il progetto di divisione. Sull'opposizione il giudice procede secondo le disposizioni di cui al Libro quarto, Titolo I, Capo III bis; non si applicano quelle di cui ai commi secondo e terzo dell'articolo 702-ter. Se l'opposizione è accolta il giudice dà le disposizioni necessarie per la prosecuzione delle operazioni divisionali e rimette le parti avanti al professionista incaricato. Decorso il termine di cui al quarto comma senza che sia stata proposta opposizione, il professionista incaricato deposita in cancelleria il progetto con la prova degli avvisi effettuati. Il giudice dichiara esecutivo il progetto con decreto e rimette gli atti al professionista incaricato per gli adempimenti successivi”.

Il primo comma dell'articolo in esame dispone che quando non sussiste controversia, gli eredi o condomini e gli eventuali creditori e aventi causa che abbiano notificato o trascritto l'opposizione alla divisione, possono con ricorso congiunto domandare la nomina di un notaio o di un avvocato al quale affidare le operazioni di divisione. Qualora una delle parti di cui al primo comma non abbia sottoscritto il ricorso, il professionista designato deve rimettere gli atti al giudice che dichiara inammissibile la domanda con decreto reclamabile ai sensi dell'art. 739 c.p.c..

Dalla lettura di quest'ultima disposizione risulta chiaro il coordinamento con quella di cui all'art. 1113 del c.c. secondo cui i creditori e gli aventi causa da un partecipante possono intervenire nella divisione a proprie spese, ma non possono impugnare la divisione già eseguita, salvo il caso in cui abbiano notificato un'opposizione in data antecedente alla divisione e salvo sempre ad essi l'esperimento dell'azione revocatoria o dell'azione surrogatoria. Peraltro, ai sensi del terzo comma dell'art. 1113 c.c., devono essere chiamati ad intervenire, affinché la divisione abbia effetto nei loro confronti, 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.

Risulta ben evidente il fine della norma di salvaguardare i diritti dei creditori ed aventi causa di un dividente affinché non subiscano un danno nell'ipotesi in cui, al loro debitore o dante causa, venga assegnata una quota di valore inferiore al valore della relativa quota indivisa, oppure un bene diverso rispetto a quello di cui il dante causa abbia disposto.

E' riconosciuta la facoltà ai creditori ed agli aventi causa intervenuti di impugnare la divisione non ancora eseguita (Cass. 9 novembre 2012 n. 19529) e, se hanno proposto opposizione nel rispetto delle condizioni di cui ai c. 1 e 2 dell'art. 1113 c.c., di impugnare anche la divisione già eseguita, purché dimostrino che dalla stessa sia derivato un rilevante pregiudizio.

La divisione giudiziale e consensuale.

1° dicembre 2017

Contrariamente agli eredi ed a tutti i condomini, i creditori e gli aventi causa delle prime due categorie di soggetti richiamati dalla norma non sono litisconsorti necessari della divisione giudiziale o stragiudiziale che sia, non essendo essi contitolari del diritto di proprietà sul patrimonio comune, ma qualora non vengano chiamati ad intervenire potrebbero far valere l'inefficacia nei loro confronti della divisione pregiudizievole. Va tuttavia precisato che, qualora i creditori dovessero decidere autonomamente di non intervenire nella divisione, perderebbero il loro diritto ad impugnare la stessa, avendo -con il proprio comportamento. dimostrato di non avere interesse a ciò che accade al patrimonio comune.

Il ricorso, come già in precedenza affermato, deve essere sottoscritto da tutti i condomini e, qualora ciò non fosse, il notaio o l'avvocato incaricato di compiere le operazioni di divisione deve rimettere gli atti al giudice che dichiara inammissibile la domanda con decreto reclamabile ai sensi dell'art. 739 c.p.c..

Se la comunione ha ad oggetto beni immobili, il decreto con cui il giudice dichiara esecutivo il progetto di divisione dovrà essere debitamente trascritto.

Nel termine indicato dal decreto di nomina, il notaio predispone il progetto di divisione o dispone la vendita dei beni non comodamente divisibili e dà avviso alle parti e agli altri interessati del progetto o della vendita. Alla vendita dei beni si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni relative al professionista delegato di cui al Libro III, Titolo II, Capo IV..

Effettuata la vendita, entro trenta giorni il notaio dovrà predisporre il progetto di divisione dandone avviso ai condomini. Nel termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione dell'avviso le parti possono opporsi alla vendita di beni o contestare il progetto di divisione.

L'opposizione si svolge secondo le disposizioni procedimento sommario di cognizione.

Si precisa che la parentesi contenziosa deve necessariamente espletarsi con il rito sommario essendo esclusa la possibilità, al Giudice investito della questione, di passare al procedimento a cognizione piena.

Solo qualora avverso l'ordinanza conclusiva del giudizio di divisione a domanda congiunta dovesse essere promosso l'appello, potrà articolarsi un procedimento a cognizione piena con possibilità di introdurre nuovi mezzi di prova e nuovi documenti purché il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione, oltre ovviamente ai casi che si possono far rientrare nella rimessione in termini (l'art. 54, comma 1 bis del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134 ha sostituito, difatti, l'aggettivo "rilevanti" con "indispensabili" proprio nell'art. 702 *quater*).

Oggetto dell'opposizione non possono essere contestazioni relative al diritto di divisione ovvero alle quote, che debbono essere mosse ai sensi dell'art. 784 e ss. c.p.c. e che comportano l'immediata interruzione delle operazioni di divisione davanti al professionista incaricato. Se l'opposizione è accolta il giudice dà le disposizioni necessarie per la prosecuzione delle operazioni divisionali e rimette le parti avanti al notaio. Se l'opposizione non viene proposta, il notaio, dando prova della regolarità degli avvisi effettuati, deposita in cancelleria il progetto ed il giudice, dopo il controllo sulla regolarità formale, dichiara esecutivo il progetto con decreto.

L'ultimo parte del V comma dell'art. 791 *bis* dispone che ***"Il giudice dichiara esecutivo il progetto con decreto e rimette gli atti al professionista incaricato per gli adempimenti successivi"***.

Sebbene manchi una precisazione su quali possano essere gli "adempimenti successivi" a cui è tenuto il professionista incaricato, potrebbe probabilmente intendersi l'estrazione a sorte dei lotti di pari valore.

Ovviamente dell'espletamento degli adempimenti successivi va redatto processo verbale avverso il quale è lecito ritenere che le parti possano fare opposizione.

Tenuto conto che il decreto assolve ad una funzione di semplice controllo formale della regolarità del procedimento di divisione e di conferimento dell'efficacia esecutiva all'accordo delle parti, a cui si deve far risalire l'effetto divisorio, si deve concludere per la sua impugnabilità attraverso il ricorso all'azione di nullità o all'azione di rescissione. Infine, stante la natura non contenziosa del procedimento in esame, può ritenersi che anche successivamente alla chiusura dell'accordo i condividenti possano muovere contestazioni al diritto alla divisione latamente inteso: l'accertamento di una differente misura di ciascuna quota o la modificazione del numero dei condividenti comporta la necessità di procedere ad una nuova divisione; il rigetto della domanda, su richiesta del convenuto, porta alla conferma dell'accordo di divisione.

avv. Rosanna Amendola

La divisione endoesecutiva

Avviso ex art. 599 c.p.c.

Sebbene il disposto di cui all'art. 599, 1° comma, c.p.c., faccia riferimento genericamente ai beni indivisi, è da ritenere che, oltre alla comproprietà, possa essere oggetto di espropriazione anche il diritto del partecipante ad una comunione di qualsiasi altro diritto reale di godimento diverso dalla piena proprietà (nuda proprietà, usufrutto non legale, diritto di superficie, ecc.).

Il tenore della norma sembra escludere, invece, dal suo ambito applicativo le partecipazioni sociali, ed in genere quelle aventi ad oggetto la contitolarità di un credito.

La divisione giudiziale e consensuale.

1° dicembre 2017

In ogni caso, quando il pignoramento colpisce la quota di uno o di alcuni soltanto dei comproprietari, vengono inevitabilmente coinvolti nel procedimento espropriativo uno o più soggetti estranei alla situazione debitoria che ha dato origine all'esecuzione.

Tale incidenza si manifesta sia durante lo svolgimento del processo esecutivo (nel corso del quale i comproprietari non eseguiti subiscono, comunque, una limitazione delle proprie facoltà per effetto degli atti esecutivi indirizzati al debitore, come nel caso di custodia dell'intero bene); sia dopo la vendita o l'assegnazione della quota, a causa della modificazione della struttura soggettiva della comunione (conseguente alla sostituzione del terzo al partecipante eseguito).

Il coinvolgimento nella procedura esecutiva di comproprietari non assoggettati all'esecuzione comporta, da un lato, la necessità di impedire che gli stessi d'accordo con il debitore procedano ad una divisione in pregiudizio dei creditori, e, dall'altro, la necessità di interpellare detti soggetti per acquisire elementi utili sulla liquidazione della quota sottoposta a pignoramento.

Lo strumento processuale per attuare tali finalità è rappresentato dall'avviso, di cui agli artt. 599 c.p.c. e 180 disp. att. c.p.c., che il creditore procedente (od altro legittimato a dare impulso alla procedura) ha l'onere di notificare ai comproprietari (si ritiene che la notificazione dell'atto di pignoramento ai contitolari non eseguiti, contenente il divieto di non far separare la quota del debitore, possa sostituire detto avviso, ma in tal caso il divieto stesso sarà efficace solo dopo la trascrizione dell'atto).

La notificazione dell'avviso è considerata condizione per la perseguibilità dell'esecuzione e si configura come elemento accessorio la cui mancanza non determina la nullità del pignoramento, ma la preclusione della facoltà di procedere alla divisione del bene.

In sostanza, il principale effetto prodotto dall'avviso è quello di rendere inopponibile alla procedura un'eventuale divisione volontaria che potrebbe essere attuata in frode ai creditori o, comunque, in loro pregiudizio.

In mancanza dell'avviso, pertanto, pur rimanendo il pignoramento valido, un'eventuale divisione volontaria sarebbe opponibile ai creditori e al terzo aggiudicatario (stante l'effetto retroattivo della divisione di cui all'art. 757 c.c.).

Tale impostazione, d'altra parte, non trova ostacolo nel disposto dell'art. 2913 c.c. che riguarda la diversa ipotesi dell'inefficacia, in pregiudizio dei creditori, degli atti successivi al pignoramento con cui il debitore trasferisca ad altri il diritto di proprietà o costituisca in favore di altri diritti reali sull'immobile oggetto di esecuzione.

I comproprietari, invece, devono ritenersi legittimati a disporre della propria quota senza incorrere nella sanzione di inefficacia di cui all'art. 2913 c.c.

In mancanza dell'avviso, inoltre, l'eventuale vendita giudiziale dell'intero cespite, compresa quindi la quota del soggetto non esecutato, sarebbe da questo impugnabile in rivendica.

Per tale motivo l'avviso deve essere notificato anche ai soggetti indicati dall'art. 1113, comma 3°, c.c., ed -in particolare- ai creditori iscritti, al fine di tutelarne la garanzia ipotecaria, pena l'inopponibilità della divisione nei loro confronti.

