

*La vita di un uomo è un insieme di atti
che si legano indissolubilmente l'uno all'altro,
e deve essere giudicata non nel suo insieme
– sarebbe troppo comodo –
ma atto singolo per atto singolo.*

NORBERTO BOBBIO

Lo scioglimento del rapporto giuridico



6

Fattispecie divisorie

SOMMARIO

6.1. Aspetti generali del fenomeno divisorio. – 6.2. La natura giuridica della divisione. – 6.3. Gli atti diversi dalla divisione di cui all'art. 764 c.c. – 6.4. Divisione e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo. – 6.5. Disposizione della cosa comune da parte di uno dei contitolari e divisione. – 6.6. Disposizione congiunta o separata della cosa comune da parte di tutti i contitolari e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo. – 6.7. Aspetti pubblicitari, fiscali, redazionali.

6.1. *Aspetti generali del fenomeno divisorio*

La divisione è, certamente, lo strumento principe (normale, seppur non esclusivo), predisposto e puntualmente disciplinato dal legislatore, per addivenire allo scioglimento del rapporto di comunione, sia essa incidentale, ovvero volontaria, che si caratterizza per avere quale «elettivo effetto la cessazione di una primitiva contitolarità di diritti», attraverso «l'assegnazione, ai vari compartecipi, in titolarità solitaria, di una porzione individua del bene, o dei beni prima comuni» (cfr. BONILINI, *Divisione*, in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 4^a ed., 1990, 482).

Una parte della dottrina distingue, peraltro, correttamente lo scioglimento dall'estinzione o cessazione della comunione, argomentando, in particolare, dagli artt. 1111 e 2274 c.c., nei quali il legislatore si esprime in termini di scioglimento perché la comunione è sciolta, tuttavia essa non è estinta.

In altri termini, lo scioglimento, in sé inidoneo a costituire diritti individuali in capo ai partecipanti la comunione, sarebbe da riguardarsi come una fase dell'*iter* divisorio, culminante con la ripartizione dei beni comuni, e cioè della fattispecie complessa che realizza l'estinzione del rapporto di comunione (cfr. FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XIII, t. 3, Milano, 1983, 453 ss.).

Altre volte, peraltro, il legislatore utilizza indifferentemente i due termini (cfr. artt. 713 ss. c.c.),

«il che costringe a dire che nel codice le locuzioni “divisione” e “scioglimento della comunione” sono fungibili per quanto alludano a concetti distinti».

FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XIII, t. 3, Milano, 1983, 454.

Da sempre lo sforzo degli interpreti è volto ad individuare i tratti essenziali e caratterizzanti dell'istituto, del quale il legislatore non dà una definizione, e ciò al fine di delinearne correttamente i confini, per una sicura individuazione della disciplina applicabile alle fattispecie concrete.

Punto di arrivo e punto di partenza dell'evoluzione della dottrina italiana in tema di divisione può, senz'altro, considerarsi la riflessione del Mirabelli, il quale, facendo propri i risultati conseguiti dalla critica (cfr. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 15 ss.) alla visione tradizionale, che assimilava la divisione alla permuta, e dalla dimostrazione (cfr. CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1947, 36 ss.) che, nella divisione con conguagli, la natura giuridica del negozio non muta con l'ingresso di somme di denaro estranee alla comunione, individua

«una nozione unitaria di *negozio divisorio*, o meglio di *contratto di divisione*, che, indipendentemente dalla provenienza dei beni che ne formano oggetto e dalla configurazione che ad esso sia stata data, ha come contenuto essenziale l'assegnazione ai compartecipi della comunione di un valore corrispondente alle loro quote e lo scioglimento della comunione, come conseguenza e come giustificazione di tale assegnazione».

MIRABELLI, *Divisione (diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 34.

Questa riflessione costituisce certamente un punto di arrivo, in quanto, respingendo la visione che considera divisione soltanto la ripartizione in natura, coglie l'essenzialità dell'istituto nella sua funzione apporzionatoria, individuando la causa della divisione nello scioglimento della comunione attuato a mezzo dell'assegnazione, a ciascun partecipante, di un valore proporzionale al valore della sua quota.

Questa riflessione ha costituito, altresì, un punto di partenza, in quanto, definendo divisione

«ogni atto od accordo nel quale lo scioglimento sia raggiunto attraverso l'attribuzione di valori proporzionali alle quote ..., quale che sia la forma che ad esso è data (vendita, permuta, ecc.)»

MIRABELLI, *Divisione (diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 35,

prospetta una configurazione dell'istituto tutta incentrata sul profilo funzionale, che, per la sua essenzialità ai fini della disciplina applicabile, finisce per assorbire e rendere irrilevante il profilo strutturale della singola concreta fattispecie divisoria, offrendo così una ricostruzione dell'istituto che, per quanto assai lineare e rassicurante, esige di raccordarsi con l'ineliminabile dato normativo dell'art. 764 c.c., che estende il rimedio rescissorio anche agli *atti diversi* dalla divisione, che abbiano per effetto di far cessare tra i coeredi la comunione dei beni ereditari.

In altri termini, secondo la concezione del Mirabelli, negozio divisorio è quello che viene posto in essere dalle parti allo scopo (causa) di sciogliere la comunione attraverso l'apporzionamento, ed in questa nozione vengono inevitabilmente riassorbiti anche gli *atti diversi* di cui all'art. 764 c.c., che, lungi dal costituire una norma di confine del negozio divisorio, finisce, viceversa, per rappresentarne un elemento funzionale, essenziale e qualificante.

Questa concezione tocca, a ben vedere, un punto nevralgico della nostra civilistica, in quanto la figura, disegnata dall'art. 764 c.c., di un atto diverso dalla divisione, che venga utilizzato dalle parti per produrre lo stesso effetto tipico della divisione, sì da essere sanzionato con il medesimo rimedio rescissorio il difetto di apporzionamento *ultra quartum*, richiama, con immediatezza, la controversa categoria giuridica del negozio indiretto, di recente sottoposta a revisione critica, sotto il profilo che il rilievo dato alla causa concreta del negozio impedirebbe di scorgere, anche solo sotto l'aspetto strutturale, un negozio diverso da quello che dispiega gli effetti giuridici corrispondenti allo scopo previsto (per riferimenti, cfr. VALENZA, *Donazione*

indiretta tra diritto civile e diritto tributario, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 180-181).

Eppure, la norma di cui all'art. 764 c.c. esiste e costituisce, a ben vedere, un serio ed ineludibile banco di prova della configurazione funzionale dell'istituto divisorio, e, sul piano teorico generale, della stessa teoria della causa concreta.

Così, la dottrina prevalente (cfr. GAZZARA, *Divisione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 427; BURDESE, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, VII, 1988, 11; MOSCATI, *Divisione (profili generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XI, 1989, 6), reputando essenziale, per l'equiparazione rescissoria, la funzione apporzionatoria dell'atto estintivo *ex art. 764 c.c.*, finisce per cercare sul piano della struttura traslativa (e/o a carattere soggettivamente non universale: cfr. MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 533 ss.) la sua diversità rispetto alla divisione, che tende, a sua volta e conseguentemente, a restringersi alla fattispecie in natura (cfr. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 179 ss.; SESTA, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, Napoli, 1988, 120 ss.), segnando, così, a ben vedere, un passo indietro rispetto alle conquiste teoriche della dottrina precedente.

Del resto, la stessa dottrina che ricostruisce il negozio divisorio secondo una maggiore diversificazione tipologica, incentrando la configurazione dell'istituto sul profilo funzionale-apporzionatorio, a prescindere dalla concreta struttura negoziale, e caratterizza l'atto diverso *ex art. 764 c.c.* proprio per una difformità di natura funzionale (cfr. MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 c.c. Vendita di quota e transazione tra coeredi*, Milano, 1995, 82), si espone alla facile obiezione che non sarebbe giustificata una equiparazione di disciplina giuridica rispetto a negozi funzionalmente diversi.

Non sembra, infatti, adeguata la replica che l'essenzialità della funzione di scambio per la produzione dell'effetto estintivo non impedisce una limitata equiparazione di disciplina, che operi, cioè,

«soltanto per quegli aspetti, estranei alla funzione negoziale tipica dell'atto, qual è la valutazione economica dei suoi effetti attributivi»

MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 c.c. Vendita di quota e transazione tra coeredi*, Milano, 1995, 82,

in quanto il fondamento di tale replica è, in effetti, contraddittorio, affermandosi che

«l'efficacia traslativa dell'atto non ha di per sé alcuna interferenza con la funzione apporzionatoria né legittima presunzioni interpretative tendenti ad escluderla ... Se Tizio vende a Caio la sua quota ereditaria per un certo prezzo, senza che nel contratto si faccia riferimento a procedure apporzionatorie o a clausole escludenti la commutatività del contratto, allora l'apporzionamento non si può né escludere né presumere. A tale atto il legislatore ha esteso la più favorevole azione di rescissione *ultra quartum*».

MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 c.c.. Vendita di quota e transazione tra coeredi*, Milano, 1995, 80-81, n. 4.

Ed invero, al di là delle espressioni usate dai contraenti, non ci si può esimere dall'accertare la concreta funzione negoziale di ogni singola fattispecie, dipendendo l'individuazione della disciplina applicabile proprio dalla causa del contratto e cioè dalla sintesi funzionale degli interessi che con il negozio le parti hanno inteso comporre e perseguire.

Il problema di individuazione concettuale del negozio divisorio tipico, sotto entrambi i profili strutturale e funzionale, anche rispetto alle fattispecie divisorie diverse di cui all'art. 764 c.c., risulta, in effetti, complicato dall'esistenza di un'altra norma determinante ai fini della configurazione giuridica dell'istituto, qual è l'art. 757 c.c., per il quale

«ogni coerede è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari».

Questa norma, infatti, al di là del significato – di dichiaratività della natura giuridica dell'atto o di semplice retroattività degli effetti – che le varie posizioni dottrinali vi hanno voluto cogliere, sta indubbiamente a rappresentare un peculiare ed essenziale profilo di disciplina giuridica, volto ad escludere qualsiasi nesso derivativo della titolarità solitaria conseguita dal singolo condividente, rispetto alla posizione giuridica degli altri ex contitolari.

Nell'ambito del fenomeno divisorio non sembra, così, essere interamente percorribile una prospettiva che privilegi esclusivamente il profilo funzionale a prescindere dalla struttura della fattispecie con-

creta, in quanto il profilo strutturale sembra non essere irrilevante proprio alla luce della norma dell'art. 757 c.c., che, per la sua sicura eccezionalità, può essere interpretata estensivamente, ma non certo analogicamente.

Così non sembra potersi svalutare la diversità strutturale della fattispecie in cui il bene comune venga assegnato ad un solo comunista, il quale attribuisca a ciascuno degli altri (c.d. permuta a forchetta o plurilaterale, su cui v., anche, *infra*, par. 6.3) un proprio bene individuale, ovvero di quella in cui il bene comune, pur comodamente divisibile (ad esempio fabbricato composto da due appartamenti in comune a due comproprietari), venga assegnato per intero ad un comproprietario, il quale paghi all'altro una somma di danaro, ricorrendo, in quest'ipotesi, una fattispecie traslativa riconducibile alla vendita di quota, mentre si rimane, certamente, nell'ambito del negozio tipico di divisione quando l'ingresso dei conguagli in denaro dipenda esclusivamente dalla impossibilità di dividere esattamente i beni in natura (cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 34), ovvero, quando, sempre per la non comoda divisibilità dei beni, o per le necessità del pagamento dei debiti ereditari, si dia luogo ad incanto, in cui uno dei comunisti risulti aggiudicatario (arg. ex artt. 719; 720; 2646 c.c.).

Da questo punto di vista, la norma dell'art. 764 c.c. assume un significato ed un'utilità particolari proprio se riguardata alla luce del disposto dell'art. 757 c.c.

In altri termini, nell'ambito del fenomeno divisorio, il giusto rilievo, che pure deve essere dato al profilo della concreta funzione apportionatoria del negozio, non può spingersi – come invece avviene o può avvenire negli altri settori dell'attività negoziale, secondo la recente critica alla categoria giuridica del negozio indiretto – fino al punto di negare qualsiasi rilevanza al profilo strutturale della fattispecie, attesa la differente disciplina giuridica applicabile, anche sotto il profilo pubblicitario, alla struttura traslativa, rispetto a quella che esclude ogni nesso di derivatività tra le posizioni giuridiche dei dividendi.

Il profilo pubblicitario non è, peraltro, l'unico profilo disciplinare in cui possa avere rilevanza distinguere tra effetto derivativo ed effetto non derivativo: si pensi al diritto patrimoniale della famiglia, essendosi chiarito in dottrina che il conguaglio, quando costituisce modalità di esecuzione della divisione, non essendo idoneo ad alterare la struttura e la natura giuridica del negozio, non determina l'acquisto di parte ideale del bene alla comunione legale dell'assegnatario

(cfr. FINOCCHIARO-FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, 877; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1989, 268-269); conclusione questa, che non potrebbe certo sostenersi, qualora il conguaglio costituisse in realtà corrispettivo di un negozio a struttura traslativa, come nell'ipotesi di comoda divisibilità del bene comune.

Rientra, peraltro, nell'ambito del negozio tipico di divisione anche quella fattispecie, in cui, dell'unico bene comune *indivisibile*, la nuda proprietà venga assegnata ad un dividente ed il diritto di usufrutto all'altro, in quanto il frazionamento immateriale del diritto di (com)proprietà, dal quale originano diritti (come quello di usufrutto) prima inesistenti, costituisce, al pari dell'aggiudicazione all'incanto in favore di un comunista, uno dei possibili sbocchi necessitati dall'indivisibilità del bene.

6.2. La natura giuridica della divisione

La natura giuridica della divisione ha, da sempre, formato oggetto di accese dispute dottrinali, anche se il riconoscimento della natura dichiarativa o di quella costitutivo-distributiva non dipende, a ben vedere, da intrinseche esigenze di logica giuridica, com'è dimostrato dall'evoluzione storica dell'istituto, dal diritto romano alle codificazioni moderne (cfr. l'emersione del principio dichiarativo nell'art. 883 *codice Nap.*, e l'affermazione del carattere costitutivo, nella dottrina tedesca, in WESTPHOLS, *System der lehre von den einzel Vermächtnisarten und der Erbtheilungs-Klage*, Leipzig, 1881, II, 485; WACHTER, *Pandeixten*, Leipzig, 1881, II, 485), ma piuttosto dalla sensibilità che il legislatore ha dimostrato di avere verso innegabili esigenze pratiche, la cui considerazione non può mai, comunque, arrivare ad appannare

«il dato reale dell'incancellabilità della parentesi dell'indivisione, che è antecedente logico, e cronologico della divisione».

BONILINI, *Divisione*, in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1990, 485.

È, infatti, ormai riconosciuto che sono state proprio le esigenze pratiche di evitare una duplicazione di imposte sui trasferimenti e quelle di sicurezza giuridica dei coeredi, rispetto alle ipoteche con-

cesse, durante la comunione, da uno di loro su beni assegnati poi con la divisione ad altri, a costituire la ragione di una particolare disciplina che introduce un regime di retroattività degli effetti, che, nella divisione ereditaria, si riannoda, altresì, all'esigenza – tutta particolare del sistema successorio – di assicurare una continuità della titolarità dell'erede rispetto alla posizione giuridico-patrimoniale del defunto, ma che trova applicazione anche in tema di estinzione della comunione ordinaria, traducendosi nell'esclusione di qualunque nesso di derivatività tra le posizioni giuridiche dei comunisti.

È innegabile la suggestione che hanno esercitato la teoria della surrogazione reale del Cicu, che facendo leva sull'art. 2825 c.c. afferma che il passaggio dalla comunione alla proprietà esclusiva non determina un mutamento sostanziale del diritto, ma soltanto del suo oggetto (cfr. CICU, *Successioni per causa di morte*, Parte generale: *Divisione ereditaria*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1961, 391 ss.; 414), e quella della proprietà incerta del Branca, secondo cui, durante la comunione, il diritto è della collettività, intesa come *universitas*, e cioè di un *corpus incertum*, in quanto ancora non si conoscono i titolari esclusivi delle singole porzioni, mentre il godimento non è collettivo, ma individuale di ciascuno dei comunisti, assurgendo al rango di un autonomo e distinto *ius in re*, e la divisione avrebbe proprio la funzione di accertare concretamente la porzione di ciascun partecipante (cfr. BRANCA, *Comunione, Condominio negli edifici*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 6^a ed., 1982, 5-10; 342 ss.).

Non può, peraltro, negarsi rilevanza alla teoria del Forchielli, che incentra la configurazione dell'istituto divisorio sulla funzione distributiva, che racchiude in sé l'idea di una modificazione più che di una dichiarazione o di un accertamento (cfr. FORCHIELLI, in FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2^a ed., 2000, 65; 688).

Sembra, invece, assai sterile l'approccio di chi sottolinea il profilo della finzione della configurazione retroattiva, in quanto la norma giuridica si pone sempre, a ben vedere, in rapporto di disciplina e, quindi, di alterità rispetto alla realtà materiale cui si rivolge.

E l'essenza della disciplina giuridica della divisione è proprio quella di regolare il fenomeno empirico escludendo qualunque nesso di derivatività tra le posizioni giuridiche dei comunisti, analogamente, del resto, a quella che si è visto essere l'essenza della disciplina propria del contratto per persona da nominare, che esclude qualunque nesso di derivatività tra la posizione giuridica dello stipulante e quella dell'*electus* (cfr. *supra*, cap. 4, par. 7).

Una conferma della correttezza di siffatto approccio, che si sforza di rimanere quanto più possibile aderente al diritto positivo, rifugiando dall'adesione aprioristica a parziali, per quanto suggestive, ricostruzioni teoriche, è data dalla considerazione che la stessa retroattività degli effetti del negozio divisorio non è generale dal momento che rimane ferma la distribuzione dei frutti operata durante la comunione e che è, quanto meno, assai dubbio che il terzo possessore di un bene comune possa giovare della retroattività degli effetti divisorii, nell'ipotesi in cui, trovandosi tra i condividenti un soggetto rispetto al quale sussista una causa di sospensione dell'usucapione, il bene venga poi assegnato ad altro soggetto rispetto al quale non sussistano cause di sospensione.

La giurisprudenza, dopo essere stata per anni ferma sul carattere dichiarativo dell'istituto, argomentato direttamente dall'art. 757 c.c., secondo l'affermazione ricorrente che

Giurisprudenza 

«anche per il codice attuale la divisione conserva efficacia dichiarativa ... principio espressamente enunciato nell'art. 757»

Cass. 4 gennaio 1969, n. 8,

più recentemente ha sostenuto una teoria, che sembra attribuire alla divisione, contemporaneamente, doppia natura, e precisamente dichiarativa, con efficacia *ex tunc*, per quella parte che abbia ad oggetto l'assegnazione di beni comuni proporzionali rispetto alle quote e costitutiva, con efficacia *ex nunc*, per quella parte che abbia ad oggetto l'assegnazione di beni comuni eccedenti rispetto alle quote.

Si è, in particolare, affermato che

Giurisprudenza 

«Il principio della natura dichiarativa della sentenza di divisione opera esclusivamente in riferimento all'effetto distributivo, per cui ciascun condividente è considerato titolare, sin dal momento dell'apertura della successione, dei soli beni concretamente assegnatigli e a condizione che si abbia una distribuzione dei beni comuni tra i condividenti e le porzioni a ciascuno attribuite siano proporzionali alle rispettive quote; non opera invece e la sentenza produce effetti costitutivi, quando ad un condividente sono assegnati beni in eccedenza rispetto alla sua quota, in quanto rientranti nell'altrui quota»

Cass. 24 luglio 2000, n. 9659;

«Il principio della natura dichiarativa della divisione, che opera inderogabilmente con esclusivo riguardo alla retroattività dell'effetto distributivo (per cui ogni convivente è considerato titolare, sin dal momento dell'apertura della successione, dei soli beni concretamente assegnatigli), si applica solo qualora le porzioni del complesso attribuite a ciascun convivente siano proporzionali alle rispettive quote di partecipazione alla comunione. Non si applica, invece, qualora ad un convivente sia assegnata, oltre a quella di sua pertinenza secondo il detto criterio, anche la porzione corrispondente alla quota di un altro convivente, in base, ad esempio, all'art. 720 c.c.. In tale fattispecie, infatti, la pronuncia ha effetto traslativo-costitutivo ed efficacia *ex nunc* in relazione alla porzione dei beni comuni che il titolare della corrispondente quota cede in cambio di un corrispettivo e l'eventuale credito per conguaglio sorge solo a partire dalla pronuncia giudiziale, definitiva o provvisoriamente esecutiva, di scioglimento della comunione e di assegnazione ad uso soltanto dei conviventi».

Cass. 29 aprile 2003, n. 6653.

Queste ultime decisioni sono state, peraltro, rese in fattispecie, nelle quali la questione giuridica da risolvere era quella di stabilire il momento cui fare risalire la nascita del credito per conguaglio, e la soluzione indicata nel senso di individuare proprio nell'atto definitivo (o provvisoriamente esecutivo) di divisione la fonte di tale credito si impone, in quanto il credito da conguaglio costituisce un diritto di credito nuovo, che non ha costituito oggetto della primitiva comunione.

Questa soluzione non è, tuttavia, incompatibile con l'affermazione che, rispetto ai beni comuni, l'art. 757 c.c. esclude qualsiasi nesso derivativo tra le posizioni dei comunisti, salvo che la compensazione con conguagli in danaro dell'eccedenza di valore di talune porzioni materiali rispetto alle corrispondenti quote astratte sia dipesa, non già dalla indivisibilità o non comoda divisibilità di taluni beni comuni, ma da una precisa scelta negoziale dei comunisti; in tale ipotesi, peraltro, non sembra possibile riconoscere una doppia contemporanea natura al negozio, attesa la struttura unitaria dello stesso, e la rilevanza che l'ordinamento dimostra di riconoscere, nell'art. 764 c.c., alla volontà negoziale dei comunisti, manifestatasi nel senso di ritenere essenziale per i propri interessi l'adozione di uno schema di scambio.

In altri termini, se l'ingresso dei conguagli trae la sua giustificazione dall'oggettiva indivisibilità o non comoda divisibilità di alcuni beni comuni, deve essere ribadito il principio che, rispetto ai beni comuni, esclude qualunque nesso di derivatività tra le posizioni giuridiche dei comunisti, in quanto, allo stesso modo della divisione in natura,

«non realizza una successione agli altri partecipanti il condividente che si vede assegnata per intero la cosa, perché non divisibile in natura, dietro compenso in denaro a coloro che restano totalmente esclusi dal diritto sulla stessa»

PALAZZO, *Comunione*, in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, 181,

mentre, in caso contrario, quando, cioè, i beni comuni siano comodamente divisibili e, ciononostante, i comunisti decidano di assegnarli in misura maggiore, rispetto alla corrispondente quota astratta, a taluni di essi, compensando l'eccedenza con somme di danaro o con altri beni non comuni, deve riconoscersi un rapporto derivativo tra le posizioni degli stessi, in quanto essi hanno ritenuto essenziale, per i loro interessi, l'adozione di uno schema di scambio, che integra proprio uno degli atti diversi di cui all'art. 764 c.c.

Ritornando all'analisi del negozio tipico divisorio, se ne può ulteriormente cogliere la natura giuridica, definendolo come un accordo di due o più parti per estinguere un rapporto giuridico patrimoniale corrente tra di loro, qual è il rapporto di comunione, e precisamente come un contratto consensuale:

- ad effetti reali, anche se idoneo a far, altresì, scaturire effetti obbligatori, quali gli obblighi reciproci di garanzia e le obbligazioni di conguaglio;

- formale, quando abbia ad oggetto diritti reali su beni immobili (cfr. art. 1350, n. 11, c.c.);

- di straordinaria amministrazione (cfr. artt. 320 e 375 c.c.), anche con riferimento al condividente fallito, in quanto il potere autorizzatorio del giudice delegato discende non dall'articolo 35 della Legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), che non include la divisione, ma dall'art. 25, n. 6 della stessa legge, per il quale, appunto, «il giudice delegato ... autorizza il curatore a compiere gli atti di straordinaria amministrazione, salvo quanto disposto dall'art. 35», mentre quest'ultimo articolo – la tassatività delle cui indicazioni è, peraltro, contestata da una parte della dottrina (cfr. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 99) – si limita a richiedere, per taluni atti, la necessità del parere del comitato dei creditori, prevedendo, in caso di valore indeterminato o superiore a € 103,29, lo spostamento di competenza in favore del tribunale, e non potendosi, d'altra parte, negare che, pur se la funzione liquidativa della curatela fallimentare rende la divisione un atto dovuto, possano effetti pregiudizievoli derivare alla massa dei creditori dalle concrete modalità con cui si attua

la divisione, ragion per cui si rende necessaria la preventiva autorizzazione del giudice delegato (*contra* MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 117-121);

– oneroso ed a prestazioni corrispettive, dovendosi respingere la tesi (cfr. FRAGALI, *op. cit.*, 505-506), che esclude tale carattere, non qualificando come prestazione il conseguimento di una porzione materiale di beni in quanto già in titolarità del condividente, né come corrispettiva l'obbligazione di conguaglio pure già in titolarità del condividente in quanto surrogatoria di una porzione di bene comune, attesa l'interdipendenza delle attribuzioni reciproche, tra loro in rapporto di equivalenza, sebbene qui intesa in termini di proporzionalità (cfr. GAZZARA, *op. cit.*, 422; BONILINI, *op. cit.*, 491);

– eventualmente plurilaterale senza comunione di scopo (cfr. FORCHIELLI, *op. cit.*, 17-18; e v., *infra*, par. 6.4);

– estintivo di un rapporto plurisoggettivo (causa) mediante assegnazione (*rectius*: distribuzione-attribuzione) in titolarità esclusiva a ciascun comunista di una porzione di beni il cui valore si ponga in rapporto di proporzionalità rispetto al valore della quota (contenuto) (cfr. MIRABELLI, *op. cit.*, 35; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2^a ed., 2000, 11 ss.), dovendosi, peraltro, escludere qualsiasi rapporto di derivatività tra le posizioni giuridiche dei condividenti (cfr. LENER, *La comunione*, in *Tratt. Rescigno*, 8, *Proprietà*, II, Torino, 2002, 363).

Si esclude pacificamente che rientrino nell'ambito del fenomeno divisorio, in quanto, pur determinando la cessazione del rapporto di comunione, non sono diretti alla estinzione dello stesso intercorrente tra due soli comunisti, la donazione che l'uno faccia del proprio diritto in favore dell'altro; la rinuncia abdicativa; l'acquisto *iure hereditario*; nonché, quando il rapporto intercorra anche tra più comunisti, l'usucapione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari o di un terzo; la cessione onerosa di tutte le quote, con atti separati, a sé stanti, ad un terzo; l'acquisto *mortis causa*, a titolo universale, ovvero particolare, di tutte le quote ad opera di uno di essi, ovvero di un terzo; la donazione di tutti i beni comuni ad uno di essi ovvero ad un terzo; la scadenza del termine finale o il verificarsi della condizione risolutiva apposti al contratto costitutivo della comunione (cfr. PALAZZO, *Comunione*, in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, 180; MOSCATI, *op. cit.*, 3; BUSNELLI, *Comunione ereditaria*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 282; FRAGALI, *op. cit.*, 462 ss.; MORA, *op. cit.*, 86 s.).

Sono, invece, qualificabili come divisione, la ripartizione del ricavato dalla vendita del o dei beni comuni fatta da tutti i condividenti ad un terzo, ovvero l'acquisto dei beni comuni *indivisibili* da parte di uno o più condividenti all'incanto (arg. *ex art.* 757 c.c.), nonché ogni ipotesi di cessazione della comunione fra gruppi di condividenti, ovvero riguardo ad alcuni soltanto dei beni o dei condividenti: nel primo caso nuove comunioni si sostituiscono a quella originaria estinta in forza della divisione, nella quale le nuove trovano titolo, negli altri due si ravvisano rispettivamente divisioni oggettivamente o – c.d. stralcio di quota – soggettivamente parziali (cfr. BONILINI, *op. cit.*, 484; MIRABELLI, *op. cit.*, 34-35; CASULLI, *Divisione ereditaria (Diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 43; FORCHIELLI-ANGELONI, *op. cit.*, 32-33).