L'avviso ha, inoltre, l'obiettivo di provocare la comparizione dei comproprietari all'udienza di cui all'art. 600 c.p.c. nel corso della quale, unitamente agli altri soggetti interessati, essi dovranno essere sentiti per acquisire elementi utili in ordine alle modalità con le quali procedere alla liquidazione della quota.

L'avviso ex art. 599 c.p.c. deve sicuramente essere notificato ai contitolari del diritto di proprietà superficaria qualora ne venga pignorata una quota, ma non ai superficari quando venga pignorata la proprietà gravata dal diritto di superficie, perché in tal caso non si configura uno stato di comunione fra i due diritti reali.

Quanto al contenuto dell'avviso, nella prassi i creditori si limitano a riportare il solo invito a non sciogliere la comunione (il c.d. divieto di lasciare separare dal debitore la sua parte delle cose comuni senza ordine del giudice), omettendo la citazione a comparire per l'udienza di cui all'art. 600 c.p.c.. Tale abitudine nel vigore della normativa precedente alla riforma era giustificata dalle modalità con cui si procedeva alla liquidazione della quota del debitore, vale a dire mediante la vendita della quota indivisa.

Con la riforma attuata con la L. n. 80 del 14 maggio 2005 e successive modifiche il legislatore ha introdotto un emendamento particolarmente incisivo nella disciplina dell'espropriazione di beni indivisi, recependo le c.d. prassi virtuose di alcuni Tribunali che, anziché porre in vendita la quota indivisa, optavano per le altre soluzioni previste

dall'art. 600 c.p.c., vale a dire la separazione in natura o l'instaurazione del giudizio di divisione; in tal modo pervenendo ad una miglior realizzazione della quota oggetto dell'azione esecutiva, posto che, sia nell'uno che nell'altro caso, in luogo di una quota astratta, difficilmente appetibile, si immette sul mercato una porzione immobiliare concreta (nell'ipotesi di separazione in natura) o, addirittura, l'intero immobile (quando lo stesso non sia comodamente divisibile, nell'ipotesi di giudizio di divisione).

L'esperienza ante riforma, infatti, ha dimostrato che gli incanti aventi ad oggetto quote indivise andavano sistematicamente deserti, con conseguenti progressivi ribassi della base d'asta ed aggiudicazioni ad un prezzo pressoché irrisorio (con evidente pregiudizio delle ragioni dei creditori e dello stesso esecutato, che vedeva ricavato dai propri beni un importo insufficiente all'estinzione della posizione debitoria).

Per non parlare, poi, del frequente fenomeno dell'aggiudicazione in favore di soggetti terzi spinti da finalità estorsive nei confronti del debitore o degli altri comproprietari.

Modalità di scioglimento della comunione in seguito alla riforma del processo esecutivo

Con la riforma, dunque, l'ordine delle modalità di scioglimento della comunione è stato sovvertito, in quanto la separazione della quota in natura e la instaurazione del giudizio di divisione sono diventate la regola, mentre la vendita della quota indivisa rappresenta l'eccezione, la soluzione residuale da adottarsi solo quando il giudice dell'esecuzione ritenga probabile la vendita della quota stessa ad un prezzo pari o superiore al valore della medesima, determinato a norma dell'art. 568 c.p.c. (art. 600, 2° comma, c.p.c.).

Con la separazione in natura (che viene effettuata dal g.e. con ordinanza) si realizza sostanzialmente una divisione parziale per effetto della quale la quota spettante al debitore viene convertita in un diritto esclusivo, avente ad oggetto una porzione concreta e singolarmente individuata del bene (che, qualora i comproprietari siano più di due, per la restante parte rimane ancora indiviso).

L'effetto della separazione in natura è rappresentato dalla concentrazione del pignoramento sul bene attribuito in concreto al debitore esecutato (in sostituzione della sua quota astratta) sul quale si concentrerà anche l'ipoteca eventualmente costituita dal

debitore sempre sulla quota astratta (art. 2825, comma 1°, c.c.); bene che verrà, poi, venduto o assegnato dal giudice dell'esecuzione.

Detta opzione rappresenta la soluzione preferita dal legislatore anche se nella pratica si presenta di difficile realizzazione, perché presuppone la concreta possibilità di separare dalla massa indivisa una porzione concreta di valore corrispondente alla quota spettante al debitore esecutato.

Qualora tale via sia percorribile è, comunque, necessario che il creditore provveda a notificare l'avviso di cui all'art. 599 c.p.c. a tutti i soggetti menzionati nell'art. 1113, comma 3°, c.c., al fine di rendere loro opponibile la detta separazione in natura.

Con la vendita della quota indivisa, invece, lo stato di comunione non viene sciolto, ma si realizza una sostituzione nella stessa dell'aggiudicatario definitivo al debitore esecutato.

Tale opzione, che prima della riforma costituiva la regola, come si è visto, attualmente rappresenta la soluzione residuale.

La vera alternativa alla separazione della quota in natura resta, dunque, l'instaurazione del giudizio di divisione.

Si discute se lo scioglimento della comunione del bene indiviso sottoposto ad azione esecutiva trovi ostacolo nella previsione ed opponibilità alla procedura stessa (perché trascritto prima della trascrizione del pignoramento) del patto di permanenza in comunione che i comproprietari non esecutati potrebbero invocare nei limiti dei dieci anni (art. 1111, comma 2°, c.c.).

Il giudizio di divisione

Il giudizio in questione si svolge, nelle forme del rito ordinario, innanzi al Giudice dell'esecuzione (che, in base al disposto dell'art. 181 disp. att. c.p.c., ha competenza funzionale).

Considerato il ruolo strumentale che riveste il giudizio di divisione nell'ambito del procedimento esecutivo (pervenire alla individuazione di un bene di proprietà esclusiva del debitore da porre in vendita), le iniziali modalità di svolgimento dello stesso variano a

seconda che tutti gli interessati siano o meno presenti all'udienza fissata ex art. 600 c.p.c..

Nel primo caso (art. 181, comma 1°, disp. att. c.p.c.) il g.e., assunta la veste di giudice istruttore, rimette le parti davanti a sé in sede cognitiva, assegnando un termine per l'iscrizione a ruolo della causa e fissando l'udienza per l'istruzione della medesima a norma degli artt. 175 e ss. c.p.c.

Nel secondo caso (comma 2° del menzionato articolo), invece, il g.e. dovrà fissare una nuova udienza di comparizione assegnando alla parte più diligente un termine (fino a sessanta giorni prima dell'udienza stessa) per integrare il contraddittorio nei confronti dei litisconsorti necessari non presenti (art. 1113 c.c.) mediante notificazione dell'ordinanza (che dispone procedersi alla divisione). Il termine assegnato, ai sensi dell'art. 102, comma 2°, c.p.c., deve intendersi perentorio.

Va rilevato che l'ordinanza di fissazione dell'udienza di comparizione costituisce titolo per l'iscrizione a ruolo della causa di divisione, nonché per la relativa trascrizione ai sensi dell'art. 2646 c.c..

Nella vigenza della disciplina antecedente alla riforma la giurisprudenza che si era pronunciata in merito riteneva che l'inerzia nella promozione del giudizio di divisione comportasse l'estinzione dell'esecuzione forzata. Anche nell'attuale regime normativo deve ritenersi che la sanzione dell'estinzione consegua all'inerzia del creditore in relazione agli adempimenti processuali posti a suo carico (ai fini dell'istruzione del giudizio di divisione).

Pur ritenendo che tale inerzia, qualificata come disinteresse alla prosecuzione della procedura esecutiva, sarebbe idonea, in quanto tale, a legittimare una pronuncia di improseguibilità della stessa, l'estinzione della medesima deve ritenersi rilevabile d'ufficio (ex art. 630, 2° comma, c.p.c.) considerato che l'instaurazione del processo di divisione condiziona la possibilità di prosecuzione del procedimento esecutivo, quanto meno in riferimento ai beni pignorati *pro quota*, cosicché in difetto del rilievo da parte del giudice la procedura esecutiva rimarrebbe sospesa a tempo indeterminato!

Operante il precedente quadro normativo era, poi, controverso se lo scioglimento della comunione potesse essere disposto d'ufficio dal giudice dell'esecuzione, mentre l'at-

tuale testo dell'art. 600, comma 2°, c.p.c., attribuisce al giudice il potere di disporre d'ufficio l'instaurazione del giudizio di divisione, salvo che ritenga utilmente esperibile la vendita della quota indivisa (“Se la separazione in natura non è chiesta o non è possibile, il giudice dispone che si proceda alla divisione a norma del codice civile ...”).

Instaurato il giudizio di divisione la procedura esecutiva viene sospesa in ragione del rapporto di pregiudizialità tra i due procedimenti. Il giudizio di divisione richiede la citazione in giudizio di tutti i comproprietari (devono essere chiamati a intervenire i soggetti indicati nell'art. 1113, comma 3°, c.c.), non essendo sufficiente che gli stessi abbiano ricevuto l'avviso di cui all'art. 599 c.p.c., nonché dei titolari di diritti reali parziari (sull'immobile oggetto di divisione) costituiti con atto trascritto in data antecedente la trascrizione del pignoramento (anche se gli stessi non sono destinatari dell'avviso di cui all'art. 599 c.p.c.).

Il giudizio (salva la necessità di pronunciare una sentenza su eventuali contestazioni, domande od eccezioni, oppure sulle spese processuali) si conclude con l'emissione di un'ordinanza che formula un progetto di divisione, il cui contenuto varia in rapporto alle tre differenti modalità di realizzazione dello scioglimento della comunione: - assegnazione dell'intero bene al comproprietario che lo richiede, con il versamento del prezzo di stima; - la vendita dell'intero bene; - l'attribuzione di porzioni concrete del bene a ciascun comproprietario, con eventuali versamenti di conguagli.

La prima delle modalità indicate è quella che comporta il ricorso, meno frequente, alla delega delle operazioni divisionali di cui all'art. 786 c.p.c. In tali ipotesi lo scioglimento della comunione si attua mediante l'attribuzione dell'intero, dietro versamento di un conguaglio, ad uno dei comproprietari che ne faccia richiesta e che sia diverso dall'esecutato (considerato il divieto di cui agli artt. 571, comma 1°, e 579, comma 1°, c.p.c.).

L'assegnazione al comproprietario presenta il vantaggio di accelerare lo scioglimento della comunione, evitando la vendita forzata e gli inconvenienti che la stessa comporta (diserzione degli incanti e conseguente ribasso del prezzo); contemporaneamente tutela il comproprietario (spesso un prossimo congiunto coinvolto, suo malgrado, nella vicenda espropriativa causata dall'esecutato) che ha, solitamente, interesse a conservare l'immobile nel patrimonio familiare; nonché soddisfa i creditori sia per la celerità della

soluzione che per il risultato conseguibile (considerato che l'attribuzione avviene al valore di stima).

In difetto di espressa rinuncia delle parti, il Conservatore dei registri immobiliari deve iscrivere ipoteca legale a garanzia del pagamento del conguaglio da parte del comproprietario assegnatario (art. 2817, n. 2, c.c.).