6.3. *Gli atti diversi dalla divisione di cui all'art. 764 c.c.*

Risulta, a questo punto, più agevole precisare la nozione degli atti diversi dalla divisione, di cui all'art. 764 c.c.: possono considerarsi rientrare in questa categoria tutti quegli atti che siano *diretti* a produrre (in altri termini producano non occasionalmente: cfr. FORCHIELLI, *op. cit.*, 742) l'estinzione della comunione, attraverso l'adozione di uno schema negoziale di scambio, che le parti giudichino essenziale per i loro interessi.

È necessario, a questo punto, chiedersi, dal punto di vista della struttura e della funzione, se requisito necessario dell'atto, perché questo possa considerarsi rientrare nella categoria negoziale sommariamente delineata all'art. 764 c.c., sia, da un lato, l'effetto estintivo integrale della comunione o se, viceversa, possa ritenersi sufficiente un effetto estintivo limitato ad un comunista, come nel caso di cessione di quota stipulata soltanto tra due dei partecipi alla comunione e, dall'altro, se requisito necessario debba, altresì, essere considerato l'intento apporzionatorio delle parti dell'atto, nel senso di considerare il corrispettivo dell'attribuzione traslativa, quale corrispondente economico della quota astratta del partecipante alla comunione.

Altro interrogativo, che occorre necessariamente porsi, è quello volto a verificare se l'equiparazione – operata dall'art. 763 c.c. – degli atti diversi dalla divisione dallo stesso articolo contemplati debba considerarsi limitata alla fruibilità del rimedio rescissorio tipico della divisione o se, viceversa, possa estendersi ad altri profili disciplinari.

Con riguardo al primo interrogativo, benché la lettera della norma, col fare riferimento all'atto che "abbia per effetto di far cessare tra i coeredi la comunione dei beni ereditari", sembrerebbe richiedere l'integralità della cessazione della comunione ed in tal senso si sia espressa la dottrina prevalente (cfr. BUSNELLI, *op. cit.*, 282; FRAGALI, *op. cit.*, 552; MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, 27; SESTA, *op. cit.*, 101), anche senza aderire alla tesi di chi ha ravvisato proprio nella parzialità dell'effetto estintivo l'elemento essenziale che caratterizza la diversità degli atti *ex art.* 764 c.c. dalla divisione (cfr. MOSCARINI, *op. cit.*, 540-541 e 550), si può affermare che se le parti hanno inteso concludere un contratto non aleatorio, ma commutativo, determinando il corrispettivo della quota ceduta in termini di frazione del valore della comunione, non sarebbe logico privare le parti del rimedio rescissorio.

Ed infatti,

«se si sostiene che la *ratio* dell'estensione operata dall'art. 764 è da individuarsi nell'identità dell'interesse, tutelato così dalla divisione come dagli atti equiparati, a conseguire la propria parte di beni ereditari o comunque attribuzioni patrimoniali di valore proporzionale alla propria quota ... non v'è ragione per reputare essenziale la cessazione integrale della comunione».

MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 c.c. Vendita di quota e transazione tra coeredi*, Milano, 1995, 62.

Con riguardo al secondo interrogativo, merita un'attenta considerazione la tesi di chi, contro la dottrina dominante, ha ritenuto sufficiente, ai fini dell'equiparazione, che l'atto persegua la finalità estintiva, anche se mancante dell'intento apporzionatorio, applicando il rimedio rescissorio ad ogni atto oneroso, estintivo della comunione, non aleatorio e non transattivo, qualora sussista una obiettiva lesione, ma indipendentemente dal requisito di proporzionalità delle assegnazioni (cfr. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, 30; ID., *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 c.c. Vendita di quota e transazione tra coeredi*, Milano, 1995, 65 ss.).

Questa dottrina argomenta dal dato letterale dell'art. 765 c.c., secondo il quale – letto *a contrario* – l'azione di rescissione sarebbe ammessa anche contro la vendita del diritto ereditario fatta "con" frode (cioè con la consapevolezza, taciuta alla controparte, del reale valore della quota: *id est* reticenza o dolo omissivo) ad uno dei coeredi, a suo rischio e pericolo, da parte degli altri coeredi o di uno di essi, e cioè anche contro un atto che non può certo dirsi caratterizza-

to da una funzione apporzionatoria per la presenza della clausola a rischio e pericolo.

Si è, d'altra parte, osservato che se la vendita di quota è irrescindibile soltanto se conclusa a rischio e pericolo, qualora non vi fosse tale clausola, la vendita rimarrebbe soggetta al rimedio rescissorio, benché non possa, in concreto, ricavarsi dal contratto un dichiarato intento apporzionatorio (cfr. MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 c.c.. Vendita di quota e transazione tra coeredi*, Milano, 1995, 77).

In realtà, sembra di poter affermare che la legge, mentre considera la vendita di eredità o di coeredità fatta ad un estraneo un contratto aleatorio a prescindere dall'inserimento di un'espressa clausola "a rischio e pericolo" (cfr. FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, Torino, 1957, 169 ss.; CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988, 185), qualora, invece, il contratto sia stipulato tra coeredi, dovendosi presumere che gli stessi conoscano il valore dell'asse ereditario, il contratto dovrebbe considerarsi commutativo ed il corrispettivo determinato in funzione del valore della quota (funzione apporzionatoria) e perciò soggetto all'azione di rescissione, salvo che le parti abbiano espressamente inserito la clausola "a rischio e pericolo", o possa, comunque, desumersi dal contratto la volontà di concludere un contratto aleatorio.

Anche in questa ipotesi, tuttavia, sarebbe ammessa l'azione di rescissione per lesione *ultra quartum*, con funzione sanzionatoria del comportamento sleale di una delle parti, che avesse dolosamente taciuto all'altra la sua conoscenza del reale valore della quota.

Sembra, quindi, di poter affermare che, nella vendita di quota tra coeredi, sussista una valutazione presuntiva, da parte dell'ordinamento, dell'intento apporzionatorio, che fa salva la prova contraria.

Entro questi limiti, si può confermare, pertanto, la necessità dell'intento apporzionatorio per l'ammissibilità dell'azione di rescissione.

Con riguardo al terzo interrogativo, dovendosi, da un lato, escludere l'applicabilità del principio di non derivatività delle posizioni giuridiche dei comunisti, attesa la struttura traslativa dell'atto diverso dalla divisione *ex art. 764 c.c.*, e, dall'altro, ritenere, viceversa, applicabile il principio dell'irrilevanza dell'errore, per il carattere assorbente del rimedio rescissorio per lesione *ultra quartum* (cfr. MIRAGLIA, *op. ult. cit.*, 29), la questione, a ben vedere, si riduce a verificare se l'equiparazione possa riguardare anche la speciale disciplina della garanzia per evizione di cui agli artt. 758 e 759 c.c., caratterizzata dal principio della irresolubilità della divisione e della riparti-

zione proporzionale, tra tutti i condividenti, della perdita subita da uno di essi a causa dell'evizione.

Parte della dottrina (cfr. BURDESE, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 11) esclude questa possibilità, attribuendo prevalenza all'efficacia traslativa dell'atto rispetto alla sua funzione apporzionatoria.

Questa conclusione viene contestata da altra parte della dottrina, sulla base della considerazione che l'utilizzo di schemi traslativi non sarebbe in sé rivelatore di interessi ulteriori rispetto a quello tipico del condividente (cfr. MIRAGLIA, *op. ult. cit.*, 49), affermazione quest'ultima sicuramente criticabile in quanto, come si è visto, gli atti diversi, di cui all'art. 764 c.c., sono caratterizzati proprio dall'essere diretti a produrre l'estinzione della comunione, attraverso l'adozione di uno schema negoziale di scambio, che le parti abbiano giudicato essenziale per i loro interessi.

Ciò non toglie che, nel caso concreto, la valutazione degli interessi delle parti possa condurre ad escludere la risoluzione del contratto per il verificarsi di un fatto evizionale, quando, ad esempio, nell'ipotesi della cosiddetta permuta a forchetta (v. *supra*, par. 6.1), le attribuzioni aventi ad oggetto diritti non comuni siano state prese in considerazione dalle parti non per l'essenzialità dell'oggetto, ma unicamente per il loro valore di scambio, sì da potersi configurare una *datio in solutum* rispetto ad una obbligazione di conguaglio in danaro, nella quale ipotesi il fatto evizionale, che colpisca una delle attribuzioni medesime, non potrà comportare, né la risoluzione dell'intero contratto, né una ripartizione della perdita con il permutante destinatario dell'altra attribuzione, ma soltanto il diritto al valore del bene o al conguaglio in danaro nei confronti del soggetto trasferente il bene evitto, oltre al risarcimento del danno (arg. *ex* art. 1197, comma 2).

Infine, a completamento dell'analisi delle figure giuridiche che rientrano o meno nella categoria degli atti diversi dalla divisione *ex* art. 764 c.c., occorre esaminare il disposto dell'art. 764, comma 2, c.c., secondo il quale

«l'azione non è ammessa contro la transazione con la quale si è posto fine alle questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima, ancorché non fosse al riguardo incominciata alcuna lite»,

e prendere in considerazione la distinzione tra divisione transattiva e transazione divisoria.

Si afferma, in giurisprudenza, che

Giurisprudenza 

«pur nell'esistenza di un originario contrasto fra le parti, comune alle due ipotesi, sussiste una divisione transattiva ove si riscontri la preminente contemporanea esistenza degli elementi dell'attribuzione di valori proporzionali alle quote e dello scioglimento della comunione; ricorre la transazione divisoria quando con l'atto che pone fine alla comunione i conviventi, allo scopo di evitare una lite che potrebbe insorgere o di comporre una già insorta, si accordano sull'attribuzione di beni senza procedere al calcolo delle porzioni corrispondenti alle quote di partecipazione alla comunione».

Cass. 6 agosto 1997, n. 7219.

Appare chiaro come solo l'accertamento dell'effettiva volontà delle parti nel senso del perseguimento o meno dell'intento apporzionatorio rilevi ai fini dell'inquadramento dell'atto nella prima o nella seconda figura con la conseguente esperibilità, ovvero esclusione del rimedio rescissorio, che, disposto allo scopo di tutelare la proporzionalità tra porzioni e quote, non può essere invocato laddove da tale proporzionalità volutamente si prescinda, pur addivenendo al risultato di far cessare la comunione.

Secondo una parte della dottrina si tratterebbe di contratti misti (cfr. MOSCARINI e CORBO, *Transazione (Diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 4 e 20); secondo altra parte della dottrina di contratti collegati (cfr. PALAZZO, *Transazione*, in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 410); secondo l'opinione prevalente, invece, nonostante il *nomen iuris* ricorrente, si tratta, nel primo caso, di vera e propria divisione e, nel secondo, di vera e propria transazione, come tale non rescindibile, presentando, ciascuna, un proprio, unico ed autonomo profilo causale (cfr. MIRABELLI, *Transazione e divisione*, nota a Cass. 18 giugno 1951, n. 1617, in *Foro it.*, 1952, 41; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. 2, Milano, 2^a ed., 2002, 710).

Accolta quest'ultima impostazione, occorre riconoscere come, seppure l'art. 764 sembri letteralmente fare riferimento esclusivamente alla transazione *post* divisoria, che abbia posto fine alle questioni insorte a causa della divisione o dell'atto ad essa equiparato (circa interpretazione, attuazione del contratto, ecc.), nel suo ambito di applicazione, in realtà, vada ricompresa ogni ipotesi di transazione (divisoria), indipendentemente dal fatto che intervenga successivamente all'estinzione del rapporto di comunione, ovvero la attui.

E, così, si dovrà individuare una divisione transattiva (*rectius*: divisione) nell'atto che ponga fine ad una comunione mediante appor-

zionamento, preceduto dalla composizione di un conflitto avente ad oggetto operazioni divisionali e, precisamente, valutazione dei beni, formazione o composizione ed assegnazione delle porzioni, determinazione dei conguagli, vale a dire di un conflitto non giuridico, il che esclude che possa ritenersi conclusa anche una transazione, bensì meramente economico (cfr. SESTA, *op. cit.*, 183-185; MORA, *op. cit.*, 220-221; Cass. 2 febbraio 1994, n. 1029).

Non si può, infatti, condividere il rilievo critico (cfr. ANGELONI, in FORCHIELLI-ANGELONI, *op. cit.*, 751-752, nota 4), per cui il conflitto sulla valutazione economica dei beni comuni si risolverebbe, a ben vedere, in un conflitto giuridico, riguardando il diritto di ciascun dividendo al rispetto della disciplina relativa alle operazioni divisionali, in quanto non è in questione la spettanza a ciascun dividendo di tale diritto, ma, soltanto, un giudizio tecnico, dagli elevati margini di discrezionalità, quale è, in ogni caso, quello di stima.

Per contro, integrerà la figura della transazione divisoria (*rectius*: transazione, la cui irrescindibilità è sancita, in via generale, dall'art. 1970 c.c.) l'atto che estingue una comunione prescindendo dalla proporzionalità tra porzioni e quote e, contemporaneamente, mediante reciproche concessioni, ponga fine, ovvero prevenga una lite, risolvendo un conflitto di natura giuridica, afferente la titolarità dei diritti dei dividendi – ai fini della partecipazione di taluno all'atto divisionale – l'entità delle rispettive quote di diritto, l'obbligo di collazione o imputazione (transazioni infradivisorie).

6.4. *Divisione e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*

È principio indiscusso e consolidato che, affinché il contratto di divisione produca lo scioglimento della comunione, sia necessaria la partecipazione ad esso di tutti i contitolari; in mancanza, l'atto di divisione non solo è improduttivo di effetti nei confronti dei non partecipanti, ma è, altresì, nullo tra gli stessi soggetti partecipanti.

È infatti ricorrente, in giurisprudenza, la massima, per la quale

Giurisprudenza 

«La divisione alla quale non abbiano partecipato tutti i comproprietari dei beni divisi è inficiata da nullità assoluta, deducibile non solo dai comproprietari rimasti assenti, ma anche dai dividendi ... Ciò non esclude, peraltro, che la divisione pos-

sa essere consensualmente compiuta solo nei confronti di uno o alcuni dei partecipanti, che intendano uscire dalla comunione. Ma, anche in tal caso, occorre il consenso di tutti, perché l'uscita di qualcuno importa pur sempre una modificazione patrimoniale rispetto a tutti».

Cass. 19 gennaio 1971, n. 104.

La nullità è sanzionata per difetto funzionale, proprio perché la mancata partecipazione anche di uno solo dei condividenti impedisce l'estinguersi del rapporto di comunione mediante apporzionamento, ossia il realizzarsi della causa del contratto (cfr. MORA, *op. cit.*, 217).