Con riferimento a tale modalità di scioglimento della comunione si evidenzia che nella pratica si registrano opinioni discordi sulla piena applicabilità dell'istituto di cui all'art. 720 c.c. nell'ambito del giudizio di divisione avente ad oggetto l'immobile pignorato *pro quota*.

Al riguardo c'è chi obietta che, anche se alla divisione di cui all'art. 600 c.p.c. deve procedersi a norma del codice civile, non può non tenersi conto della strumentalità di detto giudizio rispetto al procedimento esecutivo, la cui finalità primaria consiste nel realizzare il maggior ricavo possibile, risultato questo raggiungibile soltanto con il meccanismo competitivo della vendita. L'assegnazione al comproprietario, in effetti, comporterebbe la sottrazione del bene al mercato e l'impossibilità di conseguire il miglior risultato, attraverso il meccanismo della gara.

A tale orientamento si contrappone quello di coloro che escludono che il citato nesso di strumentalità e la finalità propria della procedura espropriativa possano comportare la soppressione del diritto di ciascun comproprietario di richiedere l'assegnazione, ai sensi dell'art. 720 c.c., non potendosi giustificare un'ulteriore compressione delle facoltà riconosciute dalla legge a tutti i comproprietari non esecutati.

Qualora la quota pignorata fosse gravata da ipoteca, la stessa si trasferirà (col grado dell'originaria iscrizione e nei limiti del valore del bene in precedenza ipotecato) sulla porzione assegnata al debitore, a condizione che il vincolo sia stato iscritto anteriormente alla domanda di divisione (art. 2825, comma 2°, c.c.). Se, invece, l'ipoteca fosse stata iscritta successivamente alla domanda di divisione (cosa, questa, lecita e possibile) il creditore potrà usufruire della prelazione solo intervenendo nel relativo giudizio divisionale, poiché il litisconsorzio necessario è previsto dall'art. 1113 c.c. con riferimento ai soli creditori che abbiano iscritto ipoteca prima della trascrizione della do-

manda di divisione. Ad eccezione dei casi previsti dall'art. 2825 c.c., il bene perviene all'assegnatario libero da pesi e oneri.

L'art. 786 c.p.c., disponendo che le operazioni di divisione sono dirette dal giudice istruttore, il quale, anche nel corso di esse, può delegarne la direzione a un notaio, prevede una deroga alla regola generale dell'esercizio da parte del giudice istruttore dei poteri di direzione del processo. Circa il contenuto della delega (che può avere ad oggetto parte o tutte le operazioni di divisione ed il cui conferimento è rimesso alla discrezionalità del giudice) si ritiene che la medesima abbia natura amministrativa e non giurisdizionale, considerato che al notaio sono delegate soltanto quelle attività volte alla determinazione delle singole quote, con esclusione del potere di compiere atti istruttori, quali la nomina di consulenti tecnici. La delega riguarda, in sostanza, tutte quelle operazioni tecniche previste e disciplinate dagli artt. 788, ultimo comma, 790 e 791 c.p.c..

Si precisa che anche la vendita cui si riferisce la norma contenuta nell'art. 788 c.p.c. (modificato dalla riforma) è quella senza incanto essendo il predetto meccanismo applicabile pure nell'ambito del giudizio divisionale. Soltanto per mero difetto di coordinamento nell'art. 720 c.c. permane l'indicazione della vendita con incanto. Le modifiche introdotte con la riforma del processo esecutivo, infatti, trovano applicazione anche alle procedure esecutive già pendenti alla data del 1° marzo 2006 (qualora non fosse già stata ordinata la vendita, nel qual caso la stessa avrebbe luogo con l'osservanza delle norme precedentemente in vigore).

Per i giudizi di divisione ex art. 600, comma 2°, c.p.c. già pendenti alla data del 1° marzo 2006 deve applicarsi, invece, l'art. 788 c.p.c. nella sua formulazione antecedente alla riforma, che prevedeva la vendita con incanto. Di conseguenza la vendita senza incanto potrà essere disposta solo nell'ambito del giudizio di divisione instaurato dopo la data sopra indicata.

Quanto ai professionisti ai quali (in base al novellato art. 788, comma 4°, c.p.c.) possono essere affidate le operazioni di vendita, valgono le stesse osservazioni di cui innanzi, vale a dire che le operazioni di vendita saranno delegabili a professionista diverso dal notaio soltanto nei giudizi di divisione instaurati dopo il 1° marzo 2006.

La vendita dell'intero immobile comporta la vendita forzata anche della quota appartenente al comproprietario non esecutato che, conseguentemente, subisce la vendita anche della propria quota. Tale riflessione ha suscitato dubbi sull'effettiva praticabilità di tale modalità di scioglimento della comunione. Si è, però, rilevato che nel giudizio ordinario di scioglimento della comunione l'opzione in questione è espressamente prevista dal legislatore nell'ipotesi in cui la divisione in natura del bene non sia comodamente praticabile e non vi siano istanze di assegnazione (art. 720, ultimo comma, c.c.). La vendita dell'intero, inoltre, non può essere evitata neanche in presenza di opposizione di un comproprietario, salvo che il medesimo fornisca la prova della comoda divisibilità del bene oppure faccia richiesta di assegnazione dell'intero bene dietro versamento di un conguaglio di importo pari al valore delle quote degli altri comproprietari. Ne deriva che nulla osta all'applicazione della medesima disciplina alla divisione endoesecutiva.

La S.C. ha confermato che la finalità di tale divisione è quella di consentire di procedere esecutivamente su di un bene in proprietà esclusiva, sia per la migliore appetibilità sul mercato di un siffatto bene (rispetto ad una semplice quota), quanto per la maggiore facilità con cui potrebbe svolgersi il processo esecutivo quando ha per oggetto beni fungibili (come il denaro o beni in proprietà esclusiva).

Non si può nascondere che gli altri contitolari del bene si trovano a dover subire una divisione che potrebbero non volere e, per di più, una divisione promossa da un creditore di uno dei comproprietari (di fatto un soggetto estraneo alla comunione), ma la giustificazione di tale apparente disarmonia è da individuare nel prevalente interesse del creditore a recuperare il proprio credito, rispetto all'interesse degli altri contitolari del bene a non sciogliere la comunione o a farla sciogliere solo su istanza degli altri comproprietari.

Questa riflessione permette di sottolineare un ulteriore aspetto della questione: l'eccezionale legittimazione del creditore a promuovere lo scioglimento della comunione formata tra terzi. E' opportuno osservare che tale legittimazione non è illimitata, né assoluta, anzi se viene meno la qualità di creditore in capo all'attore o la qualità di debitore in capo al convenuto principale, la detta legittimazione viene meno e il procedimento di divisione non può essere iniziato o, se iniziato, proseguito.

La divisione giudiziale e consensuale.

1° dicembre 2017

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 né una continuazione, né una fase. Tra le altre Cass. Sez. III, 24 febbraio 2011 n. 4499); dall'altro lato, la correlazione funzionale del detto giudizio al processo esecutivo comporta che il creditore esecutante mantiene (come si è visto) la sua legittimazione ad agire in divisione fintantoché in capo a lui permanga la qualità di creditore (Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2012, n. 6072). La pacifica circostanza del collegamento funzionale del giudizio divisorio endoesecutivo al procedimento esecutivo non rende affatto applicabile, almeno nella fase anteriore alle operazioni di vendita, i rimedi propri del processo esecutivo, ma sempre e solo quelli del giudizio ordinario di divisione. Ne consegue che il provvedimento con il quale il giudice istruttore disponga, ai sensi dell'art. 788 c.p.c., la vendita di beni immobili (oggetto di pignoramento) è soggetto al regime di impugnazione del processo di cognizione, per cui, se di carattere meramente ordinario, è revocabile o modificabile con la sentenza di merito, e, se risolutivo di controversie nel frattempo insorte, direttamente appellabile, ma insuscettibile di opposizione agli atti esecutivi. (Cass. 4499/2011).

Il significato di non comoda divisibilità del bene (che giustifica la vendita dell'intero compendio) implica valutazioni concernenti la fruibilità e funzionalità delle porzioni ricavate dalla divisione rispetto all'intero cespite. Il bene, pertanto, deve ritenersi non comodamente divisibile anche in quei casi in cui, pur risultando possibile il frazionamento sotto l'aspetto strutturale, non siano tuttavia attuabili quote suscettibili di formare oggetto di autonomo e libero godimento (vale a dire libere da servitù, pesi o limitazioni eccessive; che non richiedano opere complesse o di notevole costo; oppure che, dal punto di vista economico-funzionale, non risultino sensibilmente deprezzate rispetto al valore dell'intero).

Le irregolarità degli atti relativi alla vendita disposta nel giudizio di divisione (di cui all'art. 601 c.p.c.) devono farsi valere (visto il richiamo operato dagli artt. 787 e 788 c.p.c., rispettivamente, agli artt. 534 e ss. e 570 e ss. c.p.c.) mediante opposizione agli

atti esecutivi, alla quale non si applica la sospensione dei termini processuali nel periodo feriale.

Il notaio o altro professionista eventualmente delegato provvederà, inoltre, alla formazione del progetto di riparto delle somme ricavate dalla vendita che, per la parte assegnata al debitore esecutato, dovrà essere depositata su libretto intestato alla procedura esecutiva, nonché alla predisposizione del decreto di trasferimento del bene che dovrà, comunque, essere sottoscritto dal giudice.

I creditori potranno far valere le loro ragioni sulla somma corrispondente al valore della quota pignorata, con eventuale prelazione determinata dalla data di iscrizione del titolo, nel limite del valore dei beni precedentemente ipotecati (art. 2825, comma 4°, c.c.).

Formazione dei lotti

Qualora non si effettui la vendita perché è possibile la comoda divisibilità della massa, si procede alla formazione di porzioni o lotti, con la successiva estrazione a sorte dei medesimi. Attraverso l'attribuzione degli stessi si realizza, in effetti, il medesimo risultato della separazione in natura (alla quale non si è dato corso nell'ambito della procedura esecutiva per difetto di richiesta in tal senso).

In sede cognitiva, infatti, l'adozione di tale modalità di scioglimento della comunione non è condizionata dalla necessità di apposita istanza da parte degli interessati, dovendo il giudice limitarsi a motivare la scelta di tale opzione. In caso di delega a notaio o altro professionista, qualora nel corso delle operazioni sorgano contestazioni, il delegato dovrà trasmettere apposito verbale al giudice che a sua volta provvederà alla fissazione di udienza per la comparizione delle parti. Non sempre le questioni sollevate provocano la sospensione delle operazioni divisionali, richiedendosi a tal fine una contestazione concreta in ordine alle modalità e ai criteri delle operazioni che non siano già stati determinati dal giudice.

Dispone, infatti, l'art. 791 c.p.c. che il notaio (o altro professionista delegato) redige il processo verbale delle operazioni effettuate e, formato il progetto delle quote e dei lotti, se le parti non si accordano su di esso, trasmette il detto processo verbale al giudice istruttore, entro cinque giorni dalla sua sottoscrizione. Il giudice fissa l'udienza di

comparizione delle parti ed emette i provvedimenti di sua competenza a norma dell'articolo 187.

L'estrazione dei lotti non può avvenire se non in base all'ordinanza del giudice emessa a norma dell'articolo 789, ultimo comma, c.p.c., oppure alla sentenza passata in giudicato.