Nella divisione giudiziale tale principio sostanziale si traduce in quello processuale del litisconsorzio necessario, di cui all'art. 784 c.p.c., in applicazione del quale si afferma che

Giurisprudenza 

«Il giudizio di divisione ereditario deve svolgersi in ogni grado con la partecipazione di tutti i coeredi, altrimenti la sentenza è *inutiliter data*».

Cass. 14 marzo 1973, n. 727.

Le menzionate pronunce giurisprudenziali evidenziano chiaramente quello che la dottrina più attenta ha definito il carattere soggettivamente "universale" del negozio tipico di divisione, nel senso che l'estinzione della comunione, sia essa totale, ovvero soggettivamente parziale, impone, per la validità del contratto, che ad esso partecipino tutti i comproprietari. (cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *op. cit.*, 46-49; MIRABELLI, *op. cit.*, 34).

Il punto è rilevante ai fini del procedimento di conclusione del contratto, che si perfeziona, quando non contestualmente sottoscritto (e/o approvato) da tutti i condividenti (contratto a formazione istantanea), solo nel momento in cui sia stato manifestato il consenso di ciascuno (contratto a formazione progressiva) e non sia anteriormente intervenuta revoca da parte di alcuno di coloro che già lo avevano reso (cfr. BONILINI, *op. cit.*, 491; GAZZARA, *op. cit.*, 425).

Al principio dell'universalità soggettiva del negozio tipico di divisione, valido sia in tema di comunione ereditaria, sia in tema di comunione ordinaria, corrisponde il principio dell'universalità oggettiva, operante, peraltro, come ha rilevato la dottrina più attenta (cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *op. cit.*, 44-46), soltanto nell'ambito della divisione ereditaria.

Riservandoci di ritornare sul principio dell'universalità oggettiva,

con riguardo, invece, a quello di universalità soggettiva, si deve precisare che la nullità della divisione per mancata partecipazione di alcuno dei comunisti si ha soltanto quando i contitolari che partecipano alla divisione ripartiscano tra di loro tutto il patrimonio ereditario o tutta intera la cosa comune; altra ipotesi è quella in cui essi riservano agli assenti beni o porzioni materiali corrispondenti alla loro quota.

Si è, infatti, affermato in giurisprudenza, che

Giurisprudenza 

«il contratto con cui alcuni degli eredi fissano le modalità di ripartizione del patrimonio ereditario fra tutti i partecipanti alla comunione ereditaria (*quomodo dividendum sit*) ed assegnano a ciascuno la porzione spettantegli, vincolandosi all'osservanza del concordato assetto d'interessi, è valido in quanto, non determinando direttamente lo scioglimento della comunione, non configura una vera e propria divisione ereditaria, per la cui validità (soltanto) è richiesta la partecipazione di tutti i coeredi alla sua conclusione; in tale ipotesi si ha un contratto perfetto in tutti i suoi elementi essenziali, immediatamente vincolante ed efficace fra le parti contraenti e destinato a conseguire il suo effetto definitivo, consistente nello scioglimento della comunione ereditaria, mediante la successiva adesione dei coeredi assenti ...; siffatta adesione, ove i contraenti non abbiano diversamente disposto, può essere utilmente manifestata fino a quando il vincolo obbligatorio derivante dal contratto non sia stato sciolto per effetto di un contrario comune accordo dei contraenti o non sia intervenuto un provvedimento giudiziale di divisione che, essendo incompatibile con la ripartizione consensuale dei beni in esso prevista, ne renda impossibile l'estensione agli altri soggetti della comunione ereditaria».

Cass. 10 giugno 1982, n. 3529.

La fattispecie concreta venuta all'esame della giurisprudenza è quella di una *convenzione divisoria* con la partecipazione di alcuni soltanto dei contitolari, i quali si obbligano ad una certa ripartizione dei beni, che contempra anche le porzioni spettanti ai contitolari assenti, i quali avranno, così, la possibilità di aderire successivamente alla convenzione, consentendo alla stessa di produrre il definitivo effetto reale dello scioglimento della comunione (cfr. VALENZA, *La magia dei ricordi di un'infanzia perduta ... forse, non definitivamente*, in *Casi e quesiti di diritto ereditario*, a cura di G. Bonilini, Padova, 2003, 96-97).

Altra sentenza meno recente della Cassazione ha avuto modo di affermare come un tale accordo non possa qualificarsi semplice proposta di divisione o negozio *in itinere*, costituente un mero elemento del procedimento di formazione progressiva del contratto, o contratto condizionato all'adesione dei coeredi assenti (cfr. Cass. 20 aprile 1970, n. 1141, in *Mass. Giur. it.*, 1970).

Ed infatti tale convenzione è immediatamente produttiva di effet-

ti tra le parti originarie; trattasi non soltanto del generale effetto negoziale o preliminare derivante dall'impegnatività, per il suo autore, di ogni dichiarazione di volontà, ma già, direttamente, di un effetto finale, sia pure soltanto obbligatorio, circa le facoltà di godimento separato dei beni comuni: tale effetto obbligatorio consiste nell'impegno di ciascun contraente a non frapporre ostacolo ed anzi, per parte sua, a consentire all'altro contraente, rispetto ai beni ricompresi nella porzione materiale allo stesso destinati, il godimento separato, pur non ancora esclusivo fin quando non pervenga l'adesione dei contitolari non partecipi (cfr. VALENZA, *op. ult. cit.*, 97).

Del resto, che il principio di nullità trovi applicazione solo con riferimento al contratto di divisione, cui le parti avessero voluto attribuire immediata efficacia reale, è stato confermato da altra giurisprudenza più recente, la quale ha affermato che

Giurisprudenza 

«a differenza della divisione ereditaria, la quale, determinando lo scioglimento della comunione fra tutti i coeredi con assegnazione in proprietà esclusiva dei singoli beni in relazione alle rispettive quote, richiede la partecipazione di tutti i coeredi ..., la convenzione di attribuzione frazionata del godimento separato di un bene o diritto comune ereditario, non comportando direttamente lo scioglimento della comunione, è immediatamente vincolante non solo per le parti contraenti, ma è efficace anche nei confronti delle parti che abbiano espresso adesione all'accordo ...».

Cass. 15 luglio 1987, n. 6225.

La convenzione divisoria conclusa soltanto da alcune delle parti del rapporto di comunione, in quanto esplicante effetti immediati solo tra le parti e con riguardo al godimento, verrebbe ad integrare un accordo divisionale provvisorio (cfr. CASULLI, *op. cit.*, 43, che definisce provvisoria la divisione limitata al godimento dei beni), che, pur non importando l'estinzione del rapporto di comunione, è perfetto, valido, vincolante ed idoneo a produrre effetti giuridici propri, non strumentali o meramente prodromici o preliminari, bensì finali.

L'eventuale successiva adesione dei coeredi o comproprietari rimasti assenti determinerebbe la produzione dell'effetto reale definitivo della cessazione della comunione.

Il rapporto giuridico divisorio può, quindi, nascere non soltanto da un contratto unico, ma, altresì, da più negozi bilaterali o unilaterali, ciascuno idoneo a produrre effetti giuridici propri e autonomi, vale a dire non strumentali o meramente prodromici o preliminari, di guisa che almeno uno, o più, degli effetti finali, nei quali si articola e

dei quali si compone il rapporto giuridico divisorio, sia direttamente imputabile a ciascuno dei negozi unilaterali o plurilaterali, nei quali risulta scomponibile la fattispecie (cfr. VALENZA, *op. ult. cit.*, 97).

Si pone, quindi, come frammento negoziale di una fattispecie divisionale più complessa, e, tuttavia, già idoneo a produrre effetti finali, la convenzione stipulata da alcuni dei comunisti circa la ripartizione dei beni comuni – già idonea a produrre tra i contraenti un immediato effetto obbligatorio in ordine alle facoltà di godimento separato dei beni comuni – che preveda, peraltro, e di necessità, l'assegnazione della porzione spettante ai contitolari assenti, ai quali andrà comunicata tale convenzione, per consentirne l'adesione successiva e la conseguente produzione dell'effetto reale definitivo dello scioglimento della comunione (cfr. VALENZA, *op. ult. cit.*, 97-98).

La dottrina non sempre ha saputo inquadrare esattamente tale fattispecie, richiamando, talvolta, il disposto dell'art. 1059 c.c., relativo alla servitù concessa da uno dei comproprietari (cfr. FRAGALI, *op. cit.*, 506), lasciando, quindi, intendere un'immediata efficacia tra le parti, eredi ed aventi causa, circa le facoltà di godimento, quasi si fosse in presenza di un diritto reale *sui generis*, per poi affermare che la «divisione sarebbe *nulla* verso i pretermessi, ma fra le parti spiegherebbe ogni effetto obbligatorio», riferito al fatto che «coloro che conclusero il contratto ... *nella successiva divisione con gli altri* non potrebbero operare in contrasto con ciò che essi pattuirono fra di loro» (cfr. FRAGALI, *op. cit.*, 510), trattando, quindi, la fattispecie alla stregua di una convenzione preparatoria.

Sembra, invece, di poter affermare che nessun effetto reale *sui generis*, sia pure limitato alle facoltà di godimento, la convenzione divisoria in esame è idonea a produrre: l'art. 1059, comma 2, c.c. è, infatti, insuscettibile di applicazione analogica, proprio con riguardo all'opponibilità agli aventi causa, in quanto le norme che disciplinano l'efficacia reale dei contratti non sono certo rimesse all'autonomia privata, non potendo questa creare diritti reali atipici.

Deve, peraltro, respingersi anche la configurazione riduttiva della fattispecie in esame, volta a ravvisare in essa una mera convenzione preparatoria, producente unicamente l'effetto di vincolare le parti ad un comportamento corrispondente nella successiva divisione: non si vede, infatti, la ragione per la quale non possa riconoscersi alla fattispecie un'efficacia obbligatoria coinvolgente anche le facoltà di godimento separato dei beni comuni, atteso che dallo stesso contratto preliminare può talvolta discendere la concessione del godimento anticipato del bene ed attesa, altresì, la pacifica validità, impegnativi-

tà ed efficacia, tra le parti, dei contratti, aventi ad oggetto il godimento obbligatorio di un bene, conclusi dal non proprietario.

Secondo un'altra teoria recentemente sostenuta, invece, il contratto di divisione, al quale non partecipino tutti i contitolari, non sarebbe nullo, ma soltanto inefficace nei confronti del contitolare non partecipante, sia qualora i contraenti ripartiscano tra loro tutti i beni comuni, sia qualora riservino al contitolare assente beni corrispondenti alla sua quota (cfr. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 76 ss.).

La tesi viene motivata sulla base della considerazione che

«alla mancanza della legittimazione delle parti a disporre dell'oggetto del contratto l'ordinamento riconnette, com'è noto, l'inefficacia, e non l'invalidità del contratto»

MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 77,

con la conseguenza che il contitolare assente potrebbe rifiutare gli effetti del contratto stipulato senza la sua partecipazione e chiedere la divisione giudiziale, ma potrebbe anche accettare gli effetti del contratto, approvandolo o ratificandolo.

La tesi è sicuramente da respingere, nella misura in cui – applicando la regola dell'inefficacia dell'atto dispositivo del non legittimato ad un contratto che, come quello tipico di divisione, dispositivo non è, dovendosi, come si è visto, escludere ogni nesso di derivatività tra le posizioni giuridiche dei dividendi – sottrae alla sanzione della nullità anche il contratto, che sia predisposto da alcuni soltanto dei contitolari per avere immediata efficacia reale, e cioè anche il contratto orientato teleologicamente a produrre un apporzionamento di carattere immediato e definitivo pur senza alcuna considerazione per la posizione giuridica dei contitolari assenti, e che, invece, non può realizzare la sua funzione proprio per la mancata partecipazione di tutti i contitolari.

Peraltro, anche l'ulteriore svolgimento di questa tesi, secondo cui la divisione avrebbe effetti reali immediati limitatamente alle quote di cui siano titolari i contraenti, mentre, rispetto alla quota di cui sia titolare il comunista pretermesso, sarebbe inefficace, non produrrebbe, cioè, effetti reali (cfr. MINERVINI, *op. cit.*, 78), non appare convincente, oltre che per il rilievo sopra enunciato, secondo cui non è possibile applicare *tout court* il principio di inefficacia dell'atto dispositivo per difetto di legittimazione del disponente al contratto tipico di divisione, quasi che si trattasse di una reciproca *alienatio*, an-

che per considerazioni analoghe a quelle fatte circa l'impossibilità di applicare analogicamente l'art. 1059, comma 2, c.c., dovendosi respingere la tesi (cfr. BRANCA, *op. cit.*, 9; 13 ss.), che configura in capo a ciascun comunista la titolarità di un diritto di comunione e cioè di un diritto reale di godimento sulla cosa comune, liberamente disponibile, in quanto autonomo ed indipendente dal diritto di proprietà appartenente alla collettività (in senso critico verso la tesi del BRANCA, cfr., LENER, *op. cit.*, 304-305), essendosi ormai chiarito che:

«il concetto di comunione ... non esclude affatto il concetto di comproprietà ...».

FORCHIELLI, in FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2^a ed., 2000, 61.

Con riguardo alla struttura della fattispecie divisionale in esame può affermarsi la sua riconducibilità alla categoria prevista dall'art. 1332 c.c., per il quale:

«se ad un contratto possono aderire altre parti e non sono determinate le modalità dell'adesione, questa deve essere diretta all'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto o, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari».

L'adesione, prevista dall'articolo sopra riportato, è qualificata proposta contrattuale, qualora il contratto originario contenente la clausola di adesione, che ben può rivolgersi a persone determinate, anziché al pubblico, preveda, altresì, in capo all'organo istituito per l'attuazione del contratto stesso, ovvero ai contraenti originari, il potere di rifiutare l'adesione medesima, ma al di fuori di questa ipotesi, la dottrina è divisa: alcuni affermano trattarsi di accettazione di proposta contrattuale (cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 249), quale sarebbe la clausola di apertura del contratto originario, perfezionativa di un contratto plurilaterale anche se eventualmente sorto come bilaterale; secondo altri, sulla base della considerazione che il contratto originario è già perfetto ed efficace tra le parti e che la clausola di adesione che accede ad esso non potrebbe qualificarsi come proposta, in quanto non sarebbe recettizia e, difatti, non verrebbe caducata da un eventuale rifiuto, né diverrebbe inefficace per la sopravvenuta morte o incapacità di uno dei contraenti originari, l'adesione dovrebbe qualificarsi come negozio giuridico unilaterale recettizio – collegato unilateralmente e successivamente al

contratto originario – che estende gli effetti di questo agli aderenti (cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile redatto a cura di magistrati e docenti*, (Artt. 1321-1469), Torino, 3^a ed., 1980, 89-90).