I poteri decisorii (su qualsiasi questione sorta nel corso delle operazioni divisionali) restano sempre riservati al giudice istruttore; né l'assenza di contestazioni muta la natura della divisione che rimane giudiziale, anche quando le parti si siano accordate sul progetto di divisione predisposto dal delegato, il quale dovrà comunque rimmetterlo al giudice per la fissazione di apposita udienza per la dichiarazione di esecutività del progetto stesso e per impartire le eventuali istruzioni sull'estrazione a sorte dei lotti.

Nell'ipotesi in cui (in seguito all'estrazione a sorte) sia stata assegnata al debitore esecutato anche una somma di danaro a titolo di conguaglio per il minor valore della porzione immobiliare attribuitagli, il pignoramento si concentrerà sulla detta porzione e sulla somma che (depositata su libretto intestato alla procedura esecutiva) sarà oggetto di successiva distribuzione da parte del G.E. Qualora, invece, al debitore sia stata assegnata una porzione immobiliare con addebito di conguaglio, il comproprietario avente diritto al conguaglio stesso potrà farlo valere nell'ambito dell'esecuzione forzata in via privilegiata (ai sensi degli artt. 2770, comma 1°, 2777, comma 1°, c.c., e del combinato disposto di cui agli artt. 2825, terzo comma, e 2817, n. 2, c.c.), spiegando intervento nella procedura in forza del titolo esecutivo costituito dal provvedimento (ordinanza o sentenza) di approvazione del progetto di divisione.

Il giudizio in questione, quindi, si conclude con la predisposizione di un progetto di divisione (il cui contenuto varia, come si è visto, in rapporto alle tre diverse modalità di realizzazione dello scioglimento della comunione innanzi indicate) e la fissazione da parte del giudice (con decreto) dell'udienza di discussione del medesimo, ordinando la comparizione delle parti (condividenti e creditori); il decreto deve essere comunicato ai procuratori delle parti costituite e notificato personalmente al comproprietario rimasto contumace (art. 789, commi 1-2, c.p.c.), pena l'invalidità dell'ordinanza (non impugnabile) con la quale il giudice istruttore, in assenza di contestazioni, lo dichiara esecu-

tivo (ai sensi del 3° e 4° com. dell'art. 789). Non è, invece, prevista la necessità della notificazione al comproprietario contumace quando si sia pervenuti allo scioglimento della comunione mediante vendita dell'intero compendio. Se all'udienza fissata per la sua discussione nessuno compare oppure non sorgono contestazioni, il progetto viene dichiarato esecutivo.

Il decreto di trasferimento

Lo scioglimento della comunione (secondo una delle illustrate modalità) comporterà:

- nel caso in cui sia stata effettuata la vendita, la pronuncia del decreto di trasferimento del bene a favore del terzo aggiudicatario;
- se il comproprietario non esecutato abbia chiesto l'assegnazione del bene (con la corresponsione del conguaglio), la pronuncia del decreto di trasferimento in suo favore;
- nell'ipotesi di comoda divisibilità, la sola predisposizione del progetto di formazione dei lotti.

In tutti i casi dovrà essere ordinata al Conservatore dei RR.II. la cancellazione delle formalità pregiudizievoli sul bene o sulla parte di esso trasferito, dovendo il bene stesso risultare libero da pesi e vincoli (la trascrizione del pignoramento, le ipoteche, comprese quelle che fossero state costituite sulla propria quota da uno dei comproprietari diverso da quello risultato assegnatario, ex art. 2825, 1° e 2° com., c.c. - quindi, costituite da soggetto che, in ragione dell'effetto retroattivo della divisione, risulti a posteriori privo della facoltà di disporle -). Salvo rinuncia, l'art. 2825, comma 3°, c.c. prevede la costituzione di ipoteca legale a garanzia del pagamento del conguaglio dovuto dal dividendo assegnatario e il conseguente obbligo del Conservatore di provvedere alla relativa iscrizione.

Sia nel caso di separazione in natura, che di divisione con formazione dei lotti, andrà, comunque, ordinato al Conservatore di annotare il trasferimento del pignoramento e delle ipoteche in origine gravanti sulla quota del cespite indiviso, sulla parte di bene assegnata all'esecutato e che rimarrà, conseguentemente, assoggettata alla procedura.

In merito al decreto di trasferimento si pone la questione dell'applicabilità alle procedure esecutive della disciplina in tema di rendimento energetico di cui alla direttiva

La divisione giudiziale e consensuale.

1° dicembre 2017

2002/91/Ce, in attuazione della quale il D.lgs. 19 agosto 2005, n. 192 (come modificato dal D.lgs. 29 dicembre 2006, n. 311), statuendo sul rendimento energetico nell'edilizia, ha introdotto l'obbligo di allegazione agli atti di trasferimento a titolo oneroso dell'attestato di certificazione energetica, a pena di nullità relativa degli stessi.

Una problematica analoga, sorta in relazione alle dichiarazioni ed allegazioni prescritte in materia edilizia ed urbanistica, era stata risolta nel senso che il riferimento legislativo agli "atti" portasse ad escludere la necessità di tali formalità riguardo ai provvedimenti giudiziari; i decreti di trasferimento nell'espropriazione forzata, poi, in tali casi sono espressamente esclusi dalla legge, salvo che nell'ipotesi di delega ex art. 591 bis c.p.c.

Anche nella materia in esame l'espresso riferimento agli "atti" contenuto nel d. lgs. innanzi citato, sembrerebbe condurre alla stessa soluzione.

Vi sono, però, al contrario, delle considerazioni che, nel silenzio del nostro legislatore, porterebbero a ritenere che la disciplina sulla certificazione energetica debba applicarsi anche ai decreti di trasferimento, in quanto i medesimi (pur se resi in sede esecutiva) danno comunque luogo ad un trasferimento a titolo oneroso; inoltre, il riferimento espresso agli "atti" è contenuto nel testo del d. lgs., ma non in quello della direttiva europea.

Se, poi, si ha riguardo alla finalità informativa rispetto al mercato immobiliare (propria della norma in questione), non può certo negarsi che la stessa dovrebbe sussistere anche con riferimento ai procedimenti di espropriazione forzata.

Le spese del giudizio di divisione

Secondo il più recente e ormai consolidato orientamento della Cassazione, nei giudizi di divisione vanno poste a carico della massa le spese necessarie allo svolgimento del giudizio nel comune interesse, mentre valgono i principi generali sulla soccombenza per quelle spese che, secondo il prudente apprezzamento del giudice di merito, siano conseguenza di eccessive pretese o di inutili resistenze, vale a dire dell'ingiustificato comportamento della parte.

Tale principio è stato ribadito anche con specifico riferimento al giudizio di divisione pregiudiziale rispetto all'esecuzione forzata (tra le altre, Cass., sez. III, 18 ottobre 2001,

n. 12758). La S.C. ha in particolare osservato che, considerata la funzione strumentale del giudizio di divisione rispetto al processo esecutivo, poiché lo scioglimento della comunione avente ad oggetto l'immobile pignorato si pone in tal caso come una fase indispensabile per la prosecuzione dell'esecuzione, deve ritenersi che le spese gravino su tutti i comproprietari, in proporzione delle rispettive quote; di conseguenza, nella formazione delle porzioni immobiliari da attribuire a ciascun dividente si dovrà tener conto dell'obbligo di rimborsare le spese al dividente che le abbia anticipate. La parte delle spese inerenti la quota del debitore dovrà essere anticipata dal creditore e dal medesimo recuperata, in sede esecutiva, al momento della distribuzione del ricavato dalla vendita del lotto attribuito all'esecutato (in prededuzione in quanto costo sostenuto per lo svolgimento del processo esecutivo, ex art. 2770 c.c.).

Nell'ipotesi in cui il creditore abbia anticipato anche le spese relative alle quote dei dividendi non eseguiti (perché, ad esempio, rimasti contumaci), il rimborso delle stesse avverrà o mediante decurtazione dagli importi spettanti ai singoli comproprietari (nel caso di vendita dell'intero e di assegnazione del ricavato in proporzione delle quote), oppure mediante pronuncia di sentenza di condanna del dividente al rimborso delle spese in favore del creditore che le abbia anticipate.

Quanto, poi, alle spese di rappresentanza tecnica, la liquidazione delle stesse deve ugualmente avvenire con sentenza ed il creditore (nella veste di attore nel giudizio di divisione) potrà ottenerne il recupero in sede esecutiva ed in prededuzione, spiegando intervento nella procedura (ai sensi dell'art. 95 c.p.c., sul debitore gravano, in via definitiva, tutte le spese del processo esecutivo).

La riassunzione del processo esecutivo (dopo la chiusura del giudizio di divisione)

Esaurito il giudizio di divisione, il giudice istruttore fissa il termine (perentorio) per la riassunzione dell'esecuzione forzata, sospesa di diritto; in mancanza il termine è di sei mesi (art. artt. 627 c.p.c.).

Il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza di divisione sull'accordo delle parti, o dal passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, oppure dalla comunicazione della sentenza di appello.

La divisione giudiziale e consensuale.

1° dicembre 2017

L'omessa riassunzione determina l'estinzione del processo esecutivo (ai sensi dell'art. 630, comma 1°, c.p.c.).

L'estinzione (che opera di diritto) è dichiarata dal giudice dell'esecuzione, anche d'ufficio, con ordinanza (che viene comunicata alle parti, se pronunciata fuori dall'udienza), contro la quale è ammesso reclamo ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 630 c.p.c..

Questioni, problematiche e quesiti

Mediazione obbligatoria: esclusione dell'istituto per il giudizio di divisione endoese- cutivo.

L'esperimento del tentativo di mediazione previsto dall'art. 5, comma 1°, del d.lgs. n. 28/2010 come condizione di procedibilità per una serie di materie, tra le quali la divisione, non si applica nel giudizio di divisione per scioglimento della comunione endo-procedimentale disciplinato dagli artt. 599 e ss c.p.c. (come modificati dalla legge n. 80 del 2005).

Secondo il disposto del quarto comma del suddetto art. 5, lettera d), la condizione di procedibilità non opera nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata.

Come chiarito anche nella relazione illustrativa al decreto legislativo n. 28/2010¹, i giudizi di cognizione che si inseriscono incidentalmente nei processi esecutivi sono stati esclusi (dall'ambito di applicazione della detta normativa) per la loro stretta inerenza con l'esecuzione forzata. Consentire o, addirittura, imporre una dilazione in questa fase processuale (nella quale la soddisfazione del singolo diritto è più prossima alla sua realizzazione) significherebbe aprire la strada a manovre dilatorie da parte dei debitori esecutati.

E', infatti, condivisa da dottrina e giurisprudenza l'attribuzione al giudizio divisorio incidentale della natura di procedimento di cognizione ordinario (pur inserendosi come una parentesi all'interno del procedimento esecutivo e nonostante la riforma del 2005 ne abbia accentuato il legame con l'esecuzione forzata).

La divisione giudiziale e consensuale.

1° dicembre 2017

D'altra parte, risponde ad una precisa scelta del legislatore escludere dalla nuova procedura in tema di mediazione civile i procedimenti incidentali di cognizione (tra i quali vanno compresi i detti giudizi di divisione). Scelta giustificata dalla circostanza che la mediazione in sede esecutiva (ove ritenuta applicabile) finirebbe con lo scontrarsi con un processo esecutivo (come ridisegnato dalle riforme degli ultimi anni) che, sebbene preveda parentesi cognitive, le configura come essenzialmente strumentali all'esecuzione stessa (onde consentire, nel caso di divisione, l'individuazione definitiva dell'oggetto dell'espropriazione forzata).

Si può, tuttavia, osservare che l'art. 601 c.p.c. (nel prevedere che, durante il giudizio di divisione, l'esecuzione è sospesa finché sulla divisione stessa non sia intervenuto un accordo fra le parti o pronunciata una sentenza avente i requisiti di cui all'art. 627 c.p.c.) prevede l'eventualità di un'alternativa alla sentenza, ossia un accordo tra le parti che ben potrebbe intervenire in sede di mediazione (semmai delegata dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 2°, d.lgs. 28/2010).

E', in sintesi, possibile affermare che anche i giudizi di divisione endoesecutivi sono sicuramente esclusi dall'obbligo del preventivo esperimento del tentativo di mediazione?

Variazioni subite dal titolo esecutivo nel corso del giudizio di divisione endoesecutivo.

Conseguenze.

Un'altra interessante questione riguarda la possibilità che durante il giudizio di divisione il titolo esecutivo subisca delle variazioni. Non bisogna dimenticare, infatti, che le sentenze di primo grado sono immediatamente esecutive, quindi, nulla esclude che ottenuta una sentenza esecutiva, nelle more del processo di appello, la si ponga in esecuzione e prima della fine dell'esecuzione intervenga la sentenza di appello che modifica (in tutto o in parte) l'originaria sentenza di primo grado usata come titolo esecutivo.

Al fine di regolare questa problematica la Corte di Cassazione (Cass. n. 6072/2012) ha stabilito che il principio base da applicare è quello individuato (per il decreto ingiuntivo) nell'art. 653, 2° comma, c.p.c. (Se l'opposizione e' accolta solo in parte, il titolo esecutivo e' costituito esclusivamente dalla sentenza, ma gli atti di esecuzione già compiuti in

La divisione giudiziale e consensuale.

1° dicembre 2017

base al decreto conservano i loro effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta) che può ben assurgere a rango di principio generale valido per tutte le ipotesi in cui un provvedimento provvisoriamente esecutivo, posto in esecuzione, venga modificato solo quantitativamente da un successivo provvedimento anch'esso esecutivo.

In questi casi il procedimento esecutivo non viene caducato, ma, in caso di modifica in diminuzione del provvedimento, il processo prosegue nei limiti fissati dal nuovo titolo e con persistente efficacia degli atti anteriormente compiuti, oppure nei limiti del titolo originario qualora la modifica sia in aumento (nel qual caso, per ampliare l'oggetto della procedura già intrapresa il creditore ha l'onere di dispiegare l'intervento, in base al nuovo titolo esecutivo costituito dalla sentenza di appello).

In sostanza l'effetto sostitutivo ex tunc della sentenza di secondo grado, rispetto a quella di primo grado, non comporta l'eliminazione delle statuizioni contenute nella sentenza di primo grado, ma determina la conferma delle stesse, che trovano però ora fonte nella successiva sentenza di appello.

Il su esposto principio è stato condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito.

In sostanza la natura anticipatoria del primo provvedimento in funzione del successivo provvedimento reso a cognizione piena (insieme con la retrodatazione, al momento della proposizione della domanda, degli effetti del suo accoglimento) comporta che tale sostituzione od assorbimento abbia efficacia ex tunc, essendo identici i fatti costitutivi accertati e mutando eventualmente soltanto la quantificazione della pretesa.

Si può, allora, affermare che, definito il giudizio incidentale di divisione, il processo esecutivo, intrapreso in base all'originario titolo esecutivo, prosegue per la realizzazione del credito, nei limiti riconosciuti in sede di gravame?

Esecuzione sui beni ricadenti nella comunione legale tra coniugi. Orientamenti Giurisprudenziali

Due sono le prassi applicative nelle ipotesi (assai frequenti) in cui l'azione esecutiva sia promossa, su beni rientranti nella comunione legale, dal creditore personale di uno dei due coniugi.

In proposito, infatti, sono da segnalare due distinti orientamenti:

La divisione giudiziale e consensuale.

1° dicembre 2017

a) quello minoritario (seguito da alcuni Tribunali) secondo il quale è possibile applicare alla quota indivisa dell'immobile spettante al coniuge debitore la normativa di cui agli artt. 599 e ss. c.p.c. ;

b) quello, invece, maggioritario e condiviso dalla S.C., secondo il quale non é possibile aggredire la sola quota spettante al coniuge debitore sul bene ricadente nella comunione legale, ma occorrere, a pena di improcedibilità, pignorare l'intero bene (compresa la quota spettante al coniuge non debitore cui andrà restituito, dopo la vendita, il 50%, di sua spettanza, della somma di danaro ricavata).

Tale orientamento si fonda sostanzialmente su tre punti fondamentali (nonché, come si è precisato, sul costante e univoco indirizzo seguito dalla S.C.):

1- la ricostruzione della comunione legale come comunione senza quote, soggetta a regime diverso dalla comproprietà di cui agli artt. 1100 e ss. c.c..

Questa tesi si basa sull'interpretazione della pronuncia della Corte Cost. n. 311/1988, con la quale la Consulta ha puntualizzato che i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, ma solidalmente titolari, in quanto tali, di un diritto avente per oggetto i beni della comunione (ex art. 189, comma 2°, c.c.).

Nella comunione legale la quota non é un elemento strutturale, ma ha soltanto la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione stessa possono essere aggrediti dai creditori particolari (art. 189), la misura della responsabilità sussidiaria di ciascuno dei coniugi con i propri beni personali verso i creditori della comunione (art. 190 c.c.), e, infine, la proporzione in cui, sciolta la comunione, l'attivo e il passivo saranno ripartiti tra i coniugi o i loro eredi (art. 194 c.c.).

Alcuni obiettano che la riferita ricostruzione non osterebbe, comunque, alla possibilità per il creditore di pignorare solo la metà del bene ricadente nella comunione legale, anziché l'intero.

2- L'impossibilità di inserire soggetti diversi dal coniuge nel regime della comunione legale, conseguenza che si verificherebbe nel caso in cui si procedesse (ex art. 600, comma 2°, c.p.c.) alla vendita della quota indivisa.

Anche relativamente a questa osservazione alcuni eccepiscono che oggetto dell'azione esecutiva individuale non è una quota della comunione legale, bensì la quota di un sin-

golo bene ricadente nella comunione legale, e che nessuna norma vieta ai coniugi di alienare una quota pro indiviso di un bene ricadente nella comunione legale.

3- La tassatività delle ipotesi di scioglimento della comunione legale previste dall'art. 191 c.c., fra le quali non è contemplata l'esecuzione forzata su un bene ricadente nella stessa.

Anche su tale punto c'è chi asserisce che il citato articolo riguarda la questione della cessazione del regime patrimoniale della comunione legale in senso assoluto e non quella della esclusione dalla stessa (e dal relativo regime) di un singolo bene.

Occorre, comunque, chiarire che dalla disciplina della comunione legale risulta una struttura normativa sostanzialmente diversa da quella inerente alla comunione ordinaria la quale, a differenza della prima, è una comunione per quote che sono oggetto di un diritto individuale dei singoli partecipanti (art. 2825 c.c.) e delimitano il potere di disposizione di ciascuno sulla cosa comune (art. 1103 c.c.).

Ne consegue che, nei rapporti coi terzi, ciascun coniuge ha il potere di disporre dei beni della comunione. Il consenso dell'altro (richiesto, per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, dal secondo comma dell'art. 180 c.c.) non rappresenta un atto attributivo di un potere, bensì un atto che rimuove un limite all'esercizio di un potere. Esso è un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui mancanza (qualora riguardino beni immobili o mobili registrati) si traduce in un vizio del negozio.

Conclusivamente, si può affermare che in tali ipotesi (senza procedere col giudizio di divisione) occorre sempre porre in vendita l'intero bene?

Giudizio di divisione avente per oggetto immobili abusivi: applicabilità della disciplina di cui all'art. 17 L. n. 47/85 e successive modifiche.

Altra questione riguarda l'applicabilità, all'ipotesi di vendita dell'immobile disposta in sede di giudizio di divisione originato dal pignoramento di una quota, dell'art. 17 della L. n. 47/1985 (sostituito dall'art. 46, comma 5°, D.P.R. n. 380/2001).

In base a tale norma gli atti tra vivi (sia in forma pubblica, sia in forma privata) aventi per oggetto il trasferimento o la costituzione o lo scioglimento della comunione di dirit-

ti reali, relativi ad edifici, o loro parti (la cui costruzione sia iniziata dopo il 17 marzo 1985), non possono essere stipulati, a pena di nullità, qualora da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria.

La medesima norma prevede che tale nullità non si applica agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali.

Al riguardo è opinione abbastanza condivisa che la ratio ispiratrice della detta statuizione (che mira alla repressione del fenomeno dell'abusivismo edilizio) ceda il passo di fronte all'esigenza di non precludere al creditore la soddisfazione delle proprie ragioni, consentendo, quindi, un'interpretazione estensiva della norma stessa (già sostenuta in dottrina) in modo tale da includere nel suo ambito applicativo non solo gli atti esecutivi in senso stretto, ma tutti quelli che sono, comunque, finalizzati alla prosecuzione del procedimento esecutivo, compresi, pertanto gli atti relativi alla divisione giudiziale endoesecutiva.

La stessa giurisprudenza di legittimità, con riferimento alla divisione ereditaria, si è espressa in tal senso, ritenendo non applicabili a detta divisione gli artt. 17 e 40 L. 47/85 e 46 D.P.R. 380/2001, reputando, pertanto, valido il contratto divisionale tra gli eredi che non menziona la concessione edilizia (Cass. Civ., Sez. II civ., 1 febbraio 2010, n. 2313, che conferma Cass. 28 novembre 2001, n. 15133).

E' lecito, allora, ritenere che la normativa sulla regolarità urbanistica non si applichi agli immobili oggetto del giudizio di divisione endoesecutivo?

Nel caso di pignoramento della quota di proprietà del debitore, rientra tra le facoltà del giudice dell'esecuzione porre in vendita l'intero cespite, senza dar corso al giudizio di divisione, basandosi esclusivamente sulla dichiarazione di indivisibilità dei beni resa dall'esperto nella relazione tecnica (rispondendo ai quesiti, formulati dal g.e., relativi alla divisibilità o meno dei beni pignorati)?

avv. Rossana Volpe

La divisione: alcuni casi

Esistono elementi sufficienti nel tessuto normativo per ritenere l'esistenza di un tipo legale «divisione» pur riconoscendo che, in difetto di una puntuale previsione legislativa, molti di tali elementi sono costituiti da norme concernenti il profilo patologico o quello degli effetti, piuttosto che il profilo dispositivo. Tali elementi consistono nel profilo soggettivo dei dividendi, nel risultato dello scioglimento della comunione mediante attribuzione di beni secondo il criterio dell'attribuzione proporzionale e nell'efficacia tipicamente prevista dall'art. 757 cod.civ..