L'affermazione che il procedimento di formazione del contratto secondo lo schema del contratto aperto non è applicabile ai contratti di scambio (cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 10^a ed., 2003, 833) non può certamente contrastare con le conclusioni che precedono, stante il superamento dell'inquadramento tradizionale che qualificava la divisione come contratto di permuta di quote indivise, mentre quella secondo cui tale procedimento può riguardare solo i contratti associativi e, dunque, con comunione di scopo, è facilmente superabile, ove si consideri che, pur dovendosi annoverare la divisione con più di due parti tra i contratti plurilaterali senza comunione di scopo, l'adesione di ulteriori contraenti, in quanto determinati con riferimento alla contitolarità dei beni comuni, non può, in alcun modo, ledere gli interessi di quelli originari, dando, anzi, ad essi piena realizzazione.

Del resto, anche rispetto ai contratti di scambio, l'affermazione dell'inapplicabilità dell'art. 1332 c.c. dovrebbe, quanto meno, essere riconsiderata, alla luce dell'esempio, fatto in dottrina, del

«preliminare di acquisto di un immobile che, con l'accordo di promittente e promissario, sia aperto all'adesione di altri acquirenti con vincolo solidale»

BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 249, nota 283,

e di quella giurisprudenza che ammette la possibilità di un contratto di transazione aperto ad altre adesioni (cfr. Cass. 13 maggio 1964, n. 1142).

Che il contratto di divisione rientri nella categoria dei contratti plurilaterali senza comunione di scopo, non è un dato pacifico in dottrina: parte di essa (cfr. CASULLI, *op. cit.*, 44; FRAGALI, *op. cit.*, 504; BURDESE, *op. cit.*, 6) la ricomprende, infatti, tra i contratti con comunione di scopo, sulla base della affermazione che tale comunione ricorra ogni qualvolta vi sia una convergenza di interessi (cfr. CASULLI, *op. cit.*, 44), ovvero, come si è detto in altri termini, ogni qualvolta il sacrificio sopportato da ciascun contraente non involga esclusivamente la soddisfazione degli interessi altrui (come nei contratti di scambio), bensì anche del proprio (cfr. BELVEDERE, *La categoria*

contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 685-687).

Così argomentando, tuttavia, si dovrebbe concludere che, in realtà, la comunione di scopo, intesa come comunanza di intenti per la soddisfazione degli interessi delle parti, raggiunta proprio a seguito della composizione contrattuale degli stessi, sussista riguardo ad ogni contratto (cfr. S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 13), mentre l'espressa enunciazione normativa della comunione di scopo non può che far riferimento ad una dimensione effettuale che vada oltre la semplice composizione di interessi confliggenti, vale a dire non può che richiamare una comunione di attività volta alla creazione di un'organizzazione per il perseguimento di finalità comuni.

Altra parte della dottrina ha sostenuto che la divisione è, in ogni caso, un contratto plurilaterale, in quanto la plurilateralità dipenderebbe non

«dal numero effettivo dei partecipanti al contratto, bensì dalla possibilità che vi partecipino più di due soggetti (costituenti altrettanti centri di interesse) senza che lo schema tipico o l'essenza di esso subiscano alterazione alcuna».

GAZZARA, *Divisione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 422.

Ma anche questa impostazione teorica presta il fianco a delle critiche, in quanto non sembra tener conto del fatto che, proprio sul piano dell'incidenza della struttura sull'essenza del tipo contrattuale, non è sempre possibile configurare il contratto di divisione come contratto plurilaterale, atteso che non può certo dubitarsi della struttura essenzialmente bilaterale dello stralcio di quota e, tuttavia, della sua piena riconducibilità nell'ambito della categoria della divisione contrattuale.

Sembra, quindi, preferibile quella teoria (cfr. FORCHIELLI, *op. cit.*, 17-18), che ritiene plurilaterale la divisione, se ed in quanto stipulata da più di due dividendi, costituenti, ciascuno, un autonomo centro di interessi, anche sulla base della considerazione che non può, certamente, applicarsi la disciplina della formazione del contratto plurilaterale ad una fattispecie negoziale, che, in concreto, risulti caratterizzata da due sole parti.

La prevalente dottrina, tuttavia, non ravvisa alcun margine per l'applicazione alla divisione, nemmeno per analogia, della disciplina dettata dagli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c., considerando

«che la necessaria partecipazione di tutti i comunisti alla divisione è un elemento strutturale, tipico della divisione contrattuale».

MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 255.

Aderendo, tuttavia, a quella dottrina che annovera il contratto di divisione, stipulato da più di due parti, tra i contratti plurilaterali senza comunione di scopo, non contemplati dagli articoli sopra menzionati, è necessario verificare se un tale contratto possa continuare a produrre effetti tra le parti rimanenti, anche qualora venga meno il vincolo di una delle parti contraenti, considerandolo *ab origine* come concluso solo da quelle parti che rimangono (due o più che siano), attraverso il ricorso all'interpretazione estensiva o analogica e cioè in applicazione del generale principio di conservazione del negozio giuridico, che permea di sé l'intera disciplina contrattuale e di cui sono, dal punto di vista soggettivo, espressione gli articoli sopra citati.

Ebbene, riteniamo che non vi sia alcun ostacolo all'applicazione del detto principio all'ipotesi che qui ci occupa, in cui proprio fin dall'origine il contratto sorge soltanto tra alcuni dei coeredi o comproprietari, pur contenendo una clausola di apertura verso gli altri contitolari: completato l'*iter* del procedimento formativo della fattispecie finale con l'adesione dei comunisti assenti, il venir meno, per una qualsiasi causa, del vincolo di una delle parti, che abbiano successivamente prestato adesione al contratto già concluso dalle altre, potrebbe – in base ad una valutazione di sufficienza, per gli interessi delle parti rimanenti, della produzione di effetti meramente obbligatori circa il godimento separato dei beni comuni – lasciare impregiudicata la capacità di tale contratto di produrre tutti gli effetti suoi propri, come sopra visti, e pur se diversi e minori rispetto a quelli che sarebbero scaturiti da un contratto di divisione intervenuto tra tutti i contitolari, fermo restando che, anche in questa ipotesi, gli effetti reali tipici del contratto di divisione potrebbero, pur sempre, prodursi, a seguito di una nuova valida adesione dei contitolari assenti.

La medesima soluzione non dovrebbe, peraltro, revocarsi in dubbio, nemmeno qualora venisse meno il vincolo di una delle parti della fattispecie divisoria provvisoria, ancor prima dell'eventuale adesione dei contitolari assenti, qualora risultasse, dall'interpretazione della volontà delle parti, la non essenzialità di detta partecipazione: il contratto stipulato continuerà a produrre i suoi effetti obbligatori tra le parti rimanenti, facendo, in questo caso, diretta applicazione estensiva degli articoli sopra citati, atteso che gli effetti che la fattispecie

soggettivamente ridotta è idonea a produrre non sono effetti minori, ma sono, al contrario, effetti della stessa natura di quelli che sarebbe stata idonea a produrre la fattispecie originaria.

Non può, infine, escludersi – lungi dall'introdurre pericolose generalizzazioni – che, anche nel caso di divisione definitiva, nell'ipotesi del venir meno della partecipazione di una delle parti, possa permanere il vincolo contrattuale tra le parti rimanenti, qualora, dall'interpretazione del contratto, pur rigorosamente condotta, possa ricavarsi una valutazione di sufficienza, per l'interesse delle parti rimanenti, della produzione di effetti meramente obbligatori circa il godimento separato dei beni comuni, facendosi, in questo caso, applicazione, non estensiva, ma analogica, degli articoli sopra citati, stante la minore portata effettuale della fattispecie soggettivamente ridotta, rispetto a quella del contratto tipico di divisione.

6.5. *Disposizione della cosa comune da parte di uno dei contitolari e divisione*

È opinione pacifica, in dottrina ed in giurisprudenza, che l'alienazione conclusa da uno solo dei coeredi ed avente ad oggetto l'alienazione come proprio di un bene (*pars quanta*, ovvero *pars quota*) tra quelli costituenti la massa ereditaria comune, indipendentemente dall'esplicita previsione di una clausola condizionale in tal senso, sia sempre e comunque un atto sottoposto alla condizione sospensiva che detto bene sia assegnato al coerede alienante in sede di stipulazione del contratto di divisione e, quindi, un atto ad efficacia immediata meramente obbligatoria e ad efficacia reale differita (cfr., in dottrina, CAPOZZI, *op. cit.*, 688; BURDESE, *op. cit.*, 3; BONILINI, *op. cit.* 485; BRANCA, *op. cit.*, 131 ss.).

Si è, infatti, affermato, anche di recente, in giurisprudenza, che

Giurisprudenza 

«La vendita di un bene, facente parte di una comunione ereditaria, da parte di uno solo dei coeredi, ha solo effetto obbligatorio, essendo la sua efficacia subordinata all'assegnazione del bene al coerede-venditore attraverso la divisione; pertanto, fino a tale assegnazione, il bene continua a far parte della comunione e, finché essa perdura, il compratore non può ottenerne la proprietà esclusiva. Peraltro, se il bene parzialmente compravenduto costituisce l'intera massa ereditaria, l'effetto traslativo dell'alienazione non resta subordinato all'assegnazione di sede di divisione della quota del bene al coerede-venditore, essendo quest'ultimo proprietario

esclusivo della quota ideale di comproprietà e potendo di questa liberamente disporre, conseguentemente il compratore subentra, pro quota, nella comproprietà del bene comune».

Cass. 1° luglio 2002, n. 9543.

Si pone, con riferimento alla vendita dell'esito divisionale, il problema di verificare se ed in che modo questa figura possa, in concreto, costituire il primo frammento di una più complessa fattispecie divisoria.

Innanzitutto si deve evidenziare che, come l'accordo intervenuto tra alcuni soltanto dei condividenti, avente ad oggetto una certa ripartizione dei beni comuni, così anche la cosiddetta vendita dell'esito divisionale è idonea a produrre immediati effetti tra le parti, sebbene meramente obbligatori e precisamente l'effetto di vincolare le parti al contenuto dell'accordo, nonché di obbligare l'alienante a non frapporre ostacolo, bensì a favorire la realizzazione del detto esito, chiedendo immediatamente la divisione – pur potendo esercitare il medesimo diritto lo stesso avente causa, non *iure proprio*, ma in surrogatoria e, cioè, *utendo iuribus* del coerede alienante – e adoperandosi in modo che gli sia assegnato proprio il bene alienato.

Analogamente al caso precedentemente esaminato, ai fini della produzione dell'effetto reale, sarebbe sufficiente che, ove nell'atto fosse stata apposta una clausola di apertura, i coeredi vi aderissero, rendendolo pienamente efficace anche nei loro confronti e, tuttavia, con conseguenze differenti a seconda delle ipotesi ricorrenti in concreto.

Se, infatti, oggetto dell'atto di alienazione fosse stata una porzione materiale del bene comune (*pars quanta*), a seguito dell'adesione, che gli altri coeredi vi facessero, si determinerebbe, nei confronti dell'acquirente, l'effetto reale del trasferimento della piena proprietà della porzione materiale e, nei confronti del coerede alienante, l'effetto tipico di una divisione a stralcio, ove il valore del bene compravenduto corrispondesse a quello della quota indivisa ad esso spettante nella comunione, ovvero quello tipico di un'assegnazione in conto futura divisione in caso contrario.

Se, invece, oggetto dell'atto di alienazione fosse stata una quota indivisa (*pars quota*) di un bene comune, a seguito dell'adesione degli altri coeredi, si determinerebbe l'ingresso dell'acquirente nella comunione di quel bene, che, da ereditaria, diverrebbe ordinaria, in sostituzione del coerede alienante, ovvero in aggiunta ad esso, a seconda che questi avesse alienato una quota indivisa corrispondente alla quota ereditaria, ovvero soltanto ad una parte di essa.

Nella prima ipotesi, peraltro, per consentire la conclusione della fattispecie divisoria, mediante la successiva adesione dei coeredi rimasti estranei all'atto di vendita dell'esito divisionale, sarebbe, in verità, necessario inserire, in esso, una clausola di apertura, indirizzata agli altri coeredi e finalizzata ad ottenere il consenso di questi per la produzione degli effetti tipici di una particolare fattispecie divisoria: stralcio di quota o assegnazione in conto futura divisione.

L'atto di adesione, che la clausola di apertura è, in questa fattispecie, finalizzata ad ottenere è, peraltro, del tutto particolare, in quanto risultante dalla fusione di un'approvazione, volta a recuperare l'efficacia di un atto dispositivo compiuto da un soggetto privo della relativa legittimazione, senza peraltro instaurare alcun rapporto derivativo-traslativo tra coeredi approvanti ed acquirente (cfr. BIANCA, *op. cit.*, 128 ss.), e di un'accettazione contrattuale, volta a completare il perfezionamento di una particolare fattispecie divisoria, al fine di consentirne la produzione degli effetti tipici.

Ritornando all'esame della giurisprudenza in tema di cosiddetta vendita dell'esito divisionale, deve segnalarsi come particolarmente significativa la sentenza di cui alla massima sopra riportata, in quanto la stessa si inserisce in un orientamento dottrinale e giurisprudenziale ormai consolidato, lasciando, tuttavia, intravedere una differente disciplina giuridica per l'ipotesi di analoga fattispecie ricadente nell'ambito della comunione ordinaria, rispetto alla quale sembrerebbe ipotizzare una immediata efficacia reale dell'atto dispositivo, limitatamente alla quota di comproprietà del comunista alienante.