Gli ultimi due connotati valgono, in particolare, a distinguere la divisione da altri contratti di scambio che hanno come effetto lo scioglimento della comunione, come la permuta, la transazione e la vendita di quota a rischio e pericolo (art. 765 c.c.), ai quali tutt'al più si potrà applicare il rimedio della rescissione (art. 764 c.c.), ma che non condividono con la divisione il profilo causale e di conseguenza neppure il profilo disciplinare.

Una problematica agita dottrina e giurisprudenza, in particolare, relativamente alla divisione con conguaglio.

In dottrina è prevalente la nozione allargata di conguaglio, che non si limita all'obbligazione pecuniaria, ma ricomprende ogni bene fungibile ed anche infungibile, nonostante la formulazione dell'art. 728 c.c., essendo rilevante non tanto la natura dei beni o delle prestazioni oggetto di conguaglio, quanto il loro fine: attuare la funzione divisionale.

Lo scioglimento della comunione, infatti, può rappresentare l'occasione per regolare una serie di rapporti più complessi.

E' il caso della crisi coniugale, nella quale agli aspetti più strettamente patrimoniali si affiancano altri aspetti di diritto di famiglia (a contenuto tanto patrimoniale quanto non patrimoniale, quali il mantenimento e l'affidamento della prole).

Ora, non può escludersi che, anche in assenza di una crisi coniugale ovvero prima di essa, i coniugi intendano procedere a divisione del patrimonio comune,

utilizzando lo strumento del conguaglio per bilanciare il valore delle quote. In tale contesto a titolo di conguaglio si potrebbe ipotizzare a carico di un coniuge un vincolo di destinazione o anche la costituzione di determinati beni in fondo patrimoniale.

Il dubbio è: gli elementi di maggiore complessità e di diversità rispetto al tipico effetto della divisione (art. 757 c.c.) sono sussumibili nel tipo divisione?

Partiamo dal fatto che la divisione, la cui peculiarità consiste nel suo atteggiarsi come negozio che esaurisce i suoi effetti esclusivamente nell'ambito di un determinato compendio (la massa comune), può definirsi divisione semplice o pura, ovvero comprende anche prestazioni e attribuzioni che incidano non su beni della massa ma su beni estranei a essa (divisione mista o complessa).

In entrambi i casi si è evidenziata la rispondenza a una finalità distributiva proporzionale unitaria e si è sottolineata la natura derogabile della norma che prevede il conguaglio in danaro (art. 728 c.c.). Tuttavia, a parte il giudizio in positivo degli interessi in concreto perseguiti, tale conclusione non ci aiuta.

Intravediamo due possibili soluzioni:

- la legge contempla la divisione come tipo contrattuale aperto, ossia la norma di cui all'art. 728 c.c. ha natura meramente dispositiva e non costituisce elemento caratterizzante il tipo divisione. Conseguentemente, può rientrare nel concetto di conguaglio ogni tipo di prestazione ed attribuzione patrimoniale, le quali abbiano per scopo il riequilibrio del valore delle quote. Il legislatore tipizza, cioè, uno schema astratto per così dire "monco", disinteressandosi della natura dei beni attribuiti a titolo di conguaglio, preso dalla preoccupazione esclusiva ed assorbente di disciplinare e regolamentare la fase dello scioglimento della comunione. Conseguenza di questa ricostruzione è che il contratto potrà essere qualificato divisione, con tutte le conseguenze del caso;

- la legge contempla il conguaglio come obbligazione che ha per oggetto una somma di danaro, ferma restando la natura dispositiva della norma dell'art. 728 c.c. A questo punto o si ritiene che detto carattere sia elemento essenziale della divisione, ed allora si è in presenza di un negozio atipico; ovvero soccorre

l'elasticità del tipo che "consente nel concreto atteggiarsi del negozio modificazioni di taluni suoi elementi o integrazioni che ne lasciano intatti i caratteri fondamentali", con la conseguenza che all'interprete, pur tenendo in debito conto tali elementi particolari, sarà consentita comunque la sussunzione nel tipo e, quindi, l'applicazione della relativa disciplina. Naturalmente, l'elasticità ha un suo limite oltre il quale il giudizio di qualificazione dà esito negativo e la disciplina da applicare dipenderà dal contenuto del negozio ("atipico") in concreto compiuto.

In ogni caso, appare chiaro che il confine del tipo divisione è dato essenzialmente dal rispetto della finalità distributiva secondo un criterio proporzionale, mentre è indifferente, ai fini della qualificazione, la tipologia degli effetti giuridici che si innestano sul tradizionale risultato distributivo/attributivo della divisione.

Tornando allo scioglimento del regime legale di comunione, numerose sono le trattazioni giuridiche relative alla verifica del momento in cui operano le varie cause di cessazione dello stesso ed in particolare la separazione personale, nonché all'accertamento della condizione dei beni, dandosi carico della tesi che assume l'ultrattività del regime legale rispetto al suo oggetto.

Meno usuale è la considerazione del carattere composito dell'oggetto della comunione legale, così come poco esplorato è l'intreccio con la comunione - quindi con la divisione - ereditaria, laddove causa di scioglimento della comunione sia la morte di uno dei coniugi.

L'intreccio tra il contratto di divisione ed il regime della comunione legale dei beni evidenzia alcuni aspetti rilevanti qualora taluni conviventi siano in comunione e in sede di operazione divisoria di quanto ha fatto oggetto del regime legale.

La divisione stipulata dopo il matrimonio dal coniuge che vi partecipava in forza di titoli anteriori è ritenuta (dalla tradizionale concezione che sostiene il carattere dichiarativo della divisione) conservare automaticamente il carattere di bene personale a quanto ricevuto, senza quindi necessità dell'intervento dell'altro coniuge previsto dall'art.179, comma2, c.c. per ipotesi diverse.

All'interrogativo classico, circa l'attitudine del pagamento di eventuali conguagli a far rientrare quanto ricevuto in comunione, la dottrina fornisce risposta tendenzialmente negativa sulla scorta della natura invariabilmente dichiarativa della divisione, ma alla prassi notarile appare rassicurante in tale evenienza l'intervento dell'altro coniuge. La sbrigativa adozione di questo accorgimento, senza indagare - e tanto meno esplicitare - la provenienza delle somme versate per corrispondere il conguaglio riposa, però, su di un presupposto affatto solido, quale è l'affidabilità del cosiddetto rifiuto del coacquisto che - com'è noto - mentre un tempo era ammesso dalla Suprema Corte, è stato demolito dalle più recenti sentenze

La partecipazione alla divisione da parte di un solo coniuge, laddove la quota ricada in comunione, è ovviamente cosa da evitare, in quanto la divisione del bene comune è atto eccedente l'ordinaria amministrazione che, ai sensi dell'art. 180 c.c., dev'essere compiuto da entrambi i coniugi.

La trasgressione della regola della disposizione congiunta solleva il quesito circa l'indole del vizio originato: in proposito ci si domanda se si applichino le regole generali operanti in relazione all'assenza di un contitolare, od invece valga quella speciale dell'art. 184, commi 1 e 2 c.c.. Appare preferibile la seconda soluzione, ma occorrerebbe circoscriverla alle ipotesi in cui l'intestazione faccia appunto capo al solo coniuge intervenuto nella divisione, poiché diversamente varrebbero le regole in tema di circolazione giuridica e legittimazione a disporre.

La divisione dell'oggetto della comunione legale presuppone il suo scioglimento, poiché diversamente varrebbe l'immodificabilità delle quote e la compattezza dell'oggetto, con la sola eccezione dell'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 191 c.c, che è ritenuta norma di stretta interpretazione, cosicché se ne esclude l'estensibilità oltre l'ambito - testualmente individuato - dell'azienda coniugale.

Dalla soluzione prevalente in giurisprudenza circa il momento di scioglimento della comunione discende l'impraticabilità della divisione nel corso del giudizio, se non previa la stipula di una convenzione matrimoniale di opzione per la sepa-

razione dei beni. Occorre, tuttavia, tenere conto delle emergenze che affliggono la realtà giudiziaria, la quale lamenta gli inconvenienti pratici conseguenti allo slittamento della cessazione del regime legale, quindi allo sprigionarsi della comunione de residuo, con la conseguente conservazione da parte di ciascun coniuge della titolarità dei conti correnti e depositi ove siano confluiti i proventi dell'attività lavorativa, di cui perciò può liberamente disporre a piacimento, sottraendone il contenuto all'altro.

Per tutelare le aspettative in questo modo deluse, la giurisprudenza negli anni scorsi aveva configurato una presunzione di appartenenza alla comunione - nella forma creditoria propria di quella de residuo - di tutti i redditi di cui il coniuge percettore non dimostrasse la consumazione per bisogni della famiglia, così da far ricadere tra le voci attive della massa le somme depositate su conti cointestati che fossero state ritirate prima della definizione della separazione. L'evidente forzatura logica (tesa esclusivamnte ad evitare comportamenti fraudolenti) si è attirata le critiche della dottrina, spingendo la S.C. a mutare orientamento.

La prassi forense ha, talora, tentato la strada del rimedio della separazione giudiziale contemplata dall'art. 193 c.c., adducendo il difetto di contribuzione ai bisogni della famiglia, senza tuttavia ottenere l'immediata cessazione del regime legale, dal momento che il quarto comma determina bensì la retroattività degli effetti, ma soltanto subordinatamente alla definizione del giudizio, ciò che non sposta le cose, se non sul piano della tutela cautelare e della contabilizzazione finale dei proventi e dei redditi sopravvenuti nel corso del giudizio.

La riconciliazione dei coniugi separati. Come conciliare l'ultrattività della separazione con la retroattività degli effetti della riconciliazione? Per impedire le incertezze che potrebbero sorgere, le corti hanno ridimensionato la valenza della riconciliazione, circoscrivendola ai rapporti interni, così da proteggere i terzi dall'iniziativa intrapresa dal coniuge separato riconciliato nei confronti degli atti di disposizione solitari compiuti dall'altro in ordine a beni da costui acquistati in epoca - presumibilmente - successiva alla (asserita) riconciliazione.

La situazione della massa stratificatasi. Si annoverano due posizioni: la prima la riconduce alla comunione ordinaria, la seconda, assume la necessaria ultrattività della disciplina della comunione legale, in quanto solo ad esito della procedura di liquidazione l'aspettativa si concretizzerebbe nella contitolarità della ricchezza residua.

Quest'ultima tesi sembrerebbe più coerente con la (tendenziale) segregazione patrimoniale realizzata dalla comunione e con le modifiche da essa introdotte all'ordinario concorso tra i creditori ed aderisce meglio al riferimento operato dall'art. 194, comma 1, c.c. ad attivo e passivo, nell'intento di conservare in vita le ragioni creditorie reciproche, impedendo il loro disperdersi con il trascorrere del tempo dopo il prodursi della causa di scioglimento.

Ma è la prima posizione ad essere prevalente.

L'oggetto della comunione, con il suo scioglimento, risulta comprendere - almeno sul piano contabile - non solo i diritti reali, ma anche - secondo una visione accreditata - i diritti di credito verso terzi.

La tesi favorevole all'inclusione immediata dei diritti di credito nella comunione legale, condivisa da autorevoli studiosi e da alcune decisioni di merito (ma per anni respinta dalla Suprema Corte), sembrerebbe esser da ultimo recuperata dalla stessa Cassazione (anche se la prima pronuncia era relativa ad un caso di titoli obbligazionari acquistati da un coniuge con i proventi dell'attività personale).

Secondo la giurisprudenza di legittimità fondamentale è individuare il titolo della disponibilità del denaro, tale per cui quello ricavato dalla cessione di beni personali ha attitudine a conservare tale condizione a prescindere dal suo impiego, che sia depositato su conto corrente oppure impiegato per l'acquisto di titoli azionari, obbligazionari o di quote di fondi, mentre l'oggetto dell'impiego risulta attratto nella comunione soltanto se sia un diritto reale su di un bene immobile; per contro il denaro costituente provento dell'attività separata - nel senso fatto proprio dall'art. 177, comma 2, c.c.- è destinato alla comunione residuale, per la parte non consumata, se depositato in conto corrente ed invece si converte in bene assorbito immediatamente nell'oggetto della comunione se impiegato per

acquistare non solo immobili, ma pure titoli di credito. Il tutto quale piena realizzazione dello spirito del regime legale, che mira a spalmare gli acquisti perfezionati con i proventi delle rispettive attività ed a conservare la titolarità della ricchezza posseduta prima del matrimonio e di quella conseguita successivamente in dipendenza di cause tipiche che ne giustificano la conservazione esclusiva.

Diritti di credito scaturiscono, poi, dallo scioglimento, se si aderisca alla configurazione in termini obbligatori della comunione de residuo.

Altri crediti trovano fonte nei rimborsi e nelle restituzioni prefigurate dall'art. 192 c.c.

Il titolo della massa divisa. Lo scioglimento del regime legale rappresenta il titolo di acquisto definitivo di quanto era oggetto della comunione? Rispetto all'abbondanza del dibattito su questo tema, si riscontra una scarsa attenzione dedicata al quesito relativo alla configurazione - ad esito dello scioglimento - di un'unica comunione, avente titolo nella cessazione dell'operare del regime legale, oppure di altrettante coincidenti con i titoli d'acquisto, secondo la regola generale.

I segnali legislativi sono tutti nella prima direzione.

La divisione della comunione, a seguito del suo scioglimento, è prefigurata dall'art. 194 c.c. quale negozio comprensivo di una dimensione contabile, che l'accosta all'operazione da realizzarsi per la comunione ereditaria. A somiglianza di quella è, del resto, preceduta da rendiconti fonti di poste attive e passive, qui fondati anche sulla previsione di rimborsi e restituzioni contenuta nell'art. 192 c.c., che espressamente - con l'ultimo comma - consente di effettuare compensazioni rispetto alla formazione dei lotti.

Non apparendo possibile legittimare adattamenti sulla scorta della prova del diverso apporto economico (considerato che l'egualitaria ripartizione dell'attivo è inderogabile) la ripartizione del passivo insieme all'attivo comporta la spartizione dei cespiti trascurando le ragioni dei creditori, che conservano la esposizione solidale dei coniugi, ma perderebbero la prelazione?

Quesito:

Nel caso di divisione amichevole si considera possibile attribuire il diritto di usufrutto ad uno dei conviventi che era comproprietario di beni comuni, così come si considera possibile attribuire una porzione di piena proprietà a chi era soltanto usufruttuario?

Quanto al problema della natura giuridica dell'atto posto in essere, è stato affermato in dottrina che, nonostante l'equivalenza delle entità dal punto di vista economico, non è riscontrabile una divisione propriamente detta, quanto una divisione atipica, o, più precisamente, una permuta con 'attribuzione di un diritto diverso.

Pure in presenza della caratteristica peculiare della attribuzione ad un convivente di un diritto che prima non esisteva in comunione, non sarebbe preferibile qualificare tale atto come "atto avente natura divisoria", considerando che pone termine allo stato di comunione indivisa mediante attribuzione ai conviventi di porzioni di valore corrispondente alle quote ideali di comproprietà?

Fallimento del coniuge in comunione legale.

La comunione legale tra coniugi, quando si scioglie, a norma dell'art. 191 c.c., a causa del fallimento di uno dei coniugi, implica, oltre alla caducazione del regime di comunione legale per i rapporti giuridici successivi, la permanenza, per quanto attiene ai rapporti anteriori già ricadenti nella comunione legale, dello stato di contitolarità indivisa dei diritti sui beni comuni, senza ultrattività della disciplina della comunione legale e con la sostituzione ad essa della disciplina della comunione ordinaria.

Nel caso dei coniugi in separazione dei beni che acquistino un bene insieme si instaura una comunione ordinaria, per cui il curatore del fallimento di uno di essi può acquisire alla massa attiva soltanto la quota della metà dei beni in comproprietà.

Considerato che la vendita della quota del 50% dell'immobile acquisita alla massa fallimentare non sarebbe molto fruttifera, vediamo come è possibile vendere l'intero immobile in relazioni alle singole situazioni concrete.

a-Esistenza di una esecuzione fondiaria sull'intero immobile. In questo caso, posto che il creditore fondiario può proseguire l'esecuzione anche in pendenza del fallimento del debitore a norma dell'art. 41 TUB, il creditore fondiario potrebbe continuare la procedura in corso anche sulla quota del fallito, perché in tal modo si perverrebbe alla vendita unitaria del bene in sede esecutiva, salvo poi a stabilire le modalità della ripartizione e l'utilità di un intervento della curatela nella espropriazione individuale;

b-Esistenza di una esecuzione ordinaria sull'intero immobile. In tal caso il creditore precedente potrebbe continuare l'esecuzione sulla quota del coniuge *in bonis* ma non potrebbe ulteriormente procedere sulla quota del fallito per il divieto di cui all'art. 51 l.f.. Ne consegue che al curatore converrebbe subentrare, ai sensi del sesto comma dell'art. 107 l.f., nella posizione dell'esecutante per la parte acquisita al fallimento e procedere unitamente al creditore che continua l'esecuzione sulla quota del coniuge alla vendita unitaria del bene;

c-Assenza di esecuzioni in corso sul bene. La soluzione diventa più problematica perché necessita della collaborazione del coniuge *in bonis* o, in mancanza del ricorso al giudice. Se vi è collaborazione da parte del coniuge (che potrebbe essere data per solidarietà coniugale ma anche per interesse, qualora sia configurabile un qualche coinvolgimento dello stesso coniuge nell'attività di impresa, con rischio di estensione del fallimento) questi potrebbe rilasciare al curatore una procura a vendere la propria quota, per cui l'organo fallimentare potrebbe cedere la quota del fallito in ragione della acquisizione all'attivo fallimentare e la quota della moglie in forza della procura a vendere, riversando al coniuge il ricavo relativo di sua competenza. Soluzione, questa, agevole oggi che il curatore può vendere a trattativa privata anche gli immobili, ma possibile da inserire anche in una vendita all'incanto della quota, con impegno, da pubblicizzare nel bando, a trasferire all'aggiudicatario anche la restante metà con atto notarile in forza della

procura.

Se non vi è disponibilità del comproprietario *in bonis* non restano che due alternative: vendere la quota di spettanza del fallimento, o chiedere la divisione giudiziale del bene, che se indivisibile, comporterà egualmente la vendita unitario dello stesso e la divisione del ricavato; tuttavia questa soluzione è davvero da considerare come ultima possibilità per i tempi e i costi della procedura.

Art. 600 c.p.c.

Come è noto, la legge fallimentare non prevede specifiche disposizioni in merito alla liquidazione della quota indivisa, a differenza di quanto avviene nell'esecuzione ordinaria ove il codice di rito ha espressamente previsto, nell'art. 600, tre alternative tra loro graduate. Ossia, il giudice dell'esecuzione deve in primo luogo, qualora ne ricorrano i presupposti, preferibilmente procedere, qualora sia possibile, alla separazione della quota in natura; ove la separazione non sia fattibile o comunque non sia stata richiesta dalle parti, il giudice dispone che si proceda alla divisione a norma del codice civile, ma può anche ordinare la vendita della quota indivisa, mantenendo inalterata la comunione e sostituendo, di fatto, al debitore esecutato un soggetto terzo che subentra nella titolarità del diritto, qualora ritenga probabile che tale vendita possa avvenire ad un prezzo pari o superiore al valore della quota, come determinato a norma dell'art. 568 c.p.c..

L'art. 181 disp.att. c.p.c., nella versione attuale, stabilisce, a sua volta che qualora il giudice dell'esecuzione opti per la divisione del bene indiviso, è lo stesso g.e. che provvede all'istruzione della causa a norma degli articoli 175 e seguenti del codice, se gli interessati sono tutti presenti, nel mentre, se questi non sono tutti presenti, con l'ordinanza di cui all'articolo 600, secondo comma, c.p.c., fissa l'udienza davanti a sé per la comparizione delle parti, concedendo termine alla parte più diligente fino a sessanta giorni prima per l'integrazione del contraddittorio mediante la notifica dell'ordinanza.

E' bene chiarire che il giudizio di divisione di cui parla l'art. 600 c.p.c. è un ordinario processo di cognizione che attribuisce direttamente al g.e. l'istruzione della

causa e l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei soggetti che non sono presenti, tant'è che tale atto, notificato ai soggetti non presenti, è stato equiparato ad una citazione al punto da dover essere trascritto.

Qualche particolarità.

Accanto alla tipica forma di divisione, vi sono delle forme di divisione parziale, tali perché finalizzate ad attribuire beni soltanto ad alcuni dei compartecipi oppure perché aventi ad oggetto soltanto alcuni dei beni facenti parte della comunione.

Con l'espressione stralcio divisionale (o stralcio di quota) i condividenti assegnano alcuni dei beni comuni solo ad uno o ad alcuni di essi, ad integrale soddisfazione della quota a questi spettante; per effetto di ciò i condividenti non assegnatari resteranno invece in comunione sugli altri beni non oggetto dello stralcio, con la conseguente proporzionale modificazione delle quote di diritto spettanti a ciascuno di essi.

Quando la divisione ha ad oggetto soltanto alcuni dei beni facenti parte della comunione, bisogna, invece, distinguere tra divisione oggettivamente parziale in senso stretto ed assegno in conto futura divisione.

Si ha divisione oggettivamente parziale in senso stretto quando i compartecipi si assegnano soltanto alcuni dei beni facenti parte della massa comune, al fine di regolare i loro rapporti relativi ai beni assegnati in modo definitivo; gli altri beni non assegnati resteranno in comunione tra i medesimi compartecipi nelle medesime quote di diritto.

Con l'assegno in conto futura divisione, invece, i comproprietari si assegnano solo alcuni beni facenti parte della massa comune, ma in questa ipotesi essi convengono che il valore dei beni assegnati sarà computato in occasione della divisione definitiva. Si tratta, in altri termini, di un acconto di ciò che i condividenti si assegneranno in sede di divisione. Con l'assegno in conto futura divisione, pertanto, i condividenti anticipano l'assegnazione di alcuni beni comuni; con la divi-

sione oggettivamente parziale essi pervengono allo scioglimento della comunione mediante due o più divisioni indipendenti l'una dall'altra.