Ed, infatti, la motivazione della sentenza si articola su due argomenti, dei quali, mentre il primo, pur suggestivo e riecheggiante acute posizioni dottrinali, sembra, ad una più attenta analisi, non trovare fondamento nel diritto positivo, il secondo merita di essere approfondito ed accolto nella sua essenza:

Giurisprudenza 

«... in tema di comunione ereditaria, opera il principio di cui all'art. 757 c.c., secondo cui "ogni coerede è reputato solo ed immediato successore di tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà di altri beni ereditari" ... non può ritenersi che la vendita di un bene, rientrante nella comunione ereditaria, da parte di uno solo dei coeredi, produce effetti reali relativamente alla quota ideale del coerede alienante, in quanto questi, per effetto dell'assegnazione in sede di divisione, potrebbe non risultare mai proprietario del detto bene o di parti di esso (questa volta pro diviso) ...

... mentre nella comunione normale di un bene il rapporto tra il comproprietario del bene (che poi aliena) ed il bene è diretto ed è dato dall'unico diritto esistente, quello di (com)proprietà, nella comunione ereditaria il rapporto non è diretto, ma passa attraverso il diritto alla quota ereditaria».

Cass. 1° luglio 2002, n. 9543.

Il primo argomento utilizzato dalla Suprema Corte sembrerebbe mettere in discussione l'applicabilità alla comunione ordinaria del principio di retroattività di cui all'art. 757 c.c.

Sembra di poter affermare, al riguardo, che, se il fondamento del principio di retroattività dovesse essere rinvenuto nell'esigenza, tutta propria al sistema delle successioni a causa di morte, di assicurare la continuità dei rapporti giuridici tra defunto e successori, potrebbero, forse, essere accolte le perplessità manifestate da una parte non prevalente della dottrina (cfr. GUARINO, *Comunione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 262 ss.) circa l'estensibilità di tale principio anche all'ambito della divisione non ereditaria.

Si è visto, peraltro, come l'essenza del principio di retroattività si traduca, anche nella divisione, analogamente a quanto si è visto nel contratto per persona da nominare, in una questione di disciplina applicabile, nel senso di escludere tutte quelle regole che presuppongono un nesso di derivatività tra le posizioni giuridiche dei co-dividenti e, da questo punto di vista, l'ordinamento non distingue, a seconda che si tratti di divisione ereditaria o non ereditaria (cfr. MOSCATI, *op. cit.*, 3), com'è dimostrato dall'uniforme disciplina giuridica dettata in tema di trascrizione.

Più significativo, anche se bisognevole di essere sviluppato e meglio chiarito, è l'altro argomento utilizzato, per il quale nella comunione ereditaria, a differenza che nella comunione ordinaria, il rapporto tra coeredi e bene non è diretto ma «passa attraverso il diritto alla quota ereditaria».

Questo argomento è stato, peraltro, piuttosto velocemente, liquidato da chi ha osservato che il coerede subentra, sia nell'*universum ius defuncti*, sia nella contitolarità dei singoli beni ereditari (cfr. DI BITONTO, *Vendita di un bene ereditario da parte del coerede*, in *Notariato*, 2003, 146).

In realtà l'argomento in esame riprende una distinzione, che la più attenta dottrina ha colto, tra divisione ereditaria e non ereditaria: quella relativa al carattere oggettivamente universale proprio della prima e non, invece, della seconda:

«Oggetto normale e tipico della divisione ereditaria è, tutta intera, la comunione ereditaria ... Di regola infatti la divisione ereditaria deve abbracciare tutti i beni facenti parte della corrispondente comunione ereditaria. ... Solo il consenso unanime dei condividenti può derogare, assoggettando la divisione soltanto taluni beni ereditari e lasciando così sopravvivere la comunione relativamente ai restanti beni. Sotto questo profilo il regime specifico della divisione ereditaria si differenzia nel modo più netto dal regime generale della divisione non ereditaria. La disciplina di quest'ultima ha infatti costante riguardo alla "cosa": è concepita cioè in termini essenzialmente atomistici. Sicché, a rigore, andrebbero concepite tante autonome "divisioni" quante siano le "cose" alla cui divisione si procede, salvo che – come quasi sempre avviene per ragioni di praticità – i condividenti non siano d'accordo per una divisione cumulativa, che riunisca tutti i beni sottoposti a divisione. In questa ipotesi troveranno applicazione (in virtù del rinvio dell'art. 1116) le numerose norme, dettate per la divisione ereditaria, che, coerentemente alla loro funzione, presuppongono una pluralità di beni da dividere».

FORCHIELLI, in FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2ª ed., 2000, 45-46.

Nella comunione ordinaria, quando il rapporto di contitolarità riguarda più beni, deve essere, in altri termini, riconosciuto, in capo a ciascun contitolare, il diritto di richiedere che si proceda a tante divisioni, quante sono le cose comuni, e solo l'accordo unanime può legittimare una divisione cumulativa, che riunisca tutti i beni comuni.

Del resto, la stessa teoria, abbastanza ricorrente, che, – sulla base di alcune decisioni giurisprudenziali, rese in ambito fiscale, ovvero, comunque, influenzate dall'opposto principio delle masse plurime, valevole in quell'ambito (cfr. Cass. 18 ottobre 1961, n. 2224, in *Riv. giur. edilizia*, 1962, I, 29, con nota di SALIS) –, distingue tante comunioni, quanti sono i titoli di provenienza dei beni comuni, anche se vi sia identità di soggetti e di quote indivise rispetto a tutti i beni, non sembra reggere alle considerazioni di quella autorevole dottrina, che argomenta efficacemente, così esemplificando:

«Costituitasi una comunione su un bene A fra due persone e costituitasene poi un'altra sul bene B fra le stesse persone (e, ovviamente, per le stesse quote), le comunioni sono due o si riducono ad una? per la giurisprudenza sono due, dimodoché quando si addiuvano allo scioglimento con assegnazione di A interamente ad un condividente e di B interamente all'altro, non saremmo di fronte ad una pura divisione: ... queste affermazioni mi sembrano discutibili: ... la pluralità degli atti d'acquisto non si deve confondere col rapporto che ne deriva: ... infatti è lo stesso gruppo che, avendo in comune un bene, ne acquista un altro ...».

BRANCA, *Comunione, Condominio negli edifici*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 6ª ed., 1982, 39-40.

In altri termini, si può affermare che l'unicità o la pluralità dei titoli non cambia la natura giuridica dell'atto, con il quale si pone fine, con intento apporzionatorio, al rapporto di comunione esistente tra i comproprietari: tale atto rimane, in ogni caso, unico ed ha, in ogni caso, natura giuridica di divisione, rimanendo, quindi, assolutamente irrilevante, per la disciplina giuridica, che l'eventuale pluralità delle cose comuni discenda da un solo titolo o da una pluralità di titoli.

Questa considerazione conduce necessariamente a ritenere, altresì, irrilevante, al fine di individuare i poteri di disposizione del comproprietario, di cui all'art. 1103 c.c., che, oltre a quella particolare cosa comune, i comproprietari ne abbiano acquistato delle altre, – economicamente e funzionalmente autonome e non, viceversa, costituenti porzioni materiali dell'unica cosa comune – e che ciò sia avvenuto con lo stesso titolo o con più titoli.

Qualora, invece, la pluralità di cose comuni costituisca, in realtà, dal punto di vista economico e funzionale, un'unica entità, non sembra possibile ammettere un'immediata efficacia reale dell'atto dispositivo compiuto, su di una porzione, da uno dei contitolari, sia pure limitatamente alla quota indivisa del contitolare alienante: non è dunque la circostanza che la comunione ordinaria abbia ad oggetto una pluralità di beni (in tal senso cfr., invece, DI BITONTO, *op. cit.*, 147) a giustificare, riguardo al profilo esaminato, un'equiparazione disciplinare con l'analoga fattispecie ricadente nell'ambito della comunione ereditaria, ma, piuttosto, quella della sostanziale unitarietà delle porzioni materiali dell'unica cosa comune.

Alla luce di queste considerazioni si può meglio comprendere il principio del rilievo assorbente della quota di eredità sulla quota di proprietà, affermato dalla sentenza da ultimo citata.

Tale principio dipende, a ben vedere, non dal fatto che possa rifiutarsi, in base all'attuale diritto positivo, l'applicazione del principio di retroattività (*rectius*: di non derivatività delle posizioni giuridiche dei coeredi) alla divisione di comunione ordinaria, ma soltanto dalla peculiarità dell'oggetto della comunione, che, nell'un caso, è un'eredità, vale a dire un'università patrimoniale, avente autonomo e prevalente rilievo giuridico, come è dimostrato dal fatto che ne è possibile la vendita con atto scritto, anche senza specificare gli oggetti, mentre, nell'altro caso, è costituito da uno o più beni determinati e non da una unitaria massa comune, come si evince chiaramente dall'art. 1116 c.c., per il quale «alla divisione delle *cose comuni* si applicano le norme sulla divisione dell'*eredità*, in quanto non siano in contrasto con quelle sopra stabilite», tra cui quella portata dall'art. 1103

c.c., che configura i poteri di disposizione di ciascun partecipante con riguardo a ciascuna “cosa” comune.

Né le considerazioni, che precedono, possono ritenersi contraddette dall’argomentazione (cfr. DI BITONTO, *op. cit.*, 148), secondo cui ammettere, nell’ambito della comunione ordinaria, una immediata efficacia reale dell’atto dispositivo, limitatamente alla quota di comproprietà del comunista alienante, equivarrebbe ad attribuire all’acquirente una posizione giuridica maggiore di quella che sarebbe spettata all’alienante e cioè il diritto di pretendere, in sede di divisione, l’assegnazione di una porzione materiale di quel determinato bene, in quanto si è già visto come la dottrina più attenta non abbia mancato di osservare che, nell’ambito della divisione delle cose comuni, soltanto l’accordo unanime dei contitolari può condurre ad una divisione cumulativa, che riunisca tutti i beni sottoposti a divisione (cfr. FORCHIELLI, *op. cit.*, 45-46).

Né si dica che ammettere, nell’ambito della comunione ordinaria, una immediata efficacia reale dell’atto dispositivo, limitatamente alla quota di comproprietà del comunista alienante – aderendo alla dottrina più recente (cfr. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 2^a ed., 1993, 777; LUMINOSO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. comm. diretto da Buonocore*, Torino, 2004, 201), che ritiene la vendita di cosa parzialmente altrui, di cui all’art. 1480 c.c., riferibile anche all’ipotesi di alienità riguardante una quota indivisa, oltre che una porzione materiale – equivarrebbe a privare di significato la norma di cui all’art. 1113 c.c., che, dettata proprio in sede di disciplina generale dello scioglimento della comunione, tutela la posizione giuridica dell’avente causa da un partecipante, consentendone o richiedendone l’intervento in sede di divisione, ai fini della opponibilità di questa nei suoi confronti, in quanto detta norma potrà, pur sempre, riferirsi, nell’ambito della comunione ordinaria, all’acquirente di una porzione materiale dell’unica cosa comune.

L’argomento meriterebbe, certamente, di essere approfondito ulteriormente, ma, in questa sede, è sufficiente aver stimolato, sul punto, una riflessione critica, che sia, cioè, immune da preconcetti dogmatici e condizionamenti derivanti dalla disciplina fiscale dell’istituto, che, come spesso avviene, obbedisce ad esigenze non sempre coincidenti con la sua essenza civilistica.

6.6. *Disposizione congiunta o separata della cosa comune da parte di tutti i contitolari e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*

Altra fattispecie, dalla quale deriva la cessazione dello stato di comunione, determinandosi la sostituzione del bene comune con una somma di denaro, oggetto di immediata ripartizione tra gli originari contitolari in misura proporzionale alle rispettive quote astratte, è quella della vendita del bene comune da parte di tutti i contitolari.

La ripartizione del denaro è spesso diretta conseguenza delle modalità esecutive dell'unitario negozio di compravendita con parte soggettivamente complessa e *non* di un *successivo* pur se collegato negozio divisorio, avente ad oggetto la divisione del prezzo, in quanto, assai frequentemente, è lo stesso acquirente a distribuire il corrispettivo pecuniario dell'attribuzione ricevuta a ciascun venditore, in proporzione alla quota indivisa di originaria spettanza.

La circostanza che sia lo stesso acquirente a distribuire il prezzo tra tutti i venditori non implica, peraltro, di necessità, che si siano conclusi più negozi di compravendita, aventi ciascuno per oggetto la quota indivisa di ciascun venditore, costituendo solitamente una mera modalità esecutiva dell'obbligazione *ex pretio*, che si lascia preferire, esclusivamente per ragioni di praticità, rispetto alle altre.

La fattispecie è, peraltro, di estremo interesse, sia per i contrasti di giurisprudenza cui ha dato luogo in relazione all'ipotesi in cui manchi originariamente o venga a mancare successivamente il consenso di uno dei contitolari, sia per la sua intuitiva vicinanza con la tematica del rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo, che costituisce la prospettiva ispiratrice delle riflessioni consegnate al presente lavoro.

Il contrasto giurisprudenziale si è sviluppato, sia tra le decisioni rese in tema di promessa di vendita e quelle rese in tema di vendita definitiva, sia tra le decisioni relative a ciascuna figura negoziale.

Rispetto alla vendita definitiva, dopo un iniziale orientamento (cfr. Cass. 16 dicembre 1946, n. 1371; Cass. 3 marzo 1950, n. 519), che aveva impostato la questione nei termini di una corretta ermeneutica contrattuale, volta a verificare, caso per caso, l'oggetto della concreta fattispecie negoziale (vendita per quota o per l'intero), la giurisprudenza si è attestata prevalentemente sulla tesi – che ha, peraltro, trovato anche significativi riscontri dottrinali (cfr. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 2^a ed., 1971, 382 ss.) – dell'inefficacia relativa, per la quale

 Giurisprudenza 

«Quando la vendita sia predisposta perché ad essa partecipino tutti i comproprietari, ma sia poi effettivamente stipulata da alcuni solo di essi, il contratto resta effettivamente incompleto e quindi inefficace, tale inefficacia però è relativa, nel senso che soltanto l'acquirente possa farla valere e non anche i comproprietari venditori validamente intervenuti all'atto. Costoro, infatti, non hanno un interesse giuridicamente apprezzabile a che la cosa sia venduta per intero. A tale principio dovrà farsi eccezione quando i venditori abbiano inteso condizionare la vendita al consenso di tutti i comproprietari, essendo anche in proposito sovrana la volontà delle parti contraenti; ma codesta condizione e subordinazione dovrà allora risultare, secondo i principi generali, da una clausola espressa del contratto».

Cass. 17 maggio 1965, n. 941, che richiama anche Cass. 16 novembre 1962, n. 3117.

Rispetto alla promessa di vendita, si è, invece, profilato un più netto contrasto tra quelle decisioni, che hanno applicato, anche al contratto preliminare, la tesi dell'inefficacia relativa, sostenendo che

 Giurisprudenza 

«La vendita che sia predisposta per la partecipazione di più comproprietari, ma venga stipulata da uno solo di essi, restando incompleta (nella specie, un preliminare di vendita sottoscritto da uno dei due comproprietari in proprio e quale procuratore dell'altro proprietario, per cui era stata accertata l'inesistenza della procura), deve considerarsi inefficace per l'intera *res*; trattandosi, tuttavia, di inefficacia relativa che può essere fatta valere soltanto dal promissario acquirente, quale esclusivo titolare dell'interesse all'acquisto dell'intero immobile, deve riconoscersi a quest'ultimo la facoltà di chiedere l'esecuzione del contratto in relazione alla quota del comproprietario intervenuto validamente, senza che questi possa opporsi, non avendo egli un interesse apprezzabile a che la cosa indivisa sia venduta per intero, tranne che nel preliminare non vi sia un'espressa clausola che condizioni la sua efficacia al consenso di tutti i comproprietari»

Cass. 9 novembre 1988, n. 6029,

e quelle decisioni, che hanno negato la possibilità del promittente acquirente di chiedere l'esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c., relativamente alle quote dei contitolari validamente intervenuti, argomentando, in alcuni casi, dal principio della immodificabilità giudiziale del contenuto del preliminare, affermando, ad esempio, che

 Giurisprudenza 

«Nel caso di promessa di vendita effettuata da uno solo dei comproprietari di un bene immobile indiviso, impegnatosi in mancanza di procura anche per gli altri e sia mancata la ratifica di costoro, che abbiano legittimamente rifiutato di stipulare il

contratto di vendita, il promissario acquirente non può ottenere ex art. 2932 c.c., il trasferimento dei diritti immobiliari spettanti al solo promittente, con proporzionale riduzione del prezzo, non potendo la sentenza ex art. 2932 cit. costituire un rapporto giuridico diverso da quello previsto e voluto dalle parti con il contratto preliminare, salva la responsabilità nei confronti del promissario da parte del promittente, resosi implicitamente garante del fatto del terzo, a meno che il contratto definitivo non sia stato espressamente subordinato all'accettazione di quest'ultimo e, trattandosi di bene immobile, la condizione risulti da atto scritto»

Cass. 1° febbraio 1993, n. 1219,

ovvero, più radicalmente, argomentando, in altri casi, dalla considerazione unitaria del bene promesso in vendita, che determinerebbe la nullità, per mancanza del requisito dell'accordo, qualora non sia stato espresso validamente il consenso di tutti i contitolari:

Giurisprudenza 

«La promessa di vendita di un bene in comunione è, di norma, considerata dalle parti attinente al bene medesimo come un *unicum* inscindibile e non come somma delle singole quote che fanno capo ai singoli comproprietari, di guisa che questi ultimi – salvo che l'unico documento predisposto per il detto negozio venga redatto in modo tale da farne risultare la volontà di scomposizione in più contratti preliminari in base ai quali ognuno dei comproprietari si impegna esclusivamente a vendere la propria quota al promissario acquirente, con esclusione di forme di collegamento negoziale o di previsione di condizioni idonee a rimuovere la reciproca insensibilità dei contratti stessi all'inadempimento di uno di essi – costituiscono un'unica parte complessa e le loro dichiarazioni di voler vendere si fondono in un'unica volontà negoziale. Ne consegue che, quando una di tali dichiarazioni manchi (o sia invalida), non si forma (o si forma invalidamente) la volontà di una delle parti del contratto preliminare, escludendosi, pertanto, in toto la possibilità del promissario acquirente di ottenere la sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. nei confronti dei soli comproprietari promittenti, sull'assunto di una mera inefficacia del contratto stesso rispetto a quelli rimasti estranei».

Cass., sez. un., 8 luglio 1993, n. 7481.

Da parte sua, anche la dottrina non ha assunto una posizione concorde, auspicandosi, da parte di alcuni (cfr. CARBONE, *Preliminare di bene indiviso sottoscritto da alcuni comproprietari: incompletezza del contratto o efficacia limitata alle quote?*, in *Corr. giur.*, 1993, 1326 ss.), una uniformità di trattamento, applicando il principio affermato dalle Sezioni Unite, sia alla vendita, sia alla promessa di vendita, e da parte di altri (cfr. SCODITTI, *Vendita e preliminare privi del consenso di tutti i comproprietari: un gioco degli specchi fra due tesi*, in *Foro it.*, 1998, I, 834 ss.) una inversione delle soluzioni giurisprudenziali, nel senso di applicare la tesi dell'invalidità alla vendita e quella dell'inefficacia al preliminare.

In realtà, il contrasto giurisprudenziale è insanabile, in quanto dipende dalla multiforme, e sempre diversa, realtà, che viene, di volta in volta, sottoposta all'esame degli organi giudicanti e che, quasi mai, le massime riescono a evidenziare chiaramente.

In altri termini, particolarmente in questo campo, si rende necessario un approccio, che rifugga da astratte impostazioni teoriche e sia volto a verificare, in concreto, se l'assetto di interessi programmato dalle parti giustifichi ed imponga la permanenza del vincolo negoziale, nonostante il mancato completamento della fattispecie originariamente prevista e ciò secondo una valutazione, che non può aprioristicamente trascurare di considerare gli interessi dei contitolari, che hanno validamente espresso il consenso al negozio.

Del resto, questa prospettiva, che privilegia la valutazione, in concreto, in termini di essenzialità degli interessi di tutti i soggetti coinvolti dalla fattispecie, per giustificare la permanenza del vincolo negoziale, è ben presente in giurisprudenza, essendosi affermato il carattere soltanto apparente del contrasto tra le decisioni, che

Giurisprudenza 

«trova spiegazione nella diversità delle situazioni di fatto e rende evidente che non può essere elevato a regola generale il principio secondo cui il comproprietario che sottoscrive un contratto di vendita di un immobile unitariamente considerato, in assenza degli altri comproprietari, esprime implicitamente la volontà di vendere la propria quota e non ha interesse ad eccepire il mancato perfezionamento del negozio. Si tratta, invece, di un semplice criterio di massima, che deve essere verificato e controllato nei singoli casi, in quanto il contratto *in itinere* può essere sottoscritto dalle parti nel comune presupposto (o condizione tacita) dell'adesione successiva degli altri contitolari del bene, con la conseguenza che l'intero negozio rimane inefficace e non si trasforma in un diverso contratto di vendita di quota indivisa, qualora gli altri legittimati non esprimano il loro consenso».

Cass. 18 settembre 1991, n. 9749.

Appare, a questo punto, di intuitiva evidenza che, affermare la necessità di una valutazione, in concreto, in termini di essenzialità dell'interesse di tutti i soggetti coinvolti dalla fattispecie, al fine di verificare, di volta in volta, la permanenza del vincolo negoziale tra le parti, che abbiano validamente espresso il consenso, non significa altro che applicare, estensivamente, a contratti bilaterali, anche se con parte soggettivamente complessa, la disciplina dettata per i contratti plurilaterali con comunione di scopo dagli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.

E difatti, da un lato, non può, *a priori*, ritenersi o escludersi la po-

tenziale assunzione dell'impegno traslativo, da parte di ciascun venditore o promittente venditore, anche per le quote degli altri contitolari, (e la corrispondente accettazione da parte dell'acquirente o promittente acquirente), e, dall'altro, non può, parimenti, *a priori*, ritenersi o escludersi la rispondenza, all'interesse dei contraenti, del mantenimento del *vincolum iuris* per una esecuzione definitivamente parziale dell'originario programma negoziale.

Le considerazioni appena svolte costituiscono, a ben vedere, un ulteriore argomento idoneo a contestare la presunta rigidità della disciplina, di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c., che sarebbe, secondo parte della dottrina (cfr. G. FERRI, *Contratto plurilaterale*, in *Nov. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 680-681; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato Cicu-Messineo*, III, t. 1, Milano, 1988, 178-179), insuscettibile di applicazione (nemmeno estensiva o analogica) al di fuori delle fattispecie riconducibili alla categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo e cioè dei contratti associativi.

Al contrario, proprio attraverso l'applicazione estensiva o analogica di quella disciplina possono risolversi i casi derivanti da vicende patologiche, che colpiscano il vincolo di uno dei più venditori *pro diviso* di un bene, che sia stato, peraltro, unitariamente considerato dalle parti.

L'art. 1316 c.c., che ricollega l'indivisibilità dell'obbligazione anche al modo in cui la prestazione è stata considerata dalle parti contraenti, costituisce un ulteriore indice normativo della necessità di ancorare – in quei casi – la verifica della permanenza del vincolo negoziale ad una valutazione, in termini di essenzialità, degli interessi di tutti i soggetti coinvolti dalla fattispecie, anche se, probabilmente, non è, di per sé, sufficiente a giustificare la validità di una fattispecie contrattuale unitaria con la previsione di un prezzo unico, a prescindere da una preventiva (ed espressa, in caso di immobili: cfr. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XIII, t. 1, Milano, 1973, 579; ma, per la possibilità di una manifestazione tacita di volontà che assolva l'onere della forma scritta, anche se non di quella pubblica, cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 213; 290; 296), messa in comunione dei beni, per eguali quote indivise (in mancanza di diversa determinazione di esse: arg. *ex art.* 1101, comma 1, c.c.), da parte dei più titolari venditori.

6.7. Aspetti pubblicitari, fiscali, redazionali

La divisione, sotto il vigore del codice del 1865, non era soggetta a trascrizione, secondo l'opinione dominante, che argomentava dalla mancata previsione normativa della formalità pubblicitaria e dalla natura dichiarativa ed efficacia retroattiva del tipico negozio divisorio ai sensi dell'art. 1037 c.c. del 1865.

La trascrizione della divisione è prevista dal Codice Civile del 1942 in una norma collocata dopo quelle che prevedono la pubblicità degli atti che devono trascriversi al fine di far prevalere i loro effetti – traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari – su quelli – di eguale natura – di altri titoli incompatibili.

La trascrizione delle divisioni è, infatti, prevista dall'art. 2646 c.c., per il quale

«Si devono trascrivere le divisioni che hanno per oggetto beni immobili, come pure i provvedimenti di aggiudicazione degli immobili divisi mediante incanto, i provvedimenti di attribuzione delle quote tra conviventi e i verbali di estrazione a sorte delle quote.
Si devono pure trascrivere la domanda di divisione giudiziale e l'atto di opposizione indicato dall'art. 1113, per gli effetti ivi enunciati».

La dottrina non ha mancato di rilevare che la trascrizione della divisione, benché sia oggi espressamente prevista e disciplinata, non elimina l'esclusione di ogni effetto traslativo tra i conviventi, con la conseguenza che

«Nessun conflitto, risolvibile in termini di trascrizione, può quindi sorgere tra il convivente assegnatario e gli aventi causa da ogni altro convivente; essi infatti saranno considerati come aventi causa da un soggetto il quale non ha mai avuto il diritto trasferito. Né, d'altra parte, la trascrizione della divisione può servire a risolvere il conflitto tra il convivente assegnatario e gli aventi causa dal suo autore»

G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. Rescigno*, 19, I, Torino, 2^a ed., 1997, 128,

in quanto quest'ultimo conflitto si risolverà sulla base della priorità della trascrizione dell'atto tra vivi costitutivo della comunione, ovvero sulla base della priorità della trascrizione del titolo dell'avente causa dal *de cuius*, rispetto alla trascrizione dell'acquisto comune a causa di morte *ex art.* 2648 c.c.

La dottrina non ha, quindi, mancato di rilevare la diversa funzione – prevalentemente processuale (cfr. C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Comm. c.c., D'Amelio e Finzi*, Firenze, 1943, 196 ss.; NATOLI, *Trascrizione*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1971, 124) – della trascrizione della divisione, cogliendola sulla base del collegamento con l'art. 1113 c.c., per il quale:

«devono essere chiamati a partecipare alla divisione i creditori iscritti, i creditori chirografari che abbiano trascritto un atto di opposizione anteriore alla trascrizione dell'atto di divisione o della domanda di divisione, nonché coloro i quali abbiano acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti soggetti a trascrizione e trascritti prima della trascrizione dell'atto di divisione o della domanda di divisione. Nel caso in cui i condividenti non rispettino quest'obbligo la divisione sarà inefficace ... però ... nulla impedisce che i condividenti procedano ad una nuova divisione identica a quella precedente inefficace».

TRIOLA, *La trascrizione*, in *Tratt. Bessone*, IX, Torino, 2000, 119-120.

I diritti dei creditori ipotecari sono, peraltro, disciplinati anche dall'art. 2825 c.c., che – fatto salvo dall'art. 1103 c.c. in tema di poteri dispositivi del singolo partecipante alla comunione – prevede la concretizzazione dell'efficacia dell'ipoteca di quota indivisa sulle porzioni materiali effettivamente assegnate al debitore, ovvero il trasferimento di ipoteca, qualora questa fosse stata iscritta non sulla quota indivisa, ma, per intero, su un bene comune diverso da quello assegnato al debitore in sede di divisione.

Si è, altresì, affermato che la trascrizione della divisione è richiesta ai fini della continuità delle trascrizioni, in quanto, se non venisse curata la trascrizione della divisione, la trascrizione contro l'alienante dei beni allo stesso assegnati non troverebbe una corrispondente trascrizione a favore dello stesso (L. FERRI, in FERRI-ZANELLI-D'ORAZI FLAVONI, *Della trascrizione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 3^a ed., 1995, 221), con la conseguenza che, fino a quando non sarà curata la trascrizione della divisione, non potranno risolversi sulla base del criterio della priorità della trascrizione i conflitti tra più aventi causa dal medesimo condividente.

Trascritta che sia la divisione, avranno piena efficacia, secondo il loro ordine rispettivo, tutte le trascrizioni prese contro il condividente-alienante, con la significativa particolarità, rispetto al principio generale di cui all'art. 2650 c.c., che

«... mentre questa efficacia retroattiva della trascrizione normalmente si blocca nell'ipotesi che contro il dante causa del comune autore siano state effettuate trascrizioni o iscrizioni a favore di altri soggetti, questo risultato non può verificarsi nell'ipotesi della trascrizione della divisione».