Vi sono, poi, degli atti diversi dal tipico contratto di divisione che hanno comunque funzione divisoria in quanto diretti a sciogliere la comunione, c.d. atti paradivisori, tra i quali rientrano la transazione divisoria e la divisione transattiva, figure caratterizzate dalla contemporanea presenza della causa transattiva e della causa divisoria. Infatti, entrambi i contratti sono diretti, da un lato, a dirimere o prevenire controversie relative alla divisione della cosa comune e, dall'altro, a sciogliere la comunione esistente.

Tradizionalmente, si riteneva che la distinzione tra le due figure dovesse essere rinvenuta nel momento temporale in cui il contratto era concluso; in particolare si sosteneva che la transazione divisoria fosse quella conclusa successivamente al perfezionamento della divisione poiché diretta a definire questione insorte proprie a causa della divisione, mentre la divisione transattiva fosse quella conclusa per risolvere questioni sorte anteriormente o contestualmente alla divisione.

La Suprema Corte ha precisato che la differenza tra le due figure debba essere individuata nella proporzionalità, o meno, tra le quote di diritto ed il valore dei beni concretamente assegnati a ciascun dividente: in altri termini, ricorre una transazione divisoria quando i dividendi definiscono questioni tra loro insorte a causa della divisione, assegnandosi singoli beni prescindendo dall'entità delle quote di diritto; mentre ricorre una divisione transattiva quando vi è proporzionalità fra il valore del bene concretamente assegnato e la quota di diritto di ciascun dividente.

È doveroso, comunque, segnalare che qualche perplessità in materia è legittima in ragione di talune specifiche valutazioni che, benché - proposte affrontando lo specifico argomento- assumono una più generale portata.

È così da chiedersi se l'efficacia retroattiva unanimemente riconosciuta al negozio divisorio, quale che ne sia la natura, sia coerente con la funzione di titolo di una comunione che pure gli viene riconosciuta quando una comunione, se

pur ristretta, permanga; e tale funzione deve essere riconosciuta sempre, o solo a determinate condizioni?

Ancora: quando la modifica parziale del precedente stato di comunione diviene titolo?

Tali questioni non hanno mera rilevanza teorica.

Un esempio concreto, con evidenti risvolti pratici: **A seguito di divisione parziale di una comunione ereditaria, si può "pacificamente" ritenere che la comunione "ristretta" che ne consegue perda la caratteristica di "ereditarietà" diventando necessariamente una comunione ordinaria?**

Con la divisione soggettivamente parziale (o anche stralcio di quota) a tacitazione dei diritti spettanti ad uno o più comunisti vengono assegnati, anche in comunione, alcuni beni o diritti comuni. Peraltro, la tacitazione degli "stralciati" potrebbe avvenire anche con solo denaro se pur non comune (c.d. conguaglio).

Considerato il criterio di continenza (ossia l'essere una divisione soggettivamente parziale necessariamente anche una divisione oggettivamente parziale), ove l'attribuzione della quota dello stralcio avvenga esclusivamente con un "conguaglio", ossia utilizzando denaro degli altri condividenti, potrà propriamente parlarsi di divisione anche oggettivamente parziale?

In giurisprudenza si ritiene che sia necessario l'intervento di tutti i comunisti o coeredi perché la divisione, se pur soggettivamente parziale, possa ritenersi valida. L'assenza anche di uno solo dei partecipanti renderebbe il contratto nullo per tutti? . Tale vizio sarebbe eliminabile a posteriori con la cessione della quota da parte di colui che non avesse partecipato al negozio in favore di alcuno dei condividenti?

Come si accennava avremo divisione soggettivamente parziale (o stralcio di quota) quando uno o più soggetti vengono estromessi dalla comunione in quanto tacitati con taluni beni ricompresi nella comunione (ma anche con conguaglio). **Ma la liquidazione di uno o più soggetti, operata esclusivamente con denaro non ricompreso nella comunione, potrebbe esser configurata piuttosto,**

come una cessione della quota in favore di tutti gli altri coeredi in proporzione delle quote già detenute? La differenza sarebbe, evidentemente, nella disciplina applicabile in materia di garanzie e rescissione.

E' configurabile il negozio divisorio in caso di attribuzione di quota in favore del coerede estromesso a titolo di acconto, vale a dire assegnando un determinato bene (o pure versando un semplice "conguaglio") ma differendo la valutazione "economica" ad un momento successivo?

La disposizione di cui all'art. 720 c.c. nelle ultime pronunce della S.C.

Il concetto di comoda divisibilità di un immobile presupposto dall'art. 720 c.c. postula, sotto l'aspetto strutturale, che il frazionamento del bene sia attuabile mediante determinazione di quote concrete suscettibili di autonomo e libero godimento, che possano formarsi senza dover fronteggiare problemi tecnici eccessivamente costosi e, sotto l'aspetto economico-funzionale, che la divisione non incida sull'originaria destinazione del bene e non comporti un sensibile deprezzamento del valore delle singole quote rapportate proporzionalmente al valore dell'intero, tenuto conto dell'usuale destinazione e della pregressa utilizzazione del bene stesso.

Tali principi, già espressi in precedenti arresti, sono stati ribaditi dalla Suprema Corte in una piuttosto recente decisione (Cass. sent. n. 407/2014).

Con la sentenza n. 406 del 10/01/14 la seconda sezione della Suprema Corte si è, poi, soffermata sulla natura della divisione ereditaria.

Il caso: la ricorrente censurava la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 718 e 720 cod. civ. in quanto nell'assegnare alla convenuta tutti gli immobili in comunione, il Giudice, non avendo preso in considerazione la possibilità della formazione di singole porzioni, avrebbe disapplicato il generale e prevalente principio della divisione in natura dei beni, quando la norma di cui all'art. 720 citato ne costituisce una deroga applicabile esclusivamente nei casi tassativamente indicati da tale norma.

La Corte di cassazione ha accolto il ricorso evidenziando che la sentenza gravata aveva tenuto conto esclusivamente del criterio sancito dall'art. 720 cod. civ. in tema di divisione di immobili non comodamente divisibili, individuando l'assegnatario nel comunista titolare della quota maggiore su ciascuno dei beni immobili caduti in successione.

Da qui, secondo la Suprema Corte, era sorta la necessità di chiarire le caratteristiche della divisione ereditaria per cui, a norma dell'art. 718 cod. civ., ciascun coerede ha diritto alla parte in natura dei beni mobili e immobili dell'eredità, salve le disposizioni degli articoli successivi. In particolare, il principio dell'art. 718 c.c. viene - tra l'altro - derogato dall'art. 720 cod. civ., Esercitando la propria funzione nomofilattica, la Corte, esaltando la lettera della norma, ha quindi chiarito che la deroga alla previsione dell'art. 718 cod. civ., applicabile secondo la discrezionale valutazione del Giudice, è riferibile esclusivamente e tassativamente all'ipotesi in cui singole unità immobiliari siano considerate indivisibili, non potendo trovare applicazione alle ipotesi in cui vi sia una pluralità di beni immobili, laddove è possibile procedere a un progetto che consenta l'assegnazione in natura a ciascun dividendo di porzioni dei beni ereditari.

Sempre la seconda sezione della S.C., con la sentenza n. 22663/2015, ha preso finalmente posizione sull'annosa questione concernente l'individuazione delle ipotesi in cui ai Giudici di merito è concesso sfruttare il proprio "prudente apprezzamento delle ragioni di opportunità e convenienza" al fine di giustificare un'applicazione dell'art. 720 cod. civ. in deroga alla soluzione ordinaria.

I Giudici di legittimità hanno rilevato che la questione sottoposta al loro vaglio era oggetto di contrasto giurisprudenziale anche dinanzi la stessa sezione e, per tale ragione, hanno esposto i due principali orientamenti.

Il primo, più risalente, afferma che è possibile la deroga generale al criterio dell'assegnazione dei beni ereditari al maggior quotista solo se vi sono ragioni di opportunità rispondenti ad esigenze comuni e motivate; il secondo, più recente, sostiene che esiste per i Giudici un potere discrezionale di deroga al criterio della

preferenziale assegnazione, vincolato soltanto all'obbligo dell'adeguata e logica motivazione.

Dopo aver espresso di voler seguire il più recente orientamento, la S.C. ha chiarito che, nell'alveo dei cd. "seri motivi", possono legittimamente essere ricompresi anche gli interessi economici ed individuali del richiedente, affermando un principio nuovo riguardante il valore delle attività commerciali.

Nella decisione della Corte può, quindi, senz'altro ravvisarsi un'interpretazione dell'art. 720 cod. civ. in chiave evolutiva, tesa cioè a soddisfare le esigenze dell'attuale ambiente socio-economico elevando l'interesse economico, inteso quale interesse al mantenimento in vita di un esercizio commerciale, a "motivo serio, idoneo a giustificare" l'applicazione dell'art. 720 cod. civ. in deroga al generale criterio di assegnazione.

avv. Annamaria Crescenzi

In breve:

La questione proposta pone interrogativi senza dubbio provocatori, ma che hanno la finalità di cogliere le eventuali differenze o le possibili aderenze/assimilazioni tra una divisione "ordinaria" ed una divisione "endoesecutiva". Il tema centrale è rappresentato dall'ipotesi di beni caduti nella titolarità di soggetti in forza di una successione ereditaria; ipotesi, che, rappresenta, uno di quei casi in cui la procedura espropriativa immobiliare non può dichiararsi procedibile in assenza della prova della titolarità dei beni e della continuità delle trascrizioni ex art. 2650 c.c., il tutto in coerenza con i recenti orientamenti della Suprema Corte di Cassazione. In generale, ci si chiede in che rapporto si pongano il giudizio di divisione ordinario e quello endoesecutivo in relazione all'accertamento della

titolarità dei beni, *rectius* contitolarità dei beni, nelle ipotesi di acquisti mortis causa (comunione ereditaria). L'interrogativo parte dal dubbio amletico se il giudizio di divisione in genere sia semplice "esecuzione" del diritto a dividere o, se, invece, porti con sè, anche l'"accertamento" del diritto a dividere, almeno nelle ipotesi cc.dd. "di non contestazione". L'atto introduttivo del giudizio è rappresentato da un atto di parte (citazione) che ai sensi dell'art. 476 c.c. rappresenta - quando creditore pignorante sia il coerede- anche una modalità di accettazione tacita dell'eredità, sebbene non trascrivibile.

Ci si chiede se sia troppo azzardato prevedere la possibilità, nei casi di pignoramento di una quota di bene ereditario, con creditore pignorante coerede comproprietario, superare le questione della prova della titolarità del medesimo in capo all'esecutato, attraverso un rinvio ad una divisione endoesecutiva, là dove la stessa possa anche considerarsi accertativa del diritto a dividere sia pure solo attraverso il meccanismo della "non contestazione" da parte del debitore- coerede eventualmente "contumace". Lì dove si possa intravedere una simile soluzione, l'ulteriore quesito provocatorio riguarda la possibilità di trascrizione del provvedimento "implicitamente" accertativo della proprietà.

avv. Simona Romeo