G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. Rescigno*, 19, I, Torino, 2^a ed., 1997, 130.

Particolare interesse riveste il problema dell'efficacia della trascrizione degli atti a titolo oneroso stipulati soltanto da tutti i contitolari, aventi per oggetto soltanto beni comuni e producenti l'effetto di sciogliere la comunione.

Una parte della dottrina considera divisionali tali atti, ritenendoli soggetti a trascrizione ai sensi dell'art. 2646 c.c., includendovi espressamente

«... le cosiddette divisioni con conguaglio allorché un condividente a fronte dell'assegnazione di una quota di beni di valore inferiore a quello spettantegli riceve dagli altri condividenti una somma di danaro o anche la vendita di quote indivise fatte da tutti i condomini ad uno di loro ...».

G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. Rescigno*, 19, I, Torino, 2^a ed., 1997, 131.

Alla luce dei dubbi manifestati da altra autorevole dottrina, per la quale

«può ... discutersi se sia divisione l'attribuzione del bene ad un solo comunista, il quale versi in cambio una somma di danaro, trattandosi, a ben vedere, di una vendita di quota, cioè a dire di un atto traslativo, mentre non può parlarsi di vendita quando si dà luogo a conguagli per l'impossibilità di dividere esattamente i beni in natura»

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 34,

sembra preferibile distinguere a seconda che la previsione di una somma di danaro a titolo di prezzo o di conguaglio costituisca una mera modalità esecutiva della divisione, come avviene nell'ipotesi di beni indivisibili o di incanto – in cui sia rimasto aggiudicatario un coerede – disposto *ex art. 719 c.c.* al fine del pagamento dei debiti ereditari, o costituisca, invece, uno degli elementi di uno schema negoziale di scambio, che le parti abbiano prescelto per la migliore soddisfazione dei loro interessi, nella quale ipotesi la trascrizione andrà curata ai sensi e per gli effetti degli artt. 2643 e 2644 c.c.

Questo criterio non sembra, invece, avere alcun rilievo con riguardo alla disciplina prevista in tema di imposizione diretta delle plusvalenze, che, pur nell'ambito del negozio tipico di divisione, potrà colpire anche i conguagli, intesi come corrispettivo di una cessione di quota, atteso che è fiscalmente «irrilevante il tipo di strumento impiegato in concreto per porre in essere l'effetto in discussione» e che anche «i trasferimenti coattivi ... sono, quindi, idonei ad integrare la fattispecie della cessione» (cfr. FALSITTA, *Plusvalenze e minusvalenze patrimoniali (dir. trib.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 2).

Con riferimento, invece, alla disciplina prevista in tema di imposizione indiretta, è opportuno evidenziare immediatamente il regime fiscale agevolato, che si traduce nell'aliquota dell'uno per cento per l'imposta di registro e nella imposta fissa, pari ad euro 168,00 per le imposte ipotecarie e catastali.

L'aliquota dell'uno per cento si calcola sulla massa comune, che, per le comunioni ereditarie, è costituita dal valore, riferito alla data della divisione, dell'asse ereditario netto, vale a dire depurato di tutte le passività originariamente riconosciute dalla legge sull'imposta di successione (attualmente soppressa dall'art. 13, comma 1, legge 18 ottobre 2001, n. 383), mentre per le comunioni non ereditarie è costituita soltanto dai beni risultanti da altro atto che abbia effettivamente scontato l'imposta propria dei trasferimenti (cfr. art. 34, comma 1, D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131), disposizione, quest'ultima, da leggersi in relazione alla nota II *bis* all'art. 8 della tariffa, che assoggetta alle normali imposte sui trasferimenti anche i provvedimenti, che accertano l'acquisto per usucapione dei diritti reali immobiliari.

Occorre, peraltro, precisare che, nel caso della divisione a stralcio, l'aliquota dell'uno per cento si applicherà alla quota o alle quote stralciate e non alla massa comune (cfr. L. NASTRI, *L'imposta di registro e le relative agevolazioni*, Milano, 2^a ed., 1993, 175; L. NASTRI-M. NASTRI, *Manuale applicativo delle imposte indirette*, Milano, 1996, 160).

Il migliore trattamento fiscale della divisione, rispetto a quello proprio dei trasferimenti, si giustifica, peraltro, solo qualora le porzioni materiali assegnate siano di valore corrispondente alle rispettive quote indivise, essendo, invece, previsto, all'art. 34, comma 1, D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, che

«la divisione, con la quale ad un condividente sono assegnati beni per un valore complessivo eccedente quello a lui spettante sulla massa comune, è considerata vendita limitatamente alla parte eccedente».

Si prevede, peraltro, al comma 2 dell'art. 34, D.P.R. n. 131/1986, una franchigia intassabile fino al cinque per cento del valore della quota di diritto, per cui sarà applicabile l'imposta sui trasferimenti soltanto ai conguagli che eccedano – e soltanto per la parte eccedente – tale limite (cfr. Risoluzione 25 marzo 1991, n. 260455 della Direzione Generale Tasse).

La tassazione più gravosa dei conguagli eccedenti il limite del cinque per cento avverrà – anche se attuati mediante accollo di debiti della comunione – in misura crescente secondo quanto disposto dall'art. 34, comma 2, D.P.R. n. 131/1986, e cioè,

«con l'aliquota stabilita per i trasferimenti mobiliari fino a concorrenza del valore complessivo dei beni mobili e dei crediti compresi nella quota e con l'aliquota stabilita per i trasferimenti immobiliari per l'eccedenza».

Estremamente importante è, poi, la norma contenuta nel terzo comma dell'articolo in esame, che prevede la tassazione come conguaglio delle differenze di valore tra porzione materiale e quota indivisa risultanti da successivi accertamenti di valore operati dall'Amministrazione Finanziaria.

Tale norma costituisce certamente un indice del fatto che la disciplina fiscale obbedisce spesso ad esigenze che non corrispondono all'essenza civilistica degli istituti, così come, del resto, e assai più chiaramente, quella contenuta nell'ultimo comma dell'art. 34, D.P.R. n. 131/1986, che

«nel caso di divisione di beni che provengano da titoli diversi (differentemente da diritto comune che considera detti beni costituenti una sola comunione), ritiene, in linea di principio, che l'atto debba trattarsi come se contenesse tante divisioni quante sono le masse, con l'intuibile conseguenza dell'assoggettabilità all'imposta di trasferimento delle attribuzioni non avvenute nell'ambito della medesima massa»

L. NASTRI, *L'imposta di registro e le relative agevolazioni*, Milano, 2^a ed., 1993, 180,

salva la riconosciuta possibilità di tassare come permuta – e, quindi, una sola volta – lo scambio compensativo di beni, che avvenga tra le diverse masse (cfr. L. NASTRI, *L'imposta di registro e le relative agevolazioni*, Milano, 2^a ed., 1993, 180; L. NASTRI-M. NASTRI, *Manuale applicativo delle imposte indirette*, Milano, 1996, 157), e salvo che – come previsto con una disposizione, che non avrebbe alcun senso logico,

ove venisse riguardata nell'ambito della disciplina civilistica dell'istituto – l'ultimo acquisto di quote, riguardante tutti i condividenti, derivi da successione a causa di morte (cfr. art. 34, comma 4, D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131).

Repertorio Generale N.

Raccolta N.

CONVENZIONE DIVISORIA

REPUBBLICA ITALIANA

L'anno ..., il giorno ... del mese di ... (indicazione in lettere per disteso).

In Roma, nel mio studio sito nella Via ... n.

Innanzi a me, Dottor ROMOLO ROMANI, Notaio in Roma, iscritto presso il Collegio Notarile dei Distretti Notarili Riuniti di Roma, Velletri e Civitavecchia, esclusa l'assistenza dei testimoni per avervi i comparenti di comune accordo e con il mio consenso espressamente rinunziato, avendo i requisiti di legge,

SONO PRESENTI I SIGNORI:

- TIZIO (cognome e nome, luogo e data di nascita, domicilio o residenza, condizione, codice fiscale, stato e regime patrimoniale familiare);
- CAIO (cognome e nome, luogo e data di nascita, domicilio o residenza, condizione, codice fiscale, stato e regime patrimoniale familiare).

Detti comparenti, della cui identità personale io Notaio sono certo, mi richiedono di ricevere il presente atto al quale

PREMETTONO

a) che i predetti comparenti signori Tizio e Caio e il signor Sempronio, nato a ... il ... e residente in ..., alla via ..., n. ... sono comproprietari, per quota di un terzo ciascuno, dei seguenti cespiti immobiliari, siti in Comune di Roma, Via ..., n. ..., e precisamente:

- FABBRICATO di civile abitazione, con area cortilizia annessa, così composto:
 - tre autorimesse e tre cantine al piano seminterrato;
 - appartamento occupante l'intero piano terreno-rialzato;
 - appartamento occupante l'intero piano primo;
 - appartamento occupante l'intero piano secondo.

Il tutto, nell'insieme, confinante con ... (indicazione di almeno tre confini).

Gli immobili sopra descritti sono annotati al Catasto dei Fabbricati del comune di Roma, con i seguenti dati: (sezione, foglio, particelle, subalterni, via, piano, zona censuaria, categoria, classe, consistenza, rendita catastale);

b) che detti immobili sono loro pervenuti ... (indicazione della provenienza);

c) che i comparenti intendono procedere alla ripartizione dei beni comuni sopra descritti, onde porre fine allo stato di comunione e, nell'attesa che il comproprietaria-

rio, signor Sempronio, attualmente all'estero per un lungo viaggio, aderisca alla presente convenzione, perfezionando la fattispecie divisoria con efficacia reale, si impegnano reciprocamente a non frapporre ostacolo ed anzi, ognuno per parte sua, a consentire all'altro il godimento separato delle porzioni materiali a ciascuno destinate, godimento pur non ancora esclusivo fin quando non pervenga l'adesione di Sempronio;

TUTTO CIÒ PREMESSO

costituente parte integrante e sostanziale del presente atto, i comparenti, signori Tizio e Caio convengono il seguente programma divisorio, reciprocamente obbligandosi alla sua osservanza:

PRIMA ASSEGNAZIONE

Art. 1) Al signor Tizio resterà attribuita la piena ed esclusiva proprietà dell'appartamento al piano terra rialzato (confini e dati catastali), della cantina confinante ... (indicazione di almeno tre confini e dati catastali) e dell'autorimessa confinante ... (indicazione di almeno tre confini e dati catastali); il valore della porzione materiale assegnata si indica in euro ..., corrispondente al valore della quota indivisa spettante, ragion per cui non vi è e non vi sarà luogo ad alcun conguaglio;

SECONDA ASSEGNAZIONE

Art. 2) Al signor Caio resterà attribuita la piena ed esclusiva proprietà dell'appartamento al piano primo (confini e dati catastali), della cantina confinante ... (indicazione di almeno tre confini e dati catastali) e dell'autorimessa confinante ... (indicazione di almeno tre confini e dati catastali); il valore della porzione materiale assegnata si indica in euro ..., corrispondente al valore della quota indivisa spettante, ragion per cui non vi è e non vi sarà luogo ad alcun conguaglio;

TERZA ASSEGNAZIONE

Art. 3) Al signor Sempronio resterà attribuita la piena ed esclusiva proprietà dell'appartamento al piano secondo (confini e dati catastali), della cantina confinante ... (indicazione di almeno tre confini e dati catastali) e dell'autorimessa confinante ... (indicazione di almeno tre confini e dati catastali); il valore della porzione materiale si indica in euro ..., corrispondente al valore della quota indivisa spettante, ragion per cui non vi è e non vi sarà luogo ad alcun conguaglio.

Art. 4) Gli immobili sono assegnati, a corpo, per quella che è la loro consistenza, nello stato di fatto, entro gli indicati confini, con tutti i diritti, azioni, ragioni, accessioni, accessori e pertinenze, al netto da arretri di imposte, con le servitù inerenti, attive e passive, legalmente costituite o derivanti dallo stato dei luoghi, con la proporzionale quota di comproprietà sulle parti comuni del fabbricato, di cui all'art. 1117 c.c., fra le quali, in particolare, l'area di sedime del fabbricato e quella cortile annessa.

Art. 5) Le parti condidenti si garantiscono reciprocamente la piena proprietà e la disponibilità dei cespiti in oggetto, la piena regolarità urbanistica, l'inesistenza di iscrizioni ipotecarie e trascrizioni passive, la libertà da canoni, rendite passive, diritti di prelazione e, più in generale, diritti reali o personali comunque a terzi spettanti, vincoli pregiudizievoli e privilegi, anche di natura fiscale, per tutti i casi di evizioni e molestie.

Art. 6) La presente convenzione ha, peraltro, efficacia obbligatoria tra i comparenti

Tizio e Caio, i quali restano reciprocamente vincolati al rispetto di essa ed, in forza di questo stesso atto, si obbligano reciprocamente, ciascuno per la sua parte, a consentirsi il godimento separato, pur non ancora esclusivo, dei cespiti a ciascuno di essi destinati.

Gli effetti reali della presente divisione, come anche il possesso giuridico ed il materiale godimento in via esclusiva dei cespiti come sopra assegnati, restano, invece, subordinati all'adesione del signor Sempronio ...

(possibile previsione di un termine per l'adesione di Sempronio e di un obbligo di comunicazione allo stesso Sempronio della convenzione; possibile previsione della definitiva inefficacia della convenzione, anche tra i comparenti, scaduto infruttuosamente il termine per l'adesione di Sempronio).

Art. 7) Agli effetti fiscali si dichiara che il valore della massa è di euro ... e che, essendo il valore della quota indivisa spettante a ciascun dividendo corrispondente al valore dei cespiti rispettivamente attribuiti, nessun conguaglio intercorre e intercorrerà tra le parti.

Art. 8) Si autorizza la trascrizione della presente convenzione, una volta che sia intervenuta l'adesione di Sempronio, con rinuncia alla iscrizione di eventuale ipoteca legale.

Art. 9) Le spese del presente atto e dipendenti sono a carico delle parti dividendi in egual misura.

DICHIARAZIONI URBANISTICHE

Del che richiesto, io notaio ho ricevuto il presente atto, del quale ho dato lettura ai comparenti, che lo hanno approvato, dichiarandolo conforme alla loro volontà.

È scritto in parte con mezzi meccanici da persona di mia fiducia ed in parte di mio pugno su tre pagine fin qui di un foglio.